

## AUFSÄTZE

# Das GwG 2017 aus notarieller Sicht – Teil 1: Anwendungsbereich und Risikomanagement

Von Notarassessor **David Sommer**, München

Das aktuelle GwG<sup>1</sup> ist seit dem 26.6.2017 in Kraft. Das bisherige GwG wurde dabei nicht nur punktuell geändert, sondern vollständig neu gefasst. Die Bundesnotarkammer hat ihre Anwendungsempfehlungen zum GwG ebenfalls überarbeitet und seit April/Mai 2018 den Landesjustizverwaltungen zur Verfügung gestellt.<sup>2</sup> Gemäß § 51 Abs. 8 Satz 2 GwG können die Aufsichtsbehörden von Verbänden von Verpflichteten nach dem GwG erarbeitete Auslegungs- und Anwendungshinweise genehmigen. Begleitend mit der Verteilung der Anwendungsempfehlungen der Bundesnotarkammer durch die Landgerichtspräsidenten wurden diese in Bayern genehmigt. Die Anwendungsempfehlungen der Bundesnotarkammer sind damit aus Sicht der Notare eine wesentliche Quelle zur Auslegung des GwG.

Der nachfolgende Beitrag soll daher einen Blick auf das GwG selbst und insbesondere die Anwendungsempfehlungen werfen. Dabei zeigt sich, dass das neue GwG für Notare vor allem verschärfte Pflichten im Bereich des Risikomanagements sowie der Aufbewahrung und Aufzeichnung begründet, während die allgemeinen Sorgfaltspflichten im Wesentlichen beibehalten wurden. Im ersten Teil des Beitrags in diesem Heft soll zunächst ein Blick auf den Anwendungsbereich des GwG für Notare sowie das allgemeine Risikomanagement geworfen werden. In einem zweiten Teil folgen sodann die Erörterung der Sorgfaltspflichten nach dem neuen GwG, der Meldepflichten sowie die Vorstellung sonstiger Neuerungen, insbesondere im Hinblick auf das Transparenzregister.

## I. Anwendungsbereich des GwG

### 1. Gesetzlicher Ausgangspunkt

Gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 10 lit. a GwG findet das GwG Anwendung auf Notare, „soweit sie für ihren Mandanten an der Planung oder Durchführung von folgenden Geschäften mitwirken:

- aa) Kauf und Verkauf von Immobilien oder Gewerbebetrieben,
- bb) Verwaltung von Geld, Wertpapieren oder sonstigen Vermögenswerten,
- cc) Eröffnung oder Verwaltung von Bank-, Spar- oder Wertpapierkonten,

<sup>1</sup> Gesetz über das Aufspüren von Gewinnen aus schweren Straftaten (kurz GwG).

<sup>2</sup> Nachfolgend kurz als „Anwendungsempfehlungen“ bezeichnet.

- dd) Beschaffung der zur Gründung, zum Betrieb oder zur Verwaltung von Gesellschaften erforderlichen Mittel,
- ee) Gründung, Betrieb oder Verwaltung von Treuhandgesellschaften, Gesellschaften oder ähnlichen Strukturen“.

§ 2 Abs. 1 Nr. 10 lit. b GwG hat für Notare in Deutschland keine Bedeutung, da es Notaren berufsrechtlich untersagt ist, im Namen und auf Rechnung eines Mandanten Finanz- oder Immobilientransaktionen durchzuführen.

Damit entspricht § 2 Abs. 1 Nr. 10 GwG der bisherigen Regelung im früheren GwG.

## 2. Darstellung der Anwendungsempfehlungen

Die Anwendungsempfehlungen fassen § 2 Abs. 1 Nr. 10 GwG für Notare zusammen: „Das GwG ist anwendbar bei

- Immobilienkäufen einschließlich Sondereigentum und Erbbaurecht,
- gesellschaftsrechtlichen Vorgängen einschließlich Handelsregisteranmeldungen und
- Verwahrungstätigkeiten.“<sup>3</sup>

## 3. Nähere Erläuterungen

### a) Immobilienkäufe

Immobilienkäufe in diesem Sinn sind alle entgeltlichen Transaktionen über Grundstücke, grundstücksgleiche Rechte und Miteigentumsanteile. In Gesellschaften gehaltene Immobilien sind vom Anwendungsbereich des GwG über die Normen zu Gesellschaften erfasst (siehe sogleich), d. h. insbesondere auch bei der Mitwirkung an einer Grundbuchberichtigung aufgrund einer Rechtsnachfolge in einer GbR ist das GwG anwendbar.

### b) Gesellschaftsrecht

Nach dem Wortlaut von § 2 Abs. 1 Nr. 10 lit. a, aa und ee GwG unterfallen im Gesellschaftsrecht nur der Kauf von Gewerbebetrieben sowie die Gründung, der Betrieb oder die Verwaltung von Gesellschaften dem Anwendungsbereich des GwG.<sup>4</sup> Klar erfasst sind damit der entgeltliche Erwerb von Anteilen an einer Gesellschaft und die erstmalige Gründung einer GmbH, AG, KGaA oder SE sowie die erstmalige Registeranmeldung von in einem Register einzutragenden Gesellschaften.

<sup>3</sup> Anwendungsempfehlungen, S. 7.

<sup>4</sup> Anwendungsempfehlungen, S. 7.

Unter „Verwaltung einer Gesellschaft“ sind gemäß den Anwendungsempfehlungen sämtliche weitere gesellschaftsrechtliche Vorgänge in den Anwendungsbereich des GwG einbezogen, die im Zusammenhang mit Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung stehen könnten.<sup>5</sup>

Diese Position erscheint vor dem Hintergrund der potenziellen Relevanz von Gesellschaften zur Verschleierung der Herkunft illegal erwirtschafteter Vermögensgegenstände richtig. Die Sorgfaltspflichten sind also in allen Bereichen des Gesellschaftsrechts zu beachten. Gleichwohl kann in Abhängigkeit von der Art des Geschäfts gemäß § 10 Abs. 2 GwG bei der konkreten Umsetzung der Sorgfaltspflichten ein risikoangemessen reduzierter Maßstab gelten (zum Beispiel bei der Abberufung eines Geschäftsführers, beim Erlöschen einer Prokura, bei der Änderung der Geschäftsanschrift).

Auch erfasst sein dürfte die anschließende Umsetzung vollendeter gesellschaftsrechtlicher Vorgänge wie die notarielle Mitwirkung an der Grundbuchberichtigung im Anschluss an eine Rechtsnachfolge bei einem GbR-Gesellschafter.

### c) Vollmachten

Spezialvollmachten im Zusammenhang mit den in § 2 Abs. 1 Nr. 10 lit. a GwG genannten Geschäften fallen ebenfalls in den Anwendungsbereich des GwG. Ausgenommen sind dagegen Generalvollmachten: Diese sind zwar geeignet, aber nicht konkret dafür bestimmt, die in § 2 Abs. 1 Nr. 10 lit. a GwG genannten Geschäfte abzuschließen, da in diesen Fällen die Tätigkeit des Notars nicht in der Mitwirkung an der Planung und Durchführung eines in § 2 Abs. 1 Nr. 10 lit. a GwG genannten Geschäfts besteht.<sup>6</sup> Gleichwohl kann es sich anbieten, bei der Beurkundung der Generalvollmacht den Vollmachtgeber nach den Vorschriften des GwG zu identifizieren und diese Identifizierung in der Urkunde niederzulegen, damit andere Verpflichtete nach dem GwG (insbesondere Banken) sich auf die so vorgenommene Identifizierung berufen können und nicht selbst nach dem GwG identifizieren müssen (vgl. § 17 Abs. 1 Nr. 1 GwG).

### d) Unterschriftsbeglaubigungen

Umstritten ist die Reichweite der Anwendbarkeit des GwG im Zusammenhang mit Unterschriftsbeglaubigungen des Notars. In Betracht kommt eine Anwendung des GwG jedenfalls nur, wenn das Dokument, unter dem die Unterschrift beglaubigt werden soll, den Anwendungsbereich des GwG betrifft.

Die früheren Anwendungsempfehlungen der Bundesnotarkammer differenzierten danach, ob Beratungs- und Belehrungspflichten des Notars bestanden, mithin die Unterschrift unter einem eigenen oder einem fremden Entwurf beglaubigt wurde. Im letzteren Fall sei das GwG generell nicht anwendbar. Dieser früheren Differenzierung folgt die aktuelle Kommentierung im *Herzog*.<sup>7</sup> Die aktuellen Anwendungsempfehlungen der Bundesnotarkammer sehen das GwG bei allen Unterschriftsbeglaubigungen im Anwendungsbereich des

GwG anwendbar, unabhängig davon, ob die Unterschrift unter einem Entwurf des Notars oder dem Entwurf eines Dritten beglaubigt wird.<sup>8</sup> Argumentiert werden kann insofern mit dem Wortlaut: Das GwG setzt in § 2 Abs. 1 Nr. 10 GwG nur die Mitwirkung an Kauf und Verkauf von Immobilien bzw. Verwaltung von Gesellschaften voraus. Eine solche Mitwirkung kann bereits bei Beglaubigungen zu Vollmachten, Genehmigungen, Registeranmeldungen usw. angenommen werden.

Dieses Wortlautargument unterstützt zwar die Eröffnung des Anwendungsbereichs des GwG, allerdings ist in einem zweiten Schritt zu prüfen, welche konkreten Schritte bei Unterschriftsbeglaubigungen ohne Entwurf zu verlangen sind. Die allgemeinen Sorgfaltspflichten nach dem GwG sind nämlich gemäß § 10 Abs. 3 GwG nur zu erfüllen bei der Begründung einer Geschäftsbeziehung, bei Transaktionen außerhalb von Geschäftsbeziehungen über 15.000 € und mehr (Geldtransfer ab 1.000 €), bei Vorliegen von Tatsachen, die auf Geldwäsche oder Terrorismusfinanzierung hindeuten oder bei Zweifeln bezüglich der Angaben zum wirtschaftlich Berechtigten. Angesichts des reduzierten Pflichtenprogramms eines Notars im Zusammenhang mit Unterschriftsbeglaubigungen ohne Entwurf, die gemäß § 40 Abs. 2 BeurkG (nur) auf Gründe zur Versagung der Amtstätigkeit und ggf. gemäß § 15 Abs. 3 GBO oder § 378 Abs. 3 FamFG auf Eintragungsfähigkeit zu überprüfen sind, kann an der Begründung einer Geschäftsbeziehung anders als bei der Beauftragung mit der Entwurfserstellung gezweifelt werden. Auch liegt in der Vornahme der Unterschriftsbeglaubigung durch den Notar keine Durchführung einer Transaktion über mindestens 15.000 €. Insofern wären die Sorgfaltspflichten bei Unterschriftsbeglaubigungen ohne Entwurf nur bei Vorliegen konkreter Tatsachen, die auf Geldwäsche oder Terrorismusfinanzierung hindeuten oder Zweifel an den Angaben zum wirtschaftlich Berechtigten entstehen lassen, zu erfüllen. Wenn aber der Anwendungsbereich des GwG eröffnet sein soll, ohne dass daraus eine Pflicht zur Erfüllung von Sorgfaltspflichten entsteht, hat die Eröffnung des Anwendungsbereichs für Unterschriftsbeglaubigungen ohne Entwurf keinerlei Konsequenzen.

Jedenfalls wird sich der Notar bei der Beglaubigung einer Unterschrift unter dem Entwurf eines Dritten auf die geldwäscherechtliche Identifizierung des vor ihm Erschienenen beschränken dürfen.<sup>9</sup> Ähnlich wie bei der Prüfung auf Eintragungsfähigkeit obliegt bei Unterschriftsbeglaubigungen im Rahmen des Vollzugs eines von einem anderen Notar beurkundeten Geschäfts (zum Beispiel Genehmigungen und Vollmachtsbestätigungen) die Ermittlung des wirtschaftlich Berechtigten, des Zwecks und der Art der Geschäftsbeziehung sowie die Feststellung etwaiger politisch exponierter Personen (PeP), von Familienmitgliedern oder bekanntermaßen nahestehender Personen bereits dem den Entwurf fertigenden Notar.

### e) Verwahrung

Die Pflichten nach dem GwG müssen stets bei Notarankonten erfüllt werden (zu den Besonderheiten vgl. unten) und

<sup>5</sup> Anwendungsempfehlungen, S. 7.

<sup>6</sup> *Herzog/Figura*, GwG, 3. Aufl. 2018, § 2 Rdnr. 149.

<sup>7</sup> *Herzog/Figura*, GwG, § 2 Rdnr. 148, 150.

<sup>8</sup> Anwendungsempfehlungen, S. 7 f.

<sup>9</sup> So auch die Anwendungsempfehlungen, S. 7.

sollten auch bei der Verwahrung sonstiger Kostbarkeiten im Sinne von § 62 Abs. 1 BeurkG berücksichtigt werden.<sup>10</sup>

- f) Erbrechtliche Angelegenheiten: mittelbare Immobilienkäufe/-verkäufe oder Grundstücks-transaktionen

(Entgeltliche) Nachlassauseinandersetzungen oder Erbteilkäufe, die Grundstücke oder Gewerbebetriebe betreffen, führen nach dem Wortlaut des § 2 Abs. 1 Nr. 10 lit. a, aa GwG („Kauf oder Verkauf“) und ee („Gründung, Betrieb oder Verwaltung von Gesellschaften“) nicht zur Eröffnung des Anwendungsbereichs. *Schubert* möchte dagegen die Vorschriften des GwG richtlinienkonform sowie autonom auslegen und sieht nach Sinn und Zweck den Anwendungsbereich des GwG auch bei entgeltlichen Nachlassauseinandersetzungen oder Erbteilkäufen mit Immobilien oder Gewerbebetrieben im Nachlass eröffnet.<sup>11</sup> Angesichts der geringen Planbarkeit von Nachlassauseinandersetzungen und Erbteilkäufen dürften solche Gestaltungen für Geldwäsche oder Terrorismusfinanzierung nicht relevant werden, sodass der Anwendungsbereich nicht nur nach dem Wortlaut des GwG, sondern auch nach dessen Sinn und Zweck nicht eröffnet ist.

Unklar bleibt die Position von *Figura*, dass der Anwendungsbereich des GwG eröffnet sein soll, wenn Testamente und Erbverträge selbst die Durchführung von Finanz- oder Immobilientransaktionen im Namen und auf Rechnung des Mandanten erfordern können.<sup>12</sup> Richtig ist, Nachlassauseinandersetzungen mit Immobilien nicht einzuschließen, weil der Wortlaut des § 2 Abs. 1 Nr. 10 GwG diese nicht erfasst.

#### 4. Zusammenfassung

Nicht in den Anwendungsbereich des GwG fallen:

- unentgeltliche Rechtsgeschäfte
- Übergabeverträge mit vorbehaltenen Rechten, die von Raten- oder Rentenkaufmodellen abzugrenzen sind
- sämtliche Vorgänge, die auf die Begründung, Änderung oder Löschung sonstiger Rechte an einem Grundstück gerichtet sind (insbesondere Grundpfandrechte)
- familienrechtliche Angelegenheiten
- erbrechtliche Angelegenheiten
- Generalvollmachten<sup>13</sup>

## II. Risikomanagement

### 1. Risikomanagement, § 4 GwG

§ 4 GwG verpflichtet nunmehr alle Verpflichteten nach dem GwG und somit unter anderem Notare zu einem umfassenden Risikomanagement.

- a) (Risiko-)Angemessenheit

Der hier erstmals zu erwähnende Grundsatz des § 4 Abs. 1 GwG, wonach das (wirksame) Risikomanagement im Hinblick

auf Art und Umfang der Geschäftstätigkeit der Verpflichteten angemessen sein muss, durchzieht das gesamte GwG. Wie in den Anwendungsempfehlungen festgestellt wird, wird den Verpflichteten damit einerseits ein (weiter) Ermessensspielraum zugestanden, andererseits erschwert dieser unbestimmte Rechtsbegriff dem Notar, die Angemessenheit insbesondere einer internen Sicherungsmaßnahme gemäß § 6 GwG in der konkreten Situation zu beurteilen.<sup>14</sup> Die in den Anwendungsempfehlungen vorgeschlagenen Maßnahmen können daher nicht für jeden Notar zwingend sein, sondern müssen risikoangemessen reduziert oder erweitert werden.

Für alle Notare gilt diesbezüglich, dass die Art der Geschäftstätigkeit eine per se risikominimierende Struktur darstellt. Da Notare ihr Amt selbst ausüben müssen und wesentliche Akte der notariellen Tätigkeit nicht auf Mitarbeiter delegierbar sind, sind Risiken durch arbeitsteiliges Tätigwerden oder unzureichende Einflussmöglichkeiten auf Mitarbeiter nahezu ausgeschlossen (vgl. § 25 Abs. 1 BNotO). Insbesondere sind die notariellen Tätigkeiten, die tatsächlich zu einem geldwäscherelevanten Vermögenstransfer oder einer Verschleierung solcher Vermögenswerte im gesellschaftsrechtlichen Bereich führen, nur durch den Notar persönlich möglich (Beurkundungen, Beglaubigungen, Verfügungen über Notaranderkonto).

Auch der Umfang der Geschäftstätigkeit ist mit anderen Verpflichteten nach dem GwG nur beschränkt vergleichbar, insbesondere nicht mit Banken und sonstigen Verpflichteten des Finanzsektors.

Die Frage der Angemessenheit ist auch eine Frage der Zumutbarkeit einer Maßnahme. Für größere Strukturen wie Banken sind detailliertere Einzelfallvorgaben und -prozesse eher zumutbar als für Notare. Dies zeigt sich zum Beispiel bei der Überprüfung der Beteiligten auf das Vorhandensein von politisch exponierten Personen. Eine solche Prüfung kann nur mit kostspieligen Datenbanken und automatischem Informationsabgleich erfolgreich funktionieren, was Notaren regelmäßig nicht zumutbar sein wird. Zudem ist unklar, ob die Durchbrechung der Verschwiegenheit durch Anfragen bei Datenbanken zu Beteiligten überhaupt gerechtfertigt wäre.

Insofern wird man an das notarielle Risikomanagement einen dieser Art und diesem Umfang der notariellen Geschäftstätigkeit angemessenen Maßstab anlegen müssen. Selbstverständlich ist nach diesen allgemein geltenden Vorüberlegungen bei einzelnen Notaren nach dem konkreten Zuschnitt des Amtes zu differenzieren.

- b) Risikoanalyse und interne Sicherungsmaßnahmen

Gemäß § 4 Abs. 2 GwG besteht ein Risikomanagementsystem aus der Risikoanalyse (§ 5 GwG, siehe sogleich) und entsprechenden internen Sicherungsmaßnahmen (§ 6 GwG, siehe anschließend). Verantwortlich hierfür ist ein Mitglied der Leitungsebene; dies wird im notariellen Kontext regelmäßig der Notar sein.

<sup>10</sup> Anwendungsempfehlungen, S. 8.

<sup>11</sup> *Schubert*, NJOZ 2018, 41, 43.

<sup>12</sup> Herzog/*Figura*, GwG, § 2 Rdnr. 150.

<sup>13</sup> Vgl. Herzog/*Figura*, GwG, § 2 Rdnr. 150.

<sup>14</sup> Anwendungsempfehlungen, S. 9.

## 2. Risikoanalyse, § 5 GwG

Notare müssen eine Risikoanalyse im Hinblick auf die von ihnen allgemein betriebenen Geschäfte durchführen und diese dokumentieren, regelmäßig (nach Gesetzesbegründung jährlich<sup>15</sup>) überprüfen und ggf. aktualisieren sowie den Aufsichtsbehörden auf Verlangen zur Verfügung stellen, § 5 Abs. 1 und 2 GwG.

Das GwG schreibt nicht vor, die jährliche Überprüfung der Risikoanalyse zu dokumentieren.<sup>16</sup>

Die Risikoanalyse hat die Anlagen 1 und 2 zum GwG sowie die nationale Risikoanalyse zu berücksichtigen. Eine nationale Risikoanalyse existiert bisher nicht, wird aber für 2019 erwartet. Die Anlage zu den Anwendungsempfehlungen der Bundesnotarkammer enthält ein Muster einer solchen Risikoanalyse.<sup>17</sup> Demnach sind die Risiken der Organisationsstruktur, der Standortstruktur, der Mandantenstruktur und der Geschäftsstruktur zu bewerten und spezifische Risiken zu ermitteln.

### a) Organisationsstruktur

Zunächst wird in den Anwendungsempfehlungen vorgeschlagen, im Rahmen der Organisationsstruktur die Größe und Organisation der eigenen Notarstelle zu untersuchen.<sup>18</sup> Relevant ist insbesondere der Grad der Eigenständigkeit der Mitarbeiter bei vorbereitenden Tätigkeiten.

### b) Standortstruktur

Im Rahmen der Standortstruktur kann dann das spezifische Standortrisiko bestimmt werden, das bei Grenznahe, städtischer Prägung, schwacher sozialer Prägung, erhöhter Kriminalität oder hoher Internationalität erhöht sein kann.<sup>19</sup>

### c) Mandantenstruktur

Wesentlich ist im Rahmen der Mandantenstruktur neben der sozialen Struktur die Untersuchung, ob wechselnde Mandanten/Laufkundschaft oder eher Stammkundschaft die Notarstelle aufsuchen und ob die Mandanten eher lokal verankert, überregional oder gar international sind.<sup>20</sup> Kritisch ist die Prüfung der Plausibilität der Beauftragung gerade der eigenen Amtsstelle mit dem Amtsgeschäft, wenn es keine Anknüpfungspunkte der Beteiligten an das eigene Amt gibt, d. h. insbesondere keinen Geschäfts- oder Wohnsitz im Amtsbereich. Relevant ist ferner, ob politisch exponierte Personen, deren Familienangehörige oder ihnen nahestehende Personen die eigene Amtsstelle aufsuchen. Ein geringeres Risiko wird regelmäßig anzunehmen sein, wenn die Mandantschaft zum großen Teil aus natürlichen Personen besteht, insbesondere wenn diese auf eigene Rechnung handeln und direkt und ohne Mittelsmann mit dem Notar in Kontakt treten. Unkritisch werden

insoweit auch Mittelsmänner sein, die selbst Verpflichtete nach dem GwG sind, wie Rechtsanwälte, Steuerberater oder Makler.

### d) Geschäftsstruktur

Bei der Geschäftsstruktur sind bestimmte, dem Anwendungsbereich des GwG unterfallende Amtsgeschäfte näher zu untersuchen.<sup>21</sup> Bei Immobilientransaktionen wird regelmäßig zu prüfen sein, ob der Erwerb der Immobilie für plausible eigene Zwecke (Eigennutzung zu Wohnzwecken oder als Geschäftsräume, Zweitwohnung, Fremdvermietung), nur als Kapitalanlage ohne Vermietungsabsicht mit Spekulation auf Wertsteigerung oder zum Immobilienhandel erfolgt. Die Art der Finanzierung ist ebenso von Bedeutung, wobei regelmäßig das geringste Risiko bei Einsatz von Bankdarlehen und das höchste Risiko bei Bargeldzahlung bestehen wird. Von Letzterem hat der Notar in aller Regel keine Kenntnis, weil er im üblichen Kaufvertragsmodell der Direktzahlung zwischen Käufer und Verkäufer (mit Fälligkeit des Kaufpreises nach Vorliegen im Einzelfall zu bestimmender Voraussetzungen und Anweisung zur Eigentumsumschreibung nach Bestätigung der erfolgten Direktzahlung) nicht weiß, auf welchem Weg der Kaufpreis gezahlt wurde. Vielmehr erhält der Notar lediglich die Bestätigung des Verkäufers, dass das Eigentum nunmehr umgeschrieben werden kann, ohne zu wissen, ob, wie und durch wen bezahlt wurde.

Weiter ist die Häufigkeit von Anderkonten und die Art der Einzahlungen auf Anderkonten (aus sicheren oder risikobehafteten Drittstaaten) von Bedeutung.

Im Gesellschaftsrecht ist zunächst Kernelement, ob die jeweilige Gesellschaft einen aktiven, bestimmten Gesellschaftszweck verfolgt und in diesem Bereich tatsächlich tätig wird.

Darüber hinaus sollte man prüfen, inwieweit Treuhandverhältnisse eine Rolle spielen und wirtschaftlich Berechtigte persönlich auftreten oder versuchen, ihre wirtschaftliche Berechtigung zu kaschieren.

### e) Spezifische Risiken

Daneben lassen die Anwendungsempfehlungen Raum für weitere im Rahmen der Risikoanalyse entdeckte Risiken.<sup>22</sup>

### f) Auswertung der Risikoanalyse

Die Risikoanalyse besteht aus vielzähligen einzelnen Faktoren. Wenn bei einzelnen Faktoren anhand des Musters der Risikoanalyse ein höheres Risiko festgestellt wird, kann daraus nicht gefolgert werden, dass allgemein ein höheres Risiko besteht. An gelegentlichen Feststellungen eines höheren Risikos kann der Notar ablesen, dass er im Vergleich zu anderen Notaren eine außergewöhnliche Struktur hat, die im Einzelfall möglicherweise besondere interne Sicherungsmaßnahmen erfordern kann. Erst wenn sich die Anzahl der höheren Risiken dergestalt nennenswert verdichtet, dass diese deutlich überwiegen, wird man insgesamt von einem höheren Risiko ausgehen müssen. Regelmäßige Nennungen eines normalen

15 Regierungsentwurf, BT-Drucks. 18/11555, S. 109.

16 Ebenso Klein, BWNotZ 2018, 37, 39.

17 Anwendungsempfehlungen, S. 26 ff.

18 Anwendungsempfehlungen, S. 26.

19 Anwendungsempfehlungen, S. 27.

20 Anwendungsempfehlungen, S. 28 ff.

21 Anwendungsempfehlungen, S. 31 f.

22 Anwendungsempfehlungen, S. 33.

Risikos entsprechen demgemäß einer gewöhnlichen, durchschnittlichen Struktur der Notarstelle und damit keiner besonderen Risikorelevanz der Amtsgeschäfte. Bei regelmäßig festgestelltem geringeren Risiko werden die Risiken insgesamt geringer als bei gewöhnlichen Strukturen von Notarstellen sein.

Die Risikoanalyse dient der Feststellung allgemein für die Notarstelle bestehender Risiken und hat insofern für die Risikobewertung des einzelnen Amtsgeschäfts keine präjudizierende Wirkung. Sie entbindet nicht von der Risikobewertung im Einzelfall.<sup>23</sup> Wesentlicher noch ist, dass die konkrete Risikobewertung der allgemeinen Risikoanalyse nicht entsprechen muss. Die allgemein festgestellten Risikofaktoren sind allerdings bei der konkreten Risikoprüfung zu berücksichtigen. Im Kern sieht der Normgeber die allgemeine Risikoanalyse als Ausgangspunkt, durch interne Sicherungsmaßnahmen festgestellte Risiken allgemein minimieren zu können sowie gleichzeitig im Rahmen der konkreten Risikobewertung auf generell festgestellte Risiken Rücksicht nehmen zu können. Die Risikobewertung im Einzelfall dagegen ist die Grundlage zur Ermittlung der anzuwendenden allgemeinen, vereinfachten oder verstärkten Sorgfaltspflichten.

### 3. Interne Sicherungsmaßnahmen, § 6 GwG

#### a) Grundsatz

Verpflichtete haben nach § 6 Abs. 1 Satz 1 GwG angemessene geschäfts- und kundenbezogene interne Sicherungsmaßnahmen zu schaffen, um die Risiken von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung in Form von Grundsätzen, Verfahren und Kontrollen zu steuern und zu mindern. Angemessen sind solche Maßnahmen, die der jeweiligen Risikosituation des einzelnen Verpflichteten entsprechen und diese hinreichend abdecken. Die Verpflichteten haben die Funktionsfähigkeit der internen Sicherungsmaßnahmen zu überwachen und sie bei Bedarf zu aktualisieren, § 6 Abs. 1 Satz 2 GwG.

#### b) Details

§ 6 Abs. 2 GwG führt näher auf, was interne Sicherungsmaßnahmen sein können. Für Notare scheiden dabei die Maßnahmen nach Nr. 2 (Bestellung eines Geldwäschebeauftragten) und Nr. 3 (gruppenweite Verfahren) aus, da beides in den kleineren notariellen Geschäftsstrukturen die Grenzen der Risikoangemessenheit überschreitet und ein Geldwäschebeauftragter gemäß § 7 Abs. 3 GwG nur auf Anordnung der Aufsichtsbehörde zu bestellen wäre. Ebenso wenig relevant sind im notariellen Kontext neue Produkte und Technologien im Sinne der Nr. 4, da die notariellen Verfahren gesetzlich definiert sind und nicht neu erfunden oder anders gestaltet werden können. Im Wesentlichen läuft es daher auf die Schaffung von internen Grundsätzen, Verfahren und Kontrollen (Nr. 1) sowie die Überwachung (Nr. 5) und Fortbildung (Nr. 6) der Mitarbeiter hinaus.<sup>24</sup> Mangels nach außen wirkender Tätigkeiten der Mit-

arbeiter ist die Fortbildung der Mitarbeiter dabei deutlich weniger zentral als die eigene Fortbildung.<sup>25</sup> Eine unabhängige Überprüfung der Sicherungsmaßnahmen (Nr. 7) wird im kleinen notariellen Kontext und angesichts des gesetzgeberisch vorgegebenen Berufsrechts, das insbesondere die regelmäßige Amtsprüfung vorsieht, regelmäßig nicht mehr risikoangemessen sein.

#### c) Notarielles Berufsrecht als interne Sicherungsmaßnahmen

Interne Grundsätze und Verfahren gibt bereits das notarielle Berufsrecht vor, zum Beispiel indem das BeurkG notarielle Anderkonten nur bei berechtigtem Sicherungsinteresse erlaubt (§ 57 Abs. 2 Nr. 1 BeurkG) und die Bargeldannahme verbietet (§ 57 Abs. 1 BeurkG), Identifizierungspflichten (§ 10 BeurkG, § 26 DONot) und die Offenlegung von Vertretungsverhältnissen (§§ 12, 17 BeurkG) vorschreibt, Maklertätigkeiten für Notare und Mitarbeiter verbietet (§ 14 Abs. 4 BNotO), Fortbildungspflichten begründet (§ 14 Abs. 6 BNotO), zur Erhebung gesetzlich festgeschriebener Gebühren verpflichtet (§ 17 Abs. 1 BNotO, GNotKG) und die Führung bestimmter Akten und Verzeichnisse wie Urkundenrolle und Namensverzeichnisse, Masse- und Verwahrungsbuch vorschreibt (§ 36 BNotO, DONot). Eine Verschriftlichung der bereits normierten Vorschriften ist nicht erforderlich.

Darüber hinaus enthält die Anlage zu den Anwendungsempfehlungen der Bundesnotarkammer Vorschläge für weitere interne Sicherungsmaßnahmen.<sup>26</sup> Das Berufsrecht sowie die GwG-spezifischen internen Sicherungsmaßnahmen sind den Mitarbeitern zu vermitteln, sofern diese sich dieser Vorschriften nicht ohnehin schon bewusst sind.<sup>27</sup>

#### d) Interne Sicherungsmaßnahmen in der Anlage zu den Anwendungsempfehlungen der Bundesnotarkammer

Spezifisch für die jeweils im Rahmen der allgemeinen Risikoanalyse festgestellten Risiken enthalten die Anwendungsempfehlungen der Bundesnotarkammer zum GwG Vorschläge für mögliche interne Sicherungsmaßnahmen in Abhängigkeit vom jeweils festgestellten Risiko.

Der Notar als unabhängiger Träger eines öffentlichen Amtes ist nicht gehalten, diese Vorschläge umzusetzen; sie sollen nur mögliche Maßnahmen darstellen. Welche Maßnahmen im konkreten Einzelfall risikoangemessen sind, entscheidet der Notar. Relevant ist dabei insbesondere die konkrete Struktur seines Amtes wiederum in Bezug auf Organisation, Standort, Mandanten und Geschäfte. Dabei kann der Notar auch zu dem Ergebnis kommen, dass die vorgeschlagenen Maßnahmen bei seiner Struktur nicht erforderlich sind oder nicht passen. Es bleibt ihm unbenommen, keine weiteren oder andere Maßnahmen zu ergreifen. Diese Vorschläge sind also als ebensolche zu begreifen.<sup>28</sup>

23 Gut vertretbare a. A. *Schubert*, NJOZ 2018, 41, 45; jedenfalls in Bezug auf die Dokumentation einschränkend *Klein*, BWNotZ 37, 40; vgl. hierzu ausführlich Ziffer II. 4. c).

24 Vgl. Anwendungsempfehlungen, S. 10; *Klein*, BWNotZ 2018, 37, 39.

25 Ausführlich zu den Mitarbeitern sogleich unter Ziffer II. 3. e).

26 Anwendungsempfehlungen, S. 26 ff. und nachfolgend Ziffer II. 3. d).

27 Siehe anschließend Ziffer II. 3. e).

28 Siehe hierzu bereits zuvor Ziffer II. 1. a).

Die vorgeschlagenen internen Sicherungsmaßnahmen sind für viele Risiken deckungsgleich, sodass sie allgemein eingesetzt werden können und der Büroablauf somit standardisiert werden kann. Teilweise sind die vorgeschlagenen internen Sicherungsmaßnahmen bereits nach allgemeinem notariellen Berufsrecht verpflichtend, etwa die Identitätsüberprüfung auch außerhalb des Anwendungsbereichs des GwG (wenn auch mit anderen Mitteln) oder die Prüfung eines Versagungsgrunds, die gemäß § 14 Abs. 2 BNotO ohnehin stets erfolgen muss.

Des Weiteren enthalten die Anwendungsempfehlungen allgemein mögliche interne Sicherungsmaßnahmen, die unabhängig von der Risikoanalyse getroffen werden könnten, wenn der Notar diese für angemessen hält.

#### e) Mitarbeiter

Wie erwähnt ist insbesondere im Hinblick auf das nur eingeschränkt arbeitsteilige Zusammenarbeiten an der Notarstelle eine weitere erhebliche Risikoreduzierung bereits gesetzlich vorgegeben, weil kein Mitarbeiter eines Notars ohne Mitwirkung des Notars geldwäscherelevant nach außen tätig werden kann. Eine denkbare Ausnahme hierzu besteht nur bei solchen in der notariellen Praxis aufgrund der ausgelösten Gebühren seltenen Geschäften, die ohne notarielle Mitwirkung von den Beteiligten selbst geschlossen, aber möglicherweise dennoch von Mitarbeitern vorbereitet werden, zum Beispiel die Abtretung eines GbR-Anteils. Insofern muss der Notar seine Mitarbeiter anweisen, dass Entwürfe solcher Geschäfte stets von ihm abzuzeichnen sind, was ohnehin aus inhaltlichen Gründen regelmäßig der Fall sein wird. Zentral dürfte sein, den Mitarbeitern insbesondere die relevanten Risikofaktoren für Geldwäsche zu vermitteln, damit diese ein eigenes Gespür für ungewöhnliche Abläufe entwickeln.<sup>29</sup>

Mitarbeiter sind ohnehin im Hinblick auf ihre Eignung zum Einsatz für notarielle Tätigkeiten auszuwählen, mit den allgemeinen berufsrechtlichen Vorgaben vertraut zu machen und auf die Einhaltung dieser Vorgaben zu überwachen. Durch das GwG erweitern sich die mitarbeiterbezogenen Pflichten des Notars insofern nur um die geldwäscherspezifischen Themen bei der Auswahl, Schulung und Überwachung. Zur Schulung kann auf die Anwendungsempfehlungen, insbesondere die Geldwäschetypologien, zurückgegriffen werden.<sup>30</sup> Auch wenn diesbezüglich keine spezifischen Dokumentationspflichten bestehen, kann der Notar zum Beispiel im Zusammenhang mit Mitarbeitergesprächen dokumentieren, dass er über aktuelle Entwicklungen informiert hat und der Mitarbeiter zuverlässig ist, d. h. gemäß § 1 Abs. 20 GwG geldwäscherelevante Pflichten sorgfältig beachtet, relevante Tatsachen dem Notar mitteilt und sich nicht selbst an Geldwäsche beteiligt.<sup>31</sup>

Nach § 6 Abs. 5 GwG ist Mitarbeitern eine Stelle zu nennen, an die sie anonym Hinweise zu internen Verstößen gegen

geldwäscherechtliche Vorschriften richten können („Whistleblowing“). Hierzu eignet sich in erster Linie der Notar.<sup>32</sup>

#### f) Keine Durchführung durch Dritte

Die Durchführung der internen Sicherungsmaßnahmen durch einen Dritten (§ 6 Abs. 7 GwG) wird aufgrund der persönlichen Amtsausübung regelmäßig nicht in Betracht kommen, weil die Aufsicht durch die Aufsichtsbehörde und die Steuerungsmöglichkeiten der Notare beeinträchtigt würden.

#### g) Keine Besonderheiten für einzelne Notare durch Antrag an Aufsicht

Ein Antrag auf risikoangemessene Anwendung der Pflichten gemäß § 6 Abs. 9 GwG ist für Notare nicht von Bedeutung, weil ein solcher Antrag höchstens einzelne Verpflichtete oder Gruppen von Verpflichteten wegen der Art der von ihnen betriebenen Geschäfte oder der Größe des Geschäftsbetriebs besonders betreffen kann. Alle Notare sind jedoch verpflichtet, auf allen Gebieten der notariellen Tätigkeit Amtsgeschäfte durchzuführen, sodass die Art der Geschäfte sich regelmäßig nicht grundlegend unterscheidet. Aufgrund des Zuschnitts der Amtsbereiche ist die Größe des Geschäfts zudem in der Regel miteinander vergleichbar.

Aus denselben Erwägungen wird auch eine Befreiung von der Dokumentation der Risikoanalyse (nicht von der Risikoanalyse selbst) gemäß § 5 Abs. 4 GwG ausscheiden.<sup>33</sup>

#### h) Geldwäschebeauftragter, § 7 GwG

Nach § 7 Abs. 3 GwG ist ein Geldwäschebeauftragter nur auf Anordnung der Aufsichtsbehörde zu bestellen. Die Anwendungsempfehlungen stellen fest, dass eine solche Anordnung bei Notaren ausscheiden wird, weil die Organisationsstruktur von Notarstellen auf den Notar zentriert ist, nur Notare, nicht aber Mitarbeiter geldwäscherelevant nach außen tätig werden und ein Außenhandeln eines geldwäschebeauftragten Mitarbeiters im Sinne einer Meldung in Konflikt zu seiner strafbewehrten Verschwiegenheitspflicht stünde.<sup>34</sup>

Ebenso wenig muss gemäß den Anwendungsempfehlungen ein Mitglied der Leitungsebene als Verantwortlicher des Risikomanagements gemäß § 4 Abs. 3 GwG benannt werden.<sup>35</sup>

## 4. Aufzeichnungs- und Aufbewahrungspflichten

Die Aufzeichnungs- und Aufbewahrungspflichten sind im aktuellen GwG sehr viel genauer und spezifischer geregelt als bisher. Primär regelt § 8 GwG die Aufzeichnungs- und Aufbewahrungspflichten. Die Dokumentation der allgemeinen Risikoanalyse ist daneben in § 5 Abs. 2 GwG normiert. Da diese

<sup>29</sup> Anwendungsempfehlungen, S. 10; Klein, BWNotZ 37, 39, Schubert, NJOZ 2018, 41, 44.

<sup>30</sup> Anwendungsempfehlungen, S. 10.

<sup>31</sup> Anwendungsempfehlungen, S. 10.

<sup>32</sup> Anwendungsempfehlungen, S. 10 mit dem Vorschlag, daneben möglicherweise einen weiteren Meldeweg zur örtlichen Notarkammer zu schaffen; zur Vorsicht ratend im Hinblick auf die Verschwiegenheitspflicht der Mitarbeiter Klein, BWNotZ 37, 39; daneben Schubert, NJOZ 2018, 41, 44.

<sup>33</sup> Siehe auch Schubert, NJOZ 2018, 41, 43; anders dagegen Klein, BWNotZ 37, 39.

<sup>34</sup> Anwendungsempfehlungen, S. 9; ausführlich auch Klein, BWNotZ 37, 41.

<sup>35</sup> Anwendungsempfehlungen, S. 9.

klar definierten Pflichten leichter justizierbar sind als die mit dem Maßstab des unbestimmten Rechtsbegriffs der Angemessenheit zu bewältigenden Pflichten einer angemessenen Risikoanalyse oder angemessener interner Sicherungsmaßnahmen, sollte besonderes Augenmerk auf die Einhaltung dieser Vorschriften gelegt werden.

#### a) Anwendungsempfehlungen

Die Anwendungsempfehlungen fassen die Aufzeichnungs- und Aufbewahrungspflichten kurz folgendermaßen zusammen:

„Aufzuzeichnen und aufzubewahren sind:

- generell (Generalakte):
  - Risikoanalyse (zum Beispiel gemäß der Anlage zu den Anwendungsempfehlungen der Bundesnotarkammer);
  - interne Sicherungsmaßnahmen (zum Beispiel gemäß der Anlage zu den Anwendungsempfehlungen der Bundesnotarkammer);
- vorgangsbezogen (zum Beispiel in Urkunde, Kostenrechnung, Nebenakte, digital usw.):
  - die zur Identifizierung erhobenen Daten der Beteiligten (insbesondere Ausweiskopien);
  - die eingeholten Informationen zur wirtschaftlichen Berechtigung (insbesondere Registerauszüge, Gesellschafterlisten u. Ä.);
  - konkrete Risikobewertung des Vorgangs und etwaige Einstufung des Risikos für die Beurteilung der Angemessenheit der vereinfachten, allgemeinen oder verstärkten Sorgfaltspflichten (zum Beispiel auf Verfügungsbogen);
  - ggf. die aufgrund des festgestellten Risikos veranlassten weiteren Maßnahmen und Ermittlungen sowie deren Ergebnisse, insbesondere im Rahmen verstärkter Sorgfaltspflichten;
  - ggf. bei genauerer Prüfung einer möglichen Meldepflicht die Erwägungsgründe sowie eine nachvollziehbare Begründung des Ergebnisses.<sup>36</sup>

#### b) Aufzeichnungsort

Das GwG enthält keine Regelungen, wo und wie die Dokumentation zu erfolgen hat. Insbesondere ist es erlaubt, Informationen nur digital aufzubewahren. Die zu dokumentierenden Angaben müssen auch nicht gemeinsam aufbewahrt, sondern können in verschiedenen, verstreuten Quellen gespeichert werden. Denkbar ist ferner, einzelne oder alle Daten nicht vorgangsbezogen zu speichern, sondern an einem zentralen „GwG-Informationen-Speicherort“, zum Beispiel in einem digitalen Ausweiskopienordner.

Wie in den Anwendungsempfehlungen vorgeschlagen, erfolgt die nach § 5 Abs. 2 GwG erforderliche Dokumentation der Risikoanalyse zweckmäßigerweise in der Generalakte.<sup>37</sup>

§ 6 GwG enthält keine explizite Pflicht zur Dokumentation der internen Sicherungsmaßnahmen, auch wenn die „Ausarbei-

tung von internen Grundsätzen, Verfahren und Kontrollen“ gemäß § 6 Abs. 2 Nr. 1 GwG eine Verschriftlichung möglicherweise impliziert. Da für Notare aufgrund der umfassenden Regelungen des Berufsrechts und der spezifischen Anwendungsempfehlungen der Bundesnotarkammer samt in der Anlage vorgeschlagenen internen Sicherungsmaßnahmen eine weitere Ausarbeitung interner Grundsätze, Verfahren und Kontrollen in der Regel entbehrlich ist<sup>38</sup> und spezifische Dokumentationspflichten nicht vorgesehen sind, bedarf es keiner weiteren Maßnahmen. Mit dem Ausfüllen der Anlage zu den Anwendungsempfehlungen und deren Ablage in der Generalakte erfüllt ein Notar somit seine Pflicht zur Dokumentation der Risikoanalyse und übererfüllt seine Pflicht zur Ausarbeitung von internen Grundsätzen, Verfahren und Kontrollen.

Die Anwendungsempfehlungen schlagen weiter vor, die nach § 8 GwG aufzuzeichnenden und aufzubewahrenden vorgangsbezogenen Angaben und Informationen zweckmäßigerweise in der jeweiligen Nebenakte festzuhalten.<sup>39</sup> Schließlich wird festgehalten, bei geldwäscherlevanten Vorgängen folgende Dokumente standardisiert in der Nebenakte aufzubewahren:

- Ausweiskopien
- ggf. Registerauszüge und sonstige Dokumente zur Identifizierung des wirtschaftlich Berechtigten
- Ergebnis der konkreten Risikobewertung des Vorgangs (zum Beispiel auf dem Verfügungsbogen)<sup>40</sup>

#### c) Dokumentation der konkreten Risikobewertung

Gemäß § 8 Abs. 1 Nr. 2 GwG sind ferner hinreichende Informationen über die Durchführung und über die Ergebnisse der Risikobewertung nach § 10 Abs. 2, § 14 Abs. 1 und § 15 Abs. 2 GwG und über die Angemessenheit der auf Grundlage dieser Ergebnisse ergriffenen Maßnahmen aufzuzeichnen und aufzubewahren. §§ 10, 14 und 15 GwG regeln die allgemeinen, vereinfachten und verstärkten Sorgfaltspflichten.<sup>41</sup> Um einordnen zu können, welche Sorgfaltspflichten anwendbar sind, muss jeder GwG-Verpflichtete bei jedem Vorgang konkret die Risiken bewerten. Aufgrund der systematischen Stellung des § 10 GwG als Grundnorm der Sorgfaltspflichten und der jeweiligen Formulierungen in § 14 Abs. 1 Satz 2 GwG („Vor der Anwendung vereinfachter Sorgfaltspflichten haben sich die Verpflichteten zu vergewissern, dass die Geschäftsbeziehung oder Transaktion tatsächlich mit einem geringeren Risiko der Geldwäsche oder Terrorismusfinanzierung verbunden ist.“) und § 15 Abs. 1 GwG („Die verstärkten Sorgfaltspflichten sind zusätzlich zu den allgemeinen Sorgfaltspflichten zu erfüllen.“) wird das Verhältnis der Sorgfaltspflichten klar: Der Normgeber geht im Standardfall von allgemeinen Sorgfaltspflichten und nur in Ausnahmefällen von vereinfachten oder verstärkten Sorgfaltspflichten aus. Wenn ein GwG-Verpflichteter also vom normalen Pflichtenprogramm der allgemeinen Sorgfaltspflichten abweichen möchte, bedarf dies eines Begründungs- und damit Dokumentationsaufwands.

<sup>38</sup> Vgl. Ziffer II. 3. c).

<sup>39</sup> Anwendungsempfehlungen, S. 11.

<sup>40</sup> Anwendungsempfehlungen, S. 11.

<sup>41</sup> Hierzu ausführlich in Teil 2 des Beitrags.

<sup>36</sup> Anwendungsempfehlungen, S. 10.

<sup>37</sup> Anwendungsempfehlungen, S. 11.

Die Einordnung in die Sorgfaltspflichten wirkt sich im Ergebnis nur insoweit aus, als bei vereinfachten Sorgfaltspflichten gemäß § 14 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GwG geringere Anforderungen an die Identifizierungsmittel bestehen (nicht zwingend gültiger Personalausweis oder Pass) und als bei verstärkten Sorgfaltspflichten gemäß § 15 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 GwG die Mittelherkunft zu klären ist. Die weiteren Unterschiede zwischen allgemeinen, vereinfachten und verstärkten Sorgfaltspflichten sind nicht konkret, sondern relativ und fallabhängig: verstärkte kontinuierliche Überwachung, angemessene Reduktion des Umfangs der Maßnahmen zur Erfüllung der allgemeinen Sorgfaltspflichten usw. Das Erfordernis der Zustimmung eines Mitglieds der Führungsebene gemäß § 15 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 GwG ist im notariellen Kontext wegen des alleinigen Außenhandelns des Notars ohne Relevanz.<sup>42</sup>

Trotz dieser im Endeffekt nicht grundlegenden Unterschiede zwischen den allgemeinen, vereinfachten und verstärkten Sorgfaltspflichten sieht der Gesetzgeber in § 8 Abs. 1 Nr. 2 GwG vor, dass „hinreichende Informationen über die Durchführung und über die Ergebnisse der Risikobewertung nach § 10 Abs. 2, § 14 Abs. 1 und § 15 Abs. 2 GwG und über die Angemessenheit der auf Grundlage dieser Ergebnisse ergriffenen Maßnahmen“ aufzuzeichnen und aufzubewahren sind. Die Anwendungsempfehlungen der Bundesnotarkammer raten zur Dokumentation einer konkreten Risikobewertung etwa auf dem Verfügungsbogen mit den drei Kategorien geringeres, mittleres und höheres Risiko sowie Platz für etwaige weitere Bemerkungen und Maßnahmen.<sup>43</sup> Die Anwendungsempfehlungen gehen also davon aus, dass in jedem konkreten Einzelfall im Geltungsbereich des GwG eine konkrete Risikobewertung zu erfolgen hat und zu dokumentieren ist.<sup>44</sup> *Schubert* meint dagegen, dass es aufgrund der Typisierung der geldwäscherelevanten Vorgänge ausreichend sein dürfte, diese in der allgemeinen Risikoanalyse zu beschreiben, allgemeine Verhaltensweisen für Mitarbeiter vorzugeben und lediglich für Ausnahmefälle eine individualisierte Prüfung vorzugeben.<sup>45</sup> *Klein* begründet ausführlich, dass der Wortlaut der Dokumentation „hinreichender Informationen über die Durchführung und über die Ergebnisse der Risikobewertung“ darauf hindeute, dass das Ganze nachvollziehbar sein soll, nicht jedoch, dass zwingend und in jedem Fall eine gesonderte Dokumentation einer konkreten Risikoanalyse erforderlich sei.<sup>46</sup> Er führt aus, dass sich die erforderlichen Angaben oftmals aus der Nebenakte, zum Beispiel Informationen im Terminvorbereitungsbogen und etwaige Nachfragen bzw. Nachforschungen des Notars, entnehmen ließen.<sup>47</sup> Ihm leuchte daher nicht ohne Weiteres ein, weshalb insbesondere bei einem normalen oder verringerten Risiko, bei dem dennoch die allgemeinen Sorgfaltspflichten eingehalten werden, ein besonderer Vermerk zum Ergebnis der Risikoanalyse erforderlich sei.<sup>48</sup> *Klein* spekuliert, dass die Bundesnotarkammer wohl aus erzieherischen Gründen

über die Dokumentationspflicht die tatsächliche Durchführung einer Risikoanalyse erreichen wolle, und empfiehlt, sich an die Anwendungsempfehlungen der Bundesnotarkammer zu halten.<sup>49</sup>

Es ist *Klein* insoweit beizupflichten, als das GwG in § 8 GwG sowie an anderer Stelle zwar Dokumentationspflichten begründet, aber die konkrete Ausgestaltung der Dokumentation insbesondere in § 8 Abs. 2 bis 5 GwG nur teilweise regelt oder bewusst offen lässt. Wenn sich also aus der Nebenakte ergibt, dass eine konkrete Risikoprüfung des einzelnen Vorgangs stattgefunden hat, etwa weil eine dort dokumentierte Nachfrage nach der Mittelherkunft darauf hindeutet, dass der Notar von verstärkten Sorgfaltspflichten und damit einem höheren GwG-Risiko ausgegangen ist, dürfte dies eine hinreichende Information über die Durchführung und die Ergebnisse der Risikobewertung und die Angemessenheit der auf Grundlage dieser Ergebnisse ergriffenen Maßnahmen im Sinne von § 8 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 GwG sein. Ebenso ist *Klein* zuzustimmen, dass ein Dokumentationsaufwand für die Annahme eines geringeren Risikos entfällt, wenn dennoch wie im Normalfall die allgemeinen Sorgfaltspflichten erfüllt werden. Insoweit ist nicht zwingend und in jedem Fall eine konkrete Risikobewertung zu dokumentieren.

Fraglich ist, ob der Vorschlag von *Klein* auch für den Normalfall genügt, bei dem man aus der Nebenakte nur deswegen von der Durchführung allgemeiner Sorgfaltspflichten auf die Annahme eines mittleren Risikos schließen könnte, weil sich in der Nebenakte in GwG-relevanter Hinsicht keine Besonderheiten finden. Ob das Fehlen von Besonderheiten als hinreichende Information über Durchführung und Ergebnis einer konkreten Risikobewertung im Einzelfall ausreicht, ist mithin die zu entscheidende Frage. Der Wortlaut von § 8 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 GwG ist, wie von *Klein* aufgezeigt und oben dargelegt, nicht so eindeutig, wie er zunächst scheint. Die Gesetzesbegründung hilft an dieser Stelle nicht weiter.<sup>50</sup> Sinn und Zweck der Dokumentation dürfte vor allem die Aufzeichnung der Ausnahmefälle vereinfachter oder verstärkter Sorgfaltspflichten sein, nicht die Dokumentation des Standardfalls. Gleichwohl verlangt auch *Klein* eine zumindest nachvollziehbare<sup>51</sup> Risikobewertung. Dem Kriterium der Nachvollziehbarkeit ist uneingeschränkt zuzustimmen, weil die Dokumentation der Aufsicht dient und für diese erkennbar sein muss, dass eine Risikobewertung durchgeführt wurde. Dies bedeutet jedoch gleichzeitig, dass die bloße Abwesenheit von spezifischen Informationen zur Anwendung vereinfachter oder verstärkter Sorgfaltspflichten aufgrund der Annahme geringerer oder höherer Risiken nicht ausreichend sein dürfte, sondern die Durchführung einer Risikobewertung nachvollziehbar sein muss. Aus dem Kriterium der Nachvollziehbarkeit folgt also meines Erachtens ein anderer Schluss.

Unstreitig dürfte es insofern genügen, wenn der Notar im Einzelfall der Nebenakte ein Blatt beifügt, auf dem (vorgedruckt) vermerkt ist, dass die Risikobewertung ein mittleres Risiko ergeben hat, weil die Durchführung der konkreten Risikobewer-

42 Vgl. Ziffer II. 3. e).

43 Anwendungsempfehlungen, S. 11.

44 So ausdrückliche Anwendungsempfehlungen, S. 12.

45 *Schubert*, NJOZ 2018, 41, 45.

46 *Klein*, BWNotZ 2018, 37, 40.

47 *Klein*, BWNotZ 2018, 37, 40.

48 *Klein*, BWNotZ 2018, 37, 40.

49 *Klein*, BWNotZ 2018, 37, 41.

50 Regierungsentwurf, BT-Drucks. 18/11555, S. 114.

51 *Klein*, BWNotZ 2018, 37, 40.



tung damit hinreichend dokumentiert ist. Eine Unterschrift oder eine Datumsangabe sind nicht vorgeschrieben. Standardmäßig bei jedem Vorgang auf dem Aktendeckel oder dem Verfügungsbogen vordruckte Sätze dergestalt, dass die Risikobewertung ein mittleres Risiko ergeben habe, wenn nicht anders dargestellt, dürften jedenfalls dann den Anforderungen genügen, wenn eine konkrete Risikobewertung damit dokumentiert werden kann, etwa wenn ein Datum, eine Unterschrift oder auch bloß ein Haken ergänzt wird oder sonst aus dem Gesamtzusammenhang deutlich wird, dass sich ein Mitarbeiter mit der konkreten Risikoprüfung auseinandergesetzt hat.

Unabhängig davon greifen risikoabhängig ggf. weitere Aufzeichnungs- und Aufbewahrungspflichten: Wurden auf der Grundlage des festgestellten Risikos Maßnahmen ergriffen oder wurde – bei Verdachtsmomenten – das Vorliegen einer Meldepflicht geprüft, ist dies mit den jeweiligen Ergebnissen ebenfalls zu dokumentieren.<sup>52</sup>

#### d) In der Regel keine weiteren Dokumentationspflichten

Wie die Anwendungsempfehlungen feststellen, werden sich die zu erhebenden Angaben zur Art und zum Zweck der Geschäftsbeziehung (§ 10 Abs. 1 Nr. 3 GwG) regelmäßig bereits aus der Urkunde ergeben, sodass keine weiteren Aufzeichnungs- und Aufbewahrungspflichten bestehen.<sup>53</sup> Informationen zu (weiteren) „Geschäftsbeziehungen“ der Beteiligten können dem Namensverzeichnis und der Urkundenrolle entnommen werden, weshalb ebenfalls keine weiteren Vorkehrungen erforderlich sind, um der Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen oder anderen zuständigen Behörden gemäß § 6 Abs. 6 GwG auf Anfrage Auskunft über Geschäftsbeziehungen der letzten fünf Jahre erteilen zu können.<sup>54</sup>

#### e) Frühere Identifizierung

Bei einem bereits zuvor nach den Anforderungen des GwG identifizierten genügt gemäß den Anwendungsempfehlungen der Hinweis in der Urkunde, dass diese Person dem Notar bekannt ist, der Dokumentationspflicht, sofern eine Ausweiskopie noch vorhanden ist, § 8 Abs. 2 Satz 3 GwG.<sup>55</sup> Dass eine Person dem Notar bekannt ist, impliziert, dass er diese Person bei früherer Gelegenheit identifiziert hat. Man wird allerdings verlangen müssen, dass jede Person zumindest einmal nach dem GwG identifiziert worden ist.<sup>56</sup>

#### f) Aufbewahrungsdauer

Aufzeichnungen und sonstige Belege sind fünf Jahre ab Ende des Kalenderjahrs aufzubewahren, in dem die Geschäftsbeziehung, also die notarielle Amtstätigkeit mit der Vollzugsmittteilung, beendet wurde, § 8 Abs. 4 Satz 1 GwG. Gemäß § 8 Abs. 4 Satz 2 GwG bleiben andere gesetzliche Bestimmungen

unberührt. Insbesondere wenn solche Aufzeichnungen Teil der Urkunde oder der Nebenakte sind, teilen sie das Schicksal von deren Aufbewahrungsdauer. Zwar handelt es sich bei der DONot nicht um eine gesetzliche Bestimmung mit längerer Aufbewahrungsfrist, jedoch verdrängt diese als vorrangige Spezialnorm und aufgrund der Deckungsgleichheit der Aufzeichnungen nach dem GwG mit typischerweise in den Nebenakten dokumentierten Daten die Bestimmung des § 8 Abs. 4 Satz 1 GwG. Dasselbe gilt für angeordnete verlängerte Aufbewahrungsfristen.

#### g) Zweck der Dokumentation

Die Anwendungsempfehlungen stellen fest, dass die Dokumentation nicht nur der Einhaltung geldwäscherechtlicher Pflichten dient, sondern darüber hinaus auch zum Beleg herangezogen werden kann, um im Einzelfall gegen den Notar erhobene Vorwürfe auszuräumen.<sup>57</sup>

Zu undifferenziert ist die Feststellung von *Herzog*, dass die Aufzeichnungen im Rahmen der Dokumentationspflichten insgesamt der Beschlagnahme unterliegen,<sup>58</sup> da das gemäß § 203 StGB strafbewehrte und verfassungsrechtlich gebotene Berufsgeheimnis neben dem strafprozessualen Beschlagnahmeverbot gemäß § 97 Abs. 1, § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 StPO über diverse spezialgesetzliche Normen des GwG besonders geschützt wird, indem ein Auskunftsverweigerungsrecht kodifiziert wird (vgl. § 6 Abs. 6, § 30 Abs. 3 Satz 2, § 52 Abs. 5 GwG), solange der Verpflichtete nicht weiß, dass sein Mandant seine Rechtsberatung für den Zweck der Geldwäsche oder der Terrorismusfinanzierung in Anspruch genommen hat oder nimmt.

### III. Zusammenfassung

Der Anwendungsbereich des GwG 2017 ist für Notare unverändert geblieben, wobei die Anwendungsempfehlungen der Bundesnotarkammer nunmehr von einer Identifizierungspflicht nach den Vorschriften des GwG bei Unterschriftsbeglaubigungen ohne Entwurf ausgehen. Im Gesellschaftsrecht ist das GwG 2017 auf alle Vorgänge anwendbar, die der notariellen Mitwirkung bedürfen.

Eine wesentliche Neuerung des GwG 2017 ist das Risikomanagement auch für GwG-Verpflichtete aus dem Nichtfinanzsektor. Erforderlich werden für Notare damit eine allgemeine Risikoanalyse und interne Sicherungsmaßnahmen – beides muss risikoanagemessen erfolgen. Wesentlich verschärft wurden die generellen sowie die vorgangsbezogenen Aufzeichnungs- und Aufbewahrungspflichten.

<sup>52</sup> Anwendungsempfehlungen, S. 11.

<sup>53</sup> Anwendungsempfehlungen, S. 11.

<sup>54</sup> Anwendungsempfehlungen, S. 11.

<sup>55</sup> Anwendungsempfehlungen, S. 11.

<sup>56</sup> Vgl. hierzu auch Teil 2 des Beitrags.

<sup>57</sup> Anwendungsempfehlungen, S. 12.

<sup>58</sup> *Herzog/Herzog*, GwG, § 8 Rdnr. 16.

# Zur Gewinnzuordnung bei Veräußerung von GmbH-Anteilen

Zugleich Anmerkung zum Urteil des BFH vom 13.3.2018, IX R 35/16\*

Von Notar **Martin Wachter**, Günzburg

Vertraglich vereinbarte Zuordnungen des Gewinnanspruchs an den Veräußerer im Rahmen der Abtretung eines GmbH-Anteils können unangenehme steuerliche Folgen für den Erwerber haben. Eine neue Entscheidung des BFH bringt dazu in einigen Punkten Klarheit und eröffnet Möglichkeiten für eine steuerlich rechtssichere Gestaltung.

## I. Sachverhalt

Der Entscheidung lag zusammengefasst folgender Sachverhalt zugrunde: An einer GmbH waren die beiden Gesellschafter V und K beteiligt. V veräußerte mit beurkundetem Vertrag vom 26.10.2007 seinen Geschäftsanteil „mit dinglicher Wirkung zum 31.12.2007“ an K. Im Vertrag wurde unter anderem vereinbart:

„Die Gewinne, die bis einschließlich 31.12.2007 erwirtschaftet werden (= in 2007 erwirtschaftete Gewinne und Gewinnvorräte), stehen dem Veräußerer zu ½ Anteil zu, soweit sie nicht bereits ausgeschüttet wurden. Sie werden vollständig in 2008 als Dividende ausgeschüttet. Der Erwerber verpflichtet sich, erforderliche entsprechende Gesellschafterbeschlüsse zu fassen.“

Das FA vertrat die Auffassung, dass es sich bei der Ausschüttung nicht um Kapitalerträge im Sinne des § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG,<sup>1</sup> sondern um ein zusätzliches Entgelt für die Anteilsübertragung handele, welches den steuerpflichtigen Veräußerungserlös des Veräußerers in 2007 nach § 17 EStG erhöhe. Dieser ist seit 2009 bei einer in den letzten fünf Jahren im

Privatvermögen<sup>2</sup> gehaltenen Kapitalbeteiligung von 1 % und mehr nicht mit der Abgeltungsteuer, sondern nach dem Teileinkünfteverfahren<sup>3</sup> zu versteuern. Dagegen sah das FG Köln<sup>4</sup> darin eine dem Veräußerer im Jahre 2008 zugeflossenen Vorabgewinnausschüttung nach § 20 Abs. 2a EStG (nun § 20 Abs. 5 EStG), die vom Veräußerer als Einkünfte aus Kapitalvermögen nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG zu versteuern sei. Die dagegen vom FA eingelegte Revision blieb erfolglos. Der BFH bestätigte die Entscheidung des FG, wonach es sich nicht um einen nachträglichen Veräußerungserlös aus der Anteilsveräußerung nach § 17 Abs. 2 EStG handelte, sondern um in 2008 zugeflossene Einkünfte aus Kapitalvermögen nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG. Daraus ergeben sich folgende Gestaltungsüberlegungen:

## II. Diskrepanz zwischen Vertragsrecht und Gesellschaftsrecht sowie Steuerrecht

Kaufvertragsrechtlich hat der seinen Geschäftsanteil veräußernde Gesellschafter mangels abweichender Abreden einen schuldrechtlichen Anspruch nach § 101 Nr. 2, Hs. 2 BGB gegen den Erwerber auf den während seiner Zugehörigkeit zur Gesellschaft entfallenden anteiligen Gewinn, sofern er ausgeschüttet wird.<sup>5</sup> Der nach Ablauf des Wirtschaftsjahres auf den veräußerten Geschäftsanteil anfallende Gewinn ist daher (zeitanteilig) bezogen auf den Zeitpunkt des Rechtsübergangs zwischen Veräußerer und Erwerber zu verteilen.

Gesellschaftsvertraglich ist der Gewinnanspruch ein unselbstständiger Bestandteil des Stammrechtes aus dem Geschäfts-

\* MittBayNot 2019, 204 (in diesem Heft).

1 Grundsätzlich unterfallen Gewinnausschüttungen bei einer GmbH-Beteiligung, wenn der Anteil im Privatvermögen gehalten wird, der Abgeltungsteuer (fest 25 %). Jedoch besteht nach § 32d Abs. 2 Nr. 3 EStG die Optionsmöglichkeit für die reguläre persönliche Besteuerung bei Beteiligungserträgen im Sinne von § 20 Abs. 1 Nr. 1 und 2 EStG, wenn der Anteilseigner mittelbar oder unmittelbar an einer Kapitalgesellschaft zu mindestens 25 % beteiligt ist oder zumindest zu ein Prozent beteiligt und beruflich für diese Kapitalgesellschaft tätig ist, was im Sinne des Letzteren einen maßgeblichen unternehmerischen Einfluss auf deren wirtschaftliche Tätigkeit voraussetzt. Diese Option kann für den Ausscheidenden zweckmäßig sein, wenn verrechenbare Werbungskosten, zum Beispiel aus einer Finanzierung der Beteiligung, vorliegen. Vgl. hierzu zuletzt: BFH, Urteil vom 24.10.2017, VIII R 19/16, DStR 2018, 2330, insbesondere auch zur zwingend zu beachtenden Frist für die Antragstellung gemäß § 32d Abs. 2 Nr. 3 EStG.

2 Dies ist der Regelfall bei Gesellschaftern einer GmbH. Nur soweit eine Betriebsaufspaltung vorliegt, zählt dann der Anteil an der Betriebs-GmbH zum Sonderbetriebsvermögen II (siehe dazu BFH, Urteil vom 4.12.2014, IV R 28/11, BB 2016, 43), oder soweit der Anteil zu einer gewerblichen Beteiligung gehört, der Gesellschafter also den Anteil in einem steuerlichen Betriebsvermögen hält.

3 Bei im Privatvermögen gehaltenen Kapitalbeteiligungen (siehe vorstehende Fn.) gemäß § 17 Abs. 2 EStG wird der Veräußerungsgewinn gemäß § 3 Nr. 40 Satz 1 lit. c, § 3c Abs. 2 Satz 1 EStG nur im Umfang von 60 % des Gewinnes besteuert, können aber auch die abzugsfähigen Werbungskosten nur in dieser Höhe angesetzt werden.

4 FG Köln, Urteil vom 21.9.2016, 14 K 3263/13, EFG 2016, 1949.

5 BGH, Urteil vom 30.1.1995, II ZR 45/94, DNotZ 1995, 963: Dies gilt jedoch nicht, wenn die Gesellschaft selbst den Anteil erwirbt, weil dann kein Gewinnbezugsrecht mehr entsteht. Hier muss zuvor eine Vorab-Gewinnverwendung beschlossen werden. Gleiches ist erforderlich, wenn bei Einziehung eines GmbH-Anteils dem davon betroffenen Gesellschafter noch der Gewinn aus Geschäftsjahren vor der Einziehung zustehen soll; siehe hierzu BGH, Urteil vom 14.9.1998, II ZR 172/97, NZG 1998, 985.

anteil. Er geht damit als Bestandteil der Mitgliedschaft auf den Erwerber über. Da der Gewinnanspruch aber erst mit dem Beschluss über die Gewinnverwendung entsteht,<sup>6</sup> ist damit im Verhältnis zur Gesellschaft derjenige bezugsberechtigt, der im Zeitpunkt des Ausschüttungsbeschlusses nach § 16 Abs. 1 GmbHG Gesellschafter ist. Zu diesem Zeitpunkt ist jedoch der Veräußerer nicht mehr stimmberechtigter Gesellschafter. Er hat damit nach seinem Ausscheiden keinen Einfluss mehr auf die Bilanzaufstellung und die Feststellung des Jahresabschlusses sowie auf den Gewinnverwendungsbeschluss.

Soll der Gewinn des laufenden Geschäftsjahres und auch etwaige noch nicht verteilte Gewinne früherer Geschäftsjahre dem Veräußerer noch zustehen, ist dies daher in der Vereinbarung über die Abtretung von Geschäftsanteilen klar zu regeln. Darin können Gewinnansprüche – was als zulässig angesehen wird – vom Erwerber an den Veräußerer rückabgetreten werden, denn damit wird lediglich der konkrete Anspruch, nicht aber das Gewinnstammrecht übertragen.<sup>7</sup> Wurde eine solche Vereinbarung getroffen, ist es dem Erwerber im Regelfall verwehrt, gemäß § 29 Abs. 2 GmbHG eine anderweitige Gewinnverwendung zu beschließen.<sup>8</sup> Jedoch unterliegt der Veräußerer dem Risiko, dass der Erwerber seinen Geschäftsanteil bis zum entsprechenden Gewinnverwendungsbeschluss bereits weiterveräußert hat oder dass er als Minderheitsgesellschafter einen solchen Gewinnverwendungsbeschluss nicht durchsetzen kann oder ein solcher mit anderem Inhalt, zum Beispiel Einstellung in eine Rücklage, gefasst wird. Dem Veräußerer verbleibe dann nur der ihm von der Rechtsprechung zugestandene Schadensersatzanspruch aus positiver Vertragsverletzung, wenn der Erwerber eine entsprechende Gewinnverwendung und -ausschüttung vereitelt.

An die gesellschaftsrechtliche Zuordnung anknüpfend, bestimmt das Steuerrecht in § 20 Abs. 5 EStG (früher § 20 Abs. 2a EStG), dass Einkünfte aus Kapitalvermögen im Sinne des § 20 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 EStG derjenige Anteilseigner erzielt, dem im Zeitpunkt des Gewinnverteilungsbeschlusses der Anteil an dem Kapitalvermögen nach § 39 AO rechtlich oder wirtschaftlich zuzurechnen ist. § 20 Abs. 5 EStG stellt damit klar, dass abweichende Vereinbarungen mit anteiliger Zurechnung beim Veräußerer einkommensteuerlich entgegen § 101 BGB unbeachtlich sind,<sup>9</sup> denn Vereinbarungen im Sinne des § 101 Nr. 2 Hs. 2 BGB darüber, wer berechtigt sein soll, die Gewinnanteile zu beziehen, betreffen bereits die Gewinnverwendung und sind daher für die steuerliche Zurechnung von Kapitalerträgen nicht maßgeblich.<sup>10</sup>

6 BGH, Urteil vom 14.9.1998, II ZR 172/97, NZG 1998, 985.

7 BGH, Urteil vom 14.9.1998, II ZR 172/97, NZG 1998, 985.

8 BGH, Urteil vom 30.6.2004, VIII ZR 349/03, DNotZ 2005, 64.

9 Schmidt/Levedag, EStG, 37. Aufl. 2018, § 20 Rdnr. 165.

10 BT-Drucks. 12/5016, S. 87 f.

### III. Vertragliche Lösungen

Um diese vertraglichen, gesellschaftsrechtlichen und steuerlichen Probleme zu umgehen, werden vorwiegend zwei alternative Gestaltungen praktiziert:<sup>11</sup>

#### 1. Übergang des Gewinns gegen Kaufpreisaufschlag

In der Regel wird dem Erwerber aufgrund einer schuldrechtlichen Abrede der Gewinn des laufenden Geschäftsjahres und aller anderen noch nicht ausgeschütteten Gewinne vorangegangener Geschäftsjahre, über die noch kein Gewinnverwendungsbeschluss gefasst wurde, zugewiesen. Zugunsten des Veräußerers wird dies durch einen Kaufpreisaufschlag abgegolten.<sup>12</sup>

Die Formulierung könnte wie folgt lauten:

Das Gewinnbezugsrecht steht dem Erwerber bezüglich des Gewinnes des laufenden Geschäftsjahres sowie eines etwaigen noch nicht unter den Gesellschaftern verteilten Gewinnes vergangener Geschäftsjahre zu. Dies wird dem Veräußerer mit dem Kaufpreis abgegolten.

Variante: Abtretung des Nettogewinns

Bisher kaum diskutiert ist die Gestaltung bei Anteilen, die sich im steuerlichen Privatvermögen des veräußernden Gesellschafters befinden, dem Veräußerer den Gewinn gemäß der Regelung in § 101 BGB zu belassen. Alle Ausschüttungen auf Anteile im Privatvermögen, auch wenn es sich um wesentliche Beteiligungen handelt, werden mit dem festen Steuersatz der Abgeltungsteuer des § 32d EStG einheitlich belastet. Damit ist zwar der Erwerber mit dieser Steuer belastet, kann aber den nach Steuer verbleibende Ausschüttungsbetrag an den Veräußerer abführen.<sup>13</sup> Der Veräußerer wird durch eine Vorwegabtretung des Auszahlungsanspruches in der Übertragungsurkunde abgesichert, bleibt aber im Risiko, dass kein entsprechender Gewinnverteilungsbeschluss gefasst wird, wenn der Erwerber diesen nicht allein herbeiführen kann.

Die Regelung könnte wie folgt lauten:<sup>14</sup>

Die Beteiligten gehen davon aus, dass der auf den veräußerten Geschäftsanteil entfallende Gewinn beim Erwerber der Abgeltungssteuer unterliegt. Daher treffen sie dazu folgende

11 Hierzu: Schuck, DStR 1996, 371; Fuhrmann/Wälzholz, Formularbuch Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2018, Kap. 14 Anm. zu Muster M14.8.; Beck'sche Online-Formulare Vertrag/S. Frank, Stand: 1.6.2018, Muster 7.8.6.1.; Beck'sches Notar-Handbuch/Heckschen, 6. Aufl. 2015, D. V. Rdnr. 34.

12 In Unternehmenskaufverträgen finden sich dazu häufig auch Anpassungsklauseln an die Höhe des nachfolgend noch tatsächlich festgestellten Gewinnes. Weitere Muster in Kersten/Bühling/Kanzleiter/Cziupka/M. Wachter, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 26. Aufl. 2019, § 145 Rdnr. 24 ff.

13 Zu berücksichtigen ist evtl. eine Kirchensteuer. Formulierungsvorschlag dazu in DNotI-Report 1998, 113, welcher jedoch noch nicht die Abgeltungsteuer berücksichtigt, die auf alle Gewinneinkünfte aus Anteil im Privatvermögen anfällt.

14 Siehe Muster des Autors in Kersten/Bühling/Kanzleiter/Cziupka/M. Wachter, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, § 145 Rdnr. 28.

Vereinbarung: Dem Veräußerer steht noch der Gewinn zu, der für frühere Geschäftsjahre noch nicht (festgestellt und) ausgeschüttet wurde, sowie auch zeitanteilig der Gewinn des laufenden Geschäftsjahres, wobei der Zeitpunkt des schuldrechtlichen Übergangs aller Rechte und Pflichten aus dem veräußerten Anteil maßgeblich ist. Er ist dem Veräußerer – verringert um die Abgeltungsteuer – auszuzahlen.

Der Erwerber verpflichtet sich gegenüber dem Veräußerer, einen entsprechenden Beschluss über die Gewinnausschüttung herbeizuführen und tritt zur Absicherung zugleich hiermit bereits seinen um die Abgeltungsteuer verringerten Auszahlungsanspruch bzgl. des dem Veräußerer zustehenden Gewinnanteiles an diesen ab.

Die steuerliche Beratung und Überprüfung dieser Klausel war nicht Sache des Notars.

Hält der Erwerber den Anteil aber im Betriebsvermögen (zum Beispiel bei einer Betriebsaufspaltung), ist eine solche Regelung nicht zweckmäßig, da die beim Erwerber anfallende Gewinnbesteuerung gemäß § 20 EStG sich nach dem individuellen Steuersatz des Erwerbers unter Einbeziehung seiner sonstigen steuerpflichtigen Einkünfte richtet.

Eine derartige Regelung ist auch nur nach steuerlicher Überprüfung zu verwenden, da die Finanzverwaltung den ausgezahlten Gewinnanteil als weiteren Veräußerungserlös erfassen wird. Damit käme es zu einer doppelten steuerlichen Erfassung. Dies ist zwar nach einer neueren BFH-Entscheidung<sup>15</sup> zweifelhaft. In dieser hat der BFH die im Zusammenhang mit einer Geschäftsanteilsabtretung beschlossenen Ausschüttung von in der Vergangenheit nicht ausgeschütteten Gewinne als Gewinnausschüttung an den Veräußerer und nicht als Veräußerungserlös gewertet.<sup>16</sup> Rechtssicherheit besteht dadurch jedoch nicht.

## 2. Vorab-Gewinnausschüttung

Alternativ zur Überlassung der Gewinnansprüche des Veräußerers an den Erwerber werden die voraussichtlich auf das laufende und in früheren Geschäftsjahren bereits erwirtschafteten Gewinne im Wege eines Vorab-Gewinnausschüttungsbeschlusses<sup>17</sup> vor dem Verkauf an den Veräußerer ausgeschüttet.<sup>18</sup> Hierauf sollte der Veräußerer den Erwerber im Rahmen des Verkaufes hinweisen, auch wenn sich nach neuester Rechtsprechung des BGH<sup>19</sup> die Gewährleistungsansprüche bei einem Kauf von Mitgliedschaftsrechten an einer

GmbH als Rechtskauf gemäß § 453 Abs. 1 Alt. 1 BGB nur auf den Bestand des Rechtes mit den sich daraus ergebenden Ansprüchen auf Stimmrecht und Gewinnanteil (Verität), nicht aber auf die Einbringlichkeit der Ansprüche aus dem Recht (Bonität) beziehen. Es könnten zumindest aber eine Haftung des Veräußerers aus culpa in contrahendo nach § 280 Abs. 1, § 311 Abs. 2 Nr. 2, § 241 Abs. 2 BGB oder aber auch eine Vertragsanpassung wegen Störung der Geschäftsgrundlage nach § 313 Abs. 1 und 2 BGB in Betracht kommen.

Zu einer solchen Vorabausschüttung ist jedoch in der Regel die Mitwirkung sämtlicher Gesellschafter erforderlich. Allgemein wird empfohlen, eine solche Vorabausschüttung bereits vor Beurkundung der Anteilsabtretung zu beschließen. Die Auszahlung könne dann hinausgeschoben werden auf den Zeitpunkt der Bilanzerstellung nach Wirksamwerden der Abtretung. Dabei stehe nach der (nachfolgend dargestellten) Rechtsprechung die Gewinnausschüttung nur unter der Bedingung, dass ein entsprechender ausschüttungsfähiger Bilanzgewinn vorhanden ist.

Der BFH bestätigt in seiner Entscheidung die Wertung des FG Köln, dass in der vereinbarten Klausel über die Gewinnzuteilung und Auszahlung auch zugleich bei einer Zwei-Personen-GmbH eine Vorwegvereinbarung der Gesellschafter über die Gewinnausschüttung enthalten ist. Sowohl FG als auch BFH haben diese Vereinbarung als zivilrechtlich wirksamen Gewinnverteilungsbeschluss anerkannt, der auch für die Besteuerungszwecke bindend sei.

Der vom BFH entschiedene Fall hatte jedoch folgende Besonderheiten: Die Anteilsabtretung war mit dinglicher Wirkung hinausgeschoben auf das Jahresende der Veräußerung. Zum anderen wurde zwischen sämtlichen Gesellschaftern im Zusammenhang mit der Veräußerung eine Regelung über die Gewinnverteilung getroffen, die auch entsprechend dem Verhältnis deren mitgliedschaftlichen Beteiligungsrechte erfolgte.

## IV. Grundlagen der Vorab-Gewinnverteilung

Voraussetzung für eine Gewinnausschüttung sind die Beschlüsse der Gesellschafterversammlung über die Feststellung des Jahresergebnisses im Rahmen des Jahresabschlusses und dessen Verwendung, wozu – bei verhältnismäßiger Ausschüttung – jeweils die einfache Mehrheit genügt (§ 29 Abs. 2, § 46 Nr. 1, § 47 Abs. 1 GmbHG), soweit dazu keine abweichende Satzungsregelung besteht. Ein solcher, den Gleichbehandlungsgrundsatz beachtender (Mehrheits-)Beschluss kann gesellschaftsrechtlich aber auch schon vorab für das laufende Geschäftsjahr bereits vor Aufstellung der Bilanz und deren Feststellung getroffen werden; § 59 Abs. 1 AktG findet bei der GmbH keine Anwendung. Soll dabei bereits vorab an einzelne Gesellschafter die Auszahlung erfolgen, bedarf es aber auch der Zustimmung aller in dieser Weise nicht begünstigten Gesellschafter.

Eine entsprechende – zivilrechtlich wirksame – Vorab-Gewinnverteilung ist grundsätzlich auch steuerlich anzuerkennen.<sup>20</sup>

15 BFH, Urteil vom 4.12.2014, IV R 28/11, BB 2016, 43.

16 Jedoch mit der Besonderheit, dass zugleich auch durch Einführung einer Öffnungsklausel in die Satzung der Gesellschaft eine von § 29 Abs. 3 Satz 1 GmbHG abweichende Gewinnverteilung durch einstimmigen Beschluss erfolgen konnte.

17 Bei der AG gemäß § 59 AktG unzulässig, bei der GmbH jedoch unstreitig.

18 Vgl. *Schuck*, DStR 1996, 371. Das FG Köln, Urteil vom 14.9.2016, 9 K 1560/14, EFG 2016, 1875 (Revision anhängig am BFH, VIII R 28/16), bestätigt, dass – obwohl anstelle dessen bei der Veräußerung ein höherer Kaufpreis vereinbart werden könnte – diese Gestaltung keinen Missbrauch rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten i. S. d. § 42 AO darstellt.

19 BGH, Urteil vom 26.9.2018, VIII ZR 187/17, NJW 2019, 145.

20 BFH, Urteil vom 27.1.1977, I R 39/75, BFHE 122, 43 = BStBl. II 1977, S. 491.

Der dann erst nachfolgende Feststellungsbeschluss im Sinne des § 46 Nr. 1 GmbHG ist nach dem Wortlaut des § 20 Abs. 5 EStG für die Zurechnung der Einkünfte aus Kapitalvermögen nicht maßgeblich, da das Gesetz für die Zurechnung allein auf den Gewinnverteilungsbeschluss abstellt. Dabei steht die Vorabausschüttung nicht unter dem Vorbehalt eines weiteren (bestätigenden) Gewinnverteilungsbeschlusses nach Feststellung des Jahresabschlusses.<sup>21</sup> Aufgrund des ihr innewohnenden Vorschusscharakters ist die Gewinnausschüttung jedoch an den Vorbehalt geknüpft und dadurch auflösend bedingt im Sinne des § 158 BGB, dass nach Ablauf des Wirtschaftsjahres tatsächlich ein entsprechend hoher ausschüttungsfähiger Gewinn vorhanden ist.<sup>22</sup>

## V. Maßgeblichkeit des Zeitpunkts der Beschlussfassung

Der Veräußerer muss jedoch bei der Beschlussfassung über die Gewinnverwendung noch Gesellschafter sein. Der Zeitpunkt, zu dem die Rechtsübertragung wirksam werden soll, wird dabei grundsätzlich durch die vertragliche Vereinbarung der Parteien über das Verfügungsgeschäft bestimmt. Die Vertragsparteien können mit steuerlicher Wirkung auch einen nach der Beurkundung liegenden späteren Zeitpunkt der Anteilsübertragung bestimmen.<sup>23</sup> Das FG Nürnberg<sup>24</sup> hat dazu erst kürzlich entschieden, dass auch einkommensteuerrechtlich eine solche für die Zukunft wirkende Abmachung zwischen dem bisherigen und dem neuen Gesellschafter – im Gegensatz zu rückwirkenden Vereinbarungen – im Allgemeinen keinen Bedenken unterliegt.<sup>25</sup> Die Vereinbarung im Verfügungsvertrag über den Zeitpunkt der Wirksamkeit des Rechtsgeschäftes muss dabei klar und eindeutig sein.<sup>26</sup> Der Vorgang der Veräußerung ist auch steuerrechtlich erst dann abgeschlossen, wenn durch den Abtretungsvertrag zwischen dem Veräußerer und dem Erwerber das zivilrechtliche Eigentum oder das wirtschaftliche, wenn dieses früher übergeht, über-

tragen ist.<sup>27</sup> Daher kann auch noch in dem Zeitraum bis die aufschiebende Befristung eintritt ein entsprechender Ausschüttungsbeschluss gefasst werden.<sup>28</sup>

## VI. Disquotale Verteilung?

Dabei kann auch nur für den veräußernden Gesellschafter vorab der Gewinnanteil festgelegt, jedoch ohne Zustimmung aller Gesellschafter nicht vorab ausgeschüttet werden. Wird dieser dabei unabhängig von der Quote des ihm zustehenden und tatsächlich erwirtschaftenden Gewinns fix bestimmt, insbesondere ohne eventuell Rückzahlung bei tatsächlich geringerem Gewinnbeteiligungsanteil, und damit in einem nicht gleichen Beteiligungsverhältnis zu den anderen Gesellschaftern, liegt darin eine inkongruente oder disquotale Gewinnausschüttung.<sup>29</sup> Gesellschaftsrechtlich beinhaltet § 29 Abs. 3 Satz 2 GmbHG die Möglichkeit, in der Satzung eine abweichende Verteilung des Gewinnes zu regeln. Diese kann durch starre Verteilungsquoten, aber auch durch eine Öffnungsklausel geschehen, mit etwa folgendem Inhalt:

Die Gesellschafterversammlung beschließt über die Verwendung des Jahresüberschusses innerhalb der gesetzlichen Fristen. Für die Ergebnisverwendung gelten die jeweiligen gesetzlichen Vorschriften. Mit Zustimmung aller (beeinträchtigter) Gesellschafter kann für den Einzelfall oder allgemein eine vom Verhältnis der Geschäftsanteile abweichende Gewinnverteilung beschlossen werden.

Ob neben einer solchen Öffnungsklausel in der Satzung auch durch einstimmigen Beschluss ohne Satzungsänderung der Gewinnverteilungsschlüssel für eine Gewinnausschüttung geändert und ggf. sogar ein Gesellschafter mit dessen Zustimmung in voller Höhe von einer Gewinnausschüttung ausgeschlossen werden kann, wird vom FG Köln in der Vorinstanz uneingeschränkt bejaht, da die Gesellschafter frei darin seien, einander Gewinnanteile zu überlassen.<sup>30</sup> Dies ist jedoch gesellschaftsrechtlich umstritten, da es sich dabei um eine Abweichung von den gesetzlichen Bestimmungen des § 29 Abs. 3 GmbHG oder von einer entsprechenden satzungserrechtlichen Verteilungsregelung handelt.

21 BFH, Urteil vom 27.1.1977, I R 39/75, BFHE 122, 43 = BStBl. II 1977, S. 491.

22 BFH, Urteil vom 2.12.2014, VIII R 2/12, BFHE 248, 45 unter Verweisung auf BFH, Urteil vom 17.2.1993, I R 21/92, BFH/NV 1994, 83; BFH, Urteil vom 27.1.1977, I R 39/75, BFHE 122, 43 = BStBl. II 1977, S. 491; Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 29 Rdnr. 61.

23 FG Nürnberg, Urteil vom 4.4.2018, 4 K 1453/16, EFG 2018, 1035 unter Verweisung auf BGH, Urteil vom 28.10.1981, II ZR 129/80, BGHZ 82, 209, 212 und BFH, Urteil vom 22.9.1992, VIII R 7/90, BFHE 170, 29 = BStBl. II 1993, S. 228.

24 Urteil vom 4.4.2018, 4 K 1453/16.

25 FG Nürnberg, Urteil vom 4.4.2018, 4 K 1453/16, EFG 2018, 1035 unter Verweisung auf BFH-Urteile vom 21.12.1972, IV R 194/69, BFHE 108, 495 = BStBl. II 1973, S. 389 und vom 22.9.1992, VIII R 7/90, BFHE 170, 29 = BStBl. II 1993, S. 228.

26 Dabei kommt es nach dem FG Nürnberg (Urteil vom 4.4.2018, 4 K 1453/16, EFG 2018, 1035) entscheidend darauf an, ob mit Wirkung zum Ablauf des 31.12. die Abtretung erklärt wird, weil dann der Veräußerungsgewinn noch in das laufende Kalenderjahr fällt und nicht erst am 1.1. des Folgejahres realisiert wird.

27 FG Nürnberg, Urteil vom 4.4.2018, 4 K 1453/16, EFG 2018, 1035 unter Verweisung auf Herrmann/Heuer/Raupach/Patt, EStG, KStG, Stand: November 2018, § 16 EStG Rdnr. 289; Kirchhof/Söhn/Mellinghoff/Reiß, EStG, Stand: November 2018, § 16 Rdnr. C 72.

28 BFH, Urteil vom 2.12.2014, VIII R 2/12, DStR 2015, 402: Die Gewinnausschüttung an den herrschenden Gesellschafter einer zahlungsfähigen GmbH fließt diesem bereits im Zeitpunkt der Beschlussfassung über die Gewinnverwendung zu – selbst dann, wenn die Gesellschafterversammlung eine spätere Fälligkeit des Auszahlungsanspruchs beschlossen hat.

29 Siehe allgemein dazu: Wälzholz, notar 2016, 345; Kersten/Bühling/Kanzleiter/Cziupka/M. Wachter, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, § 142 Rdnr. 168 ff.

30 FG Köln, Urteil vom 14.9.2016, 9 K 1560/14, EFG 2016, 1875 unter Verweisung auf z. B. Michalski/Salje, GmbHG, 1. Aufl. 2002, § 29 Rdnr. 122; Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Aufl. 2009, § 29 Rdnr. 39; Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, 19. Aufl. 2010, § 29 Rdnr. 53; Scholz/Emmerich, GmbHG, 10. Aufl. 2006, § 29 Rdnr. 31; Scholz/Crezelius, GmbHG, § 29 Rdnr. 135.

Enthält die Satzung keine Regelung zur Verteilung des Gewinnes, kann durch einen entsprechenden einstimmigen Gesellschafterbeschluss eine disquotale Gewinnausschüttung vorgenommen werden; ebenso auch bei einer satzungsrechtlichen Öffnungsklausel mit der dort bestimmten Beschlussmehrheit.

Sieht eine Satzungsklausel jedoch starre Verteilungsquoten vor (etwa auch durch wörtliche Wiederholung der gesetzlichen quotalen Verteilungsregelung), liegt in einer davon abweichenden Verteilungsregelung eine Satzungsdurchbrechung. Bei satzungsdurchbrechenden Gesellschafterbeschlüssen wird unterschieden, ob diese punktuell sind, also sich die Wirkung des Beschlusses in einem Einzelakt, nämlich der betreffenden Maßnahme, erschöpft, oder ob diese zustandsbegründend sind, weil der Beschluss eine – für einen begrenzten Zeitraum oder unbegrenzte – Dauerwirkung entfaltet. Zustandsbegründende Satzungsdurchbrechungen bedürfen nach herrschender Meinung zu ihrer Wirksamkeit der Einhaltung sämtlicher Bestimmungen über die Satzungsänderung, also einer beurkundeten Beschlussfassung mit satzungsändernder Mehrheit gemäß § 53 Abs. 2 GmbHG und der Anmeldung zum Handelsregister gemäß § 54 Abs. 1 Satz 1 GmbHG.<sup>31</sup>

Zu einem über mehrere Jahre hinweg geltenden Gewinnverwendungsbeschluss in Abweichung von einer Thesaurierungsklausel in der Satzung hat das OLG Dresden<sup>32</sup> dazu konsequent entschieden, dass es dabei nicht um eine punktuelle Satzungsdurchbrechung handeln kann. Daraus jedoch den Schluss zu ziehen, dass jeder Gewinnverwendungsbeschluss eine Dauerwirkung enthalte und daher nicht als lediglich punktuelle Satzungsdurchbrechung qualifiziert werden könne, übersieht das notwendige Unterscheidungsmaß. Eine einmalige abweichende Gewinnverteilung im Rahmen der Anteilsveräußerung an einer GmbH kann nur als punktuelle Satzungsdurchbrechung gelten.<sup>33</sup> Diese sind grundsätzlich wirksam, können aber wegen Verletzung der Satzung analog § 243 Abs. 1 2. Fall AktG anfechtbar sein, soweit nicht das für Satzungsänderungen vorgesehene Verfahren eingehalten wurde oder alle Gesellschafter bei der Beschlussfassung zugestimmt haben.<sup>34</sup>

Als solche punktuelle Maßnahme wertet auch die Entscheidung des BFH den Gewinnverwendungsbeschluss, wenn es dort heißt, dass es für die Wirksamkeit eines solchen vom Verhältnis der Geschäftsanteile (§ 29 Abs. 3 Satz 1 GmbHG) abweichenden Ergebnisverteilung lediglich erforderlich ist, dass entweder eine Satzungsklausel besteht oder mit Zustimmung aller Gesellschafter abweichend von gesellschaftsvertraglichen Verteilungsregelungen gemäß § 46 Nr. 1 GmbHG die Verteilung vorgenommen wird.<sup>35</sup>

31 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23.9.2016, I-3 Wx 130/15, NJW-RR 2017, 293 m. w. N.; ausführlich: *Pöschke*, DStR 2012, 1089; *Bender/Bracksiek*, DStR 2014, 121.

32 OLG Dresden, Beschluss vom 9.11.2011, 12 W 1002/11, NotBZ 2012, 108 m. krit. Anm. *Zapf*; NZG 2012, 507. Ablehnend dazu auch *Pöschke*, DStR 2012, 1089.

33 *Bender/Bracksiek*, DStR 2014, 121, 125.

34 *Pöschke*, DStR 2012, 1089 m. w. N.

35 BGH, Urteil vom 7.6.1993, II ZR 81/92, BGHZ 123, 15 = DStR 1993, 1302.

Die Finanzverwaltung hat sich dem grundsätzlich angeschlossen.<sup>36</sup> Allerdings verlangt sie für die Anerkennung einer inkongruenten Gewinnausschüttung, dass im Gesellschaftsvertrag gemäß § 29 Abs. 3 Satz 2 GmbHG ein anderer Verteilungsschlüssel als derjenige nach den Beteiligungsverhältnissen oder aber eine Öffnungsklausel vorgesehen ist, wonach alljährlich mit Zustimmung der beeinträchtigten Gesellschafter oder einstimmig über eine von der satzungsmäßigen Regelung abweichende Gewinnverteilung beschlossen werden kann, und der Beschluss mit der in der Satzung bestimmten Mehrheit gefasst wurde. Außerdem müssten beachtliche wirtschaftlich vernünftige außersteuerliche Gründe nachgewiesen werden, da ansonsten die Grundsätze des Missbrauchs rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten gemäß § 42 AO vorliegen würden. Diesem Missbrauchsgedanken folgt die Rechtsprechung in dieser Strenge jedoch nicht; vielmehr genügt dieser, wenn eine zivilrechtlich wirksame Grundlage für die disquotale Verteilung vorhanden ist.<sup>37</sup>

Damit kann dem Veräußerer ein von seiner Beteiligungsquote abweichender Gewinnanteil, auch in Form eines Festbetrages, zugewiesen werden, der allenfalls unter dem Vorbehalt steht, dass sich überhaupt ein entsprechender Gewinnbetrag insgesamt aus dem Jahresabschluss ergibt.

Schenkungssteuerlich liegt nach Ansicht der Finanzverwaltung in Fällen einer nicht leistungsbezogen bestimmten disquotalen Gewinnausschüttung regelmäßig eine freigebige Zuwendung vor.<sup>38</sup> Dem gegenüber verweist die Literatur<sup>39</sup> auf die Entscheidung des BFH,<sup>40</sup> wonach es im Verhältnis eine Kapitalgesellschaft zu Gesellschaftern keine freigebigen Zuwendungen i. S. d. § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG gibt.

## VII. Zusammenfassung und Folgerungen für die Vertragsgestaltung

Aufgrund des BFH-Urteils ergeben sich nunmehr folgende Grundsätze für eine auch steuerlich rechtssichere mögliche

36 BMF-Schreiben vom 17.12.2013, BStBl. I 2014, S. 63. Das BMF geht jedoch bei einer inkongruenten Gewinnausschüttung von einem steuerlich nicht anzuerkennenden Missbrauch im Sinne von § 42 AO aus, wenn eine unangemessene rechtliche Gestaltung gewählt wird, die bei dem Steuerpflichtigen oder bei einem Dritten zu einem gesetzlich nicht vorgesehenen steuerlichen Vorteil führt. Dazu aber deutlich einschränkend: BFH, Urteil vom 19.8.1999, I R 77/96, BFHE 189, 342.

37 Vgl. BFH, Urteil vom 19.8.1999, I R 77/96, DStR 1999, 1849; BFH, Beschluss vom 27.5.2010, VIII B 146/08, BFH/NV 2010, 1865; BFH, Urteil vom 28.6.2006, I R 97/05, BFHE 214, 276. Hierzu auch *Bender/Bracksiek*, DStR 2014, 121 (krit. gegen Finanzverwaltung); *Dunkmann/Schönhaar*, GWR 2014, 361.

38 Oberste Finanzbehörden der Länder, gleichlautender Erlass vom 20.4.2018, BStBl. I 2018, S. 632 = DStR 2018, 1178 (dort Tz. 2.6.4). Im Verzicht eines Gesellschafters zugunsten eines Mitgesellschafters auf einen bereits entstandenen Gewinnanspruch liegt regelmäßig eine freigebige Zuwendung i. S. d. § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG des Verzichtenden zugunsten des Mitgesellschafters.

39 Hierzu i. E. krit. gegen Finanzverwaltung: *Bender/Bracksiek*, DStR 2014, 121; *Dunkmann/Schönhaar*, GWR 2014, 361.

40 BFH, Urteil vom 30.1.2013, II R 6/12, ZEV 2013, 283 m. Anm. *Crezellius*; DStR 2013, 649 m. Anm. *Haag, Viskorf*. Dagegen Nichtanwendungserlass der Obersten Finanzbehörden der Länder, gleichlautender Erlass vom 5.6.2013, BStBl. I 2013, S. 1465 = ZEV 2014, 120.

Gestaltung hinsichtlich der Gewinnzurechnung bei Anteilsveräußerung:

- Wird vor dem Wirksamwerden der (eventuell aufgeschobenen) dinglich wirkenden Anteilsabtretung ein wirksamer Gewinnverteilungsbeschluss getroffen, kann darin die Verteilung gemäß § 101 Nr. 2 BGB berücksichtigt werden. Entscheidend ist nach BFH<sup>41</sup> lediglich, dass aus dem Verteilungsbeschluss die konkrete Verteilungsmaßnahme nach Erstellung der Bilanz bestimmbar ist.
- Für die Wirksamkeit des vorweggenommenen Verteilungsbeschlusses ist erforderlich, dass entweder eine Satzungsklausel besteht oder mit Zustimmung aller Gesellschafter abweichend von gesellschaftsvertraglichen Verteilungsregelungen gemäß § 46 Nr. 1 GmbHG die Verteilung vorgenommen wird.
- Durch einen vorgezogenen Gesellschafterbeschluss mit einfacher Mehrheit kann die beteiligungsgemäße Gewinnverteilung gesellschaftsrechtlich auch schon vor Feststellung des Jahresabschlusses bzgl. des laufenden Geschäftsjahres und früherer Geschäftsjahre vorgenommen werden. Eine entsprechende – zivilrechtlich wirksame – Vorab-Gewinnverteilung ist grundsätzlich steuerlich auch anzuerkennen. Ebenso eine einseitig vorgezogene, auch disquotale Gewinnausschüttung ist dabei möglich, bedarf jedoch der Zustimmung aller Gesellschafter. Dem veräußernden Gesellschafter kann daher mehr oder weniger als seinem Beteiligungsanteil an dem Gewinn entspricht zugewiesen werden.
- Sind nicht nur der Veräußerer und Erwerber die einzigen Gesellschafter der GmbH sollte der Veräußerer vor der Beurkundung der Anteilsabtretung einen entsprechenden Gesellschafterbeschluss über die Vorab-Gewinnverwendung herbeiführen. Ansonsten müsste die Anteilsabtretung unter der aufschiebenden Bedingung erfolgen, dass hinsichtlich der vereinbarten Gewinnverteilung noch ein entsprechender Vorab-Gewinnverwendungsbeschluss gefasst wird.
- Dennoch bleibt dem Veräußerer ein gewisses Restrisiko, dass kein ausreichender Gewinn sich aus dem Jahresabschluss ergibt und er einen zu viel erhaltenen Betrag an die GmbH zurückerstatten muss.<sup>42</sup>

### VIII. Notarkosten

Ein mit der Anteilsabtretung verbundener Beschluss über die Gewinnverwendung ist zu der Anteilsabtretung ein nach § 110 Nr. 1 GNotKG verschiedener Beurkundungsgegenstand und daher getrennt mit einer 2,0 Gebühr nach KV 21100 GNotKG anzusetzen, beide Werte sind jedoch, da gleicher Gebührensatz, zusammenzurechnen (§ 35 Abs. 1 GNotKG). Als Beschluss mit bestimmten Geldwert ist als Geschäftswert der ggf. im Schätzwege (§ 36 GNotKG) zu ermittelnde Betrag der dem Veräußerer zustehenden Gewinnausschüttung, mindestens jedoch 30.000 € (§ 108 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. § 105 Abs. 1 Satz 2 GNotKG), zugrunde zu legen; jedoch ist m. E.

<sup>41</sup> Rdnr. 23 der besprochenen Entscheidung.

<sup>42</sup> Übernimmt der Erwerber diese Rückerstattungspflicht, läge darin eine nachträgliche Gegenleistung, die den steuerpflichtigen Veräußerungsgewinn erhöht.

auch die Beschränkung des § 37 Abs. 2 GNotKG auf die Höhe des Anteilswertes zu beachten, weil der Gewinn zu den Rechtsfrüchten zählt. Zugleich ist aber der zur Ausschüttung verwendete Gewinn beim anzusetzenden Wert des Gesellschaftsanteils verringert zu berücksichtigen, da sich durch die Ausschüttung das Eigenkapital der GmbH verringert.<sup>43</sup>

### IX. Vorschlag für eine Beurkundungsklausel<sup>44</sup>

Veräußerer und Erwerber als die einzigen Gesellschafter der GmbH fassen folgenden Vorab-Gewinnverwendungsbeschluss:

Dem Veräußerer stehen hinsichtlich seines veräußerten Geschäftsanteiles die darauf noch nicht ausgeschütteten Gewinnanteile für vergangene Geschäftsjahre, über die noch kein Verwendungsbeschluss gefasst wurde, sowie der auf seinen Anteil entfallende Gewinn des laufenden Geschäftsjahres in voller Höhe zu (alternativ: in Höhe eines Anteils von \_\_\_\_\_% zu). Dieser ist innerhalb von \_\_\_\_\_, nachdem der Jahresabschluss für das jeweilige Geschäftsjahr aufgestellt und festgestellt wurde, an den Veräußerer auf das von ihm in dieser Urkunde benannte Zahlungskonto einzuzahlen. Der Erwerber verpflichtet sich bis zum \_\_\_\_\_ den Gewinn für das/die noch nicht abgeschlossenen früheren und für das laufende Geschäftsjahr im Rahmen des Jahresabschlusses festzustellen.

ggf.: Hierauf ist von der Gesellschaft bereits bis zum \_\_\_\_\_ ein Teilbetrag in Höhe von \_\_\_\_\_ Euro an den Veräußerer auf das in dieser Urkunde benannte Zahlungskonto einzuzahlen. Aufgrund (des vorliegenden Jahresabschlusses für das Geschäftsjahr \_\_\_\_ und) der betriebswirtschaftlichen Auswertung des Steuerberaters der Gesellschaft für den Zeitraum von \_\_\_\_\_ bis \_\_\_\_ des (laufenden/letzten) Geschäftsjahres \_\_\_\_ ist ein entsprechender Gewinnanteil des Veräußerers für (die noch offenen früheren und) das laufende Geschäftsjahr zu erwarten. Sollte sich aus dem für das laufende Geschäftsjahr erstellten Jahresabschluss (und für die noch offenen früheren Geschäftsjahre) ein niedrigerer Anteil des Veräußerers am Gewinn ergeben, ist der Veräußerer verpflichtet, innerhalb von \_\_\_\_ Tagen nach dem Zugang des festgestellten Jahresabschlusses mit dessen Anlagen bei ihm den zu viel erhaltenen Geldbetrag an die GmbH zinsfrei zurückzuerstatten.

Eine steuerliche Beratung und Überprüfung der getroffenen Regelung war nicht Sache des Notars. Die Beteiligten erklären, dass sie die Möglichkeit zur steuerlichen Überprüfung der getroffenen Regelung hatten.

<sup>43</sup> Notarkasse München, Streifzug durch das GNotKG, 12. Aufl. 2017, Rdnr. 1267.

<sup>44</sup> Handelt es sich um eine GmbH mit weiteren Gesellschaftern, sind diese entweder an der Beurkundung mit zu beteiligen oder es wird ein entsprechender Gewinnverwendungsbeschluss vor der Abtretung geschlossen oder – falls die dingliche Wirkung der Abtretung hinausgeschoben ist – dieser Beschluss noch zeitlich innerhalb dieser Frist außerhalb der Beurkundung getroffen. Zur dazu möglichen Regelung im Abtretungsvertrag siehe Muster bei: Kersten/Bühling/Kanzleiter/Cziupka/M. Wachter, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, § 145 Rdnr. 29 M.

# Das neue Samenspenderregister und die Auswirkungen auf notarielle Beurkundungen anlässlich einer heterologen Insemination

Von Notar Dr. **Stefan Wehrstedt**, Düsseldorf

Am 1.7.2018 ist das „Gesetz zur Regelung des Rechts der Kenntnis der Abstammung bei heterologer Verwendung von Samen“ in Kraft getreten.<sup>1</sup> Darin werden insbesondere die Errichtung eines sog. Samenspenderregisters nebst dem Verfahren der Auskunftserteilung durch das Samenspenderregistergesetz (SaRegG) sowie der Ausschluss der Vaterschaftsfeststellung gegenüber einem Samenspender durch eine Änderung des § 1600d BGB geregelt.

Hierdurch will der Gesetzgeber die Durchsetzbarkeit des grundrechtlich gewährleisteten Persönlichkeitsrechts eines Kindes, welches im Wege der medizinisch assistierten künstlichen Befruchtung mittels Samenspende eines Dritten gezeugt wurde, auf Kenntnis der eigenen Abstammung sicherstellen.<sup>2</sup>

## I. Samenspenderregistergesetz

Der Gesetzgeber hat erkannt, dass in den Fällen einer künstlichen Befruchtung mittels Samenspende eines Dritten, der nicht Ehemann oder Lebensgefährte der Empfängerin ist,<sup>3</sup> die Durchsetzbarkeit des Anspruches des Kindes auf Kenntnis der Abstammung gefährdet ist.<sup>4</sup> In einer Vielzahl von Entscheidungen in der jüngeren Zeit ist deutlich geworden, dass den Kindern der Anspruch auf Erteilung der Auskunft über die Identität des Samenspenders gegenüber den behandelnden Ärzten zusteht,<sup>5</sup> jedoch den Ärzten die Auskunftserteilung faktisch unmöglich ist.<sup>6</sup> Da eine Anfrage unter Umständen erst Jahrzehnte nach der Behandlung der Mutter erfolgte, lagen den Ärzten die Daten der Spender nicht mehr vor bzw. war eine eindeutige Zuordnung unmöglich.

Zur Vermeidung dieses Datenverlustes hat der Gesetzgeber beim Deutschen Institut für Medizinische Dokumentation und Information (DIMDI) in Köln ein Samenspenderregister errichtet. Hierdurch soll sichergestellt werden, dass den Kindern für die Dauer von 110 Jahren Auskunft über die Identität des

Spenders gegeben werden kann.<sup>7</sup> Neben der Regelung der rein organisatorischen und verfahrensmäßigen Abläufe der Speicherung und Auskunftserteilung musste der Gesetzgeber aber auch die berechtigten Interessen der Empfängerin, des Spenders sowie des Kindes auf möglichst umfassenden Schutz ihrer Daten sicherstellen. Aufgrund des Auseinanderfallens der genetischen und rechtlichen Vaterschaft und den sich damit möglicherweise ergebenden psychosozialen Problemen der Beteiligten musste der Gesetzgeber dabei teilweise gegenläufige Interessen berücksichtigen.

Hieraus resultieren ein recht komplexer Ablauf des Melde- und Auskunftsverfahrens sowie umfangreiche Aufklärungspflichten der Ärzte und Samenbanken, die in das Gesetz aufgenommen wurden.

## 1. Melde- und Auskunftsverfahren

Übersichtsartig stellt sich das Melde- und Auskunftsverfahren wie folgt dar:

a) Jede Entnahmeeinrichtung (= „Samenbank“) wird in § 2 SaRegG verpflichtet, bei der Gewinnung einer Samenspende den Namen, Geburtstag und -ort, Staatsangehörigkeit sowie die Anschrift des Spenders zu erfassen (Pflichtangaben) und seiner Spende einen eindeutigen Spendercode im Sinne der medizinrechtlichen Vorschriften zuzuordnen. Soweit der Spender einwilligt, können weitere freiwillige Angaben zum Spender sowie zu seinen Beweggründen für seine Spende erfasst werden.

Die Abgabe der Samenspende darf ausschließlich an eine Einrichtung der medizinischen Versorgung (EmV) – also jeweils den behandelnden Arzt – und unter gleichzeitiger Mitteilung des Spendercodes erfolgen, § 3 SaRegG.

b) Jede EmV wird mit Wirkung seit dem 1.7.2018 verpflichtet, vor jeder Behandlung der Empfängerin deren Namen, Geburtstag und -ort sowie deren Anschrift zu erfassen. Gleichzeitig hat die EmV bei ihrer Behandlung mit der Samenspende die persönlichen Daten der Empfängerin mit den Angaben zum Spendercode zu verknüpfen.

Sobald die EmV Kenntnis von der Geburt eines Kindes hat, muss sie dem Spenderregister die in § 6 Abs. 1 SaRegG genannten Daten, also Angaben der Empfängerin, Geburtsdatum des oder der Kinder sowie den Spendercode mitteilen.

Ist der EmV – trotz Nachfrage – nicht bekannt, ob ein Kind geboren wurde, hat sie ebenfalls eine Meldung spätestens vier Monate nach dem errechneten Geburtstermin zu veranlassen (§ 6 Abs. 2 SaRegG).

1 BGBl. 2017 I, S. 2513.

2 Gesetzesbegründung: BT-Drucks. 18/11291, S. 16; Helms, FamRZ 2017, 1537 ff.

3 Sog. heterologe Verfahren, vgl. Palandt/Brudermüller, 77. Aufl. 2018, Vor § 1591 Rdnr. 17; Richtlinie der Bundesärztekammer zur Entnahme und Übertragung menschlicher Keimzellen Punkt 1.4, Deutsches Ärzteblatt vom 11.5.2018.

4 Taupitz/Theodoridis, MedR 2018, 457, 458 m. w. N.

5 BGH, Urteil vom 28.1.2015, XII ZR 201/13, DNotZ 2015, 426; OLG Hamm, Urteil vom 6.2.2013, I-14 U 7/12, NJW 2013, 1167.

6 Vgl. OLG Hamm, Urteil vom 6.2.2013, I-14 U 7/12, NJW 2013, 1167.

7 § 1 Abs. 2 i. V. m. § 8 SaRegG.



c) Nach Eingang der Meldung der EmV hat das Spenderregister die bei der Entnahmeeinrichtung gespeicherten Daten des Spenders abzufragen und nach einer Plausibilitätsprüfung die Datensätze der Empfängerin und des Spenders zusammen abzuspeichern, § 7 Abs. 2 bis 4 SaRegG. Über den Umstand der Speicherung wird der Spender vom Register in Kenntnis gesetzt, § 7 Abs. 4 SaRegG.

Durch das Verfahren wird sichergestellt, dass die Identität des Spenders nur der Samenbank und die Identität der Empfängerin nur dem behandelnden Arzt bekannt sind. Erst beim Spenderregister werden diese Daten zusammengeführt.

d) Gemäß § 10 SaRegG erhält jede Person (im Weiteren einfach das „Kind“ genannt), die vermutet, durch eine heterologe Insemination gezeugt worden zu sein, den Anspruch gegenüber dem DIMDI, Auskunft aus dem Samenspenderegister zu erhalten. Der Anspruch des Kindes richtet sich auf die gespeicherten Daten des Spenders (§ 10 Abs. 2 SaRegG), also insbesondere die Pflichtangaben zu seiner Identität, die die Samenbank bei der Gewinnung der Samenspende gemäß § 2 Abs. 2 SaRegG erfassen muss. Sofern weitere freiwillige Angaben im Sinne des § 2 Abs. 3 SaRegG mit Einwilligung des Spenders erfasst werden, sind auch diese dem anfragenden Kind mitzuteilen.

Klargestellt wird, dass Kinder ab Erreichung des 16. Lebensjahres nur selbst Auskunft verlangen können (§ 10 Abs. 1 SaRegG). Für Kinder vor Erreichung des 16. Lebensjahres müssen die Eltern als gesetzliche Vertreter deren Rechte geltend machen (§ 10 Abs. 3 SaRegG). Der Rechtsprechung des BGH<sup>8</sup> folgend, obliegt es in dieser Zeit allein der Verantwortung der Kindeseltern, ob diese im Namen des Kindes den Anspruch auf Auskunft geltend machen wollen, um ihm die Spenderidentität mitteilen zu können.<sup>9</sup>

Sonstige eigene Auskunftsansprüche der Eltern (insbesondere nach Vollendung des 16. Lebensjahres des Kindes), des Spenders oder sonstiger Dritter wie zum Beispiel Standesämtern bestehen nicht, § 11 SaRegG.<sup>10</sup>

Vor einer Auskunftserteilung ist der Spender mit einer Frist von vier Wochen über die anstehende Auskunftserteilung zu informieren, § 10 Abs. 5 SaRegG. Die Auskunft wird auch dann erteilt, wenn die Information des Spenders fehlschlagen sollte. Widerspruchsrechte bestehen nicht.<sup>11</sup>

## 2. Aufklärungspflichten

a) Die verpflichtende Übermittlung und Speicherung der personenbezogenen Daten setzt nach der Gesetzesbegründung<sup>12</sup> voraus, dass der Spender und die Empfängerin vorab sowohl über den Ablauf des Meldeweges, die Datenspeicherung, das Auskunftsverfahren als auch über die Auswirkungen

der Behandlung in rechtlicher und psychosozialer Hinsicht aufgeklärt werden (vgl. §§ 2 und 4 SaRegG).

b) Dabei wird bereits klargestellt, dass die Rechtsbelehrung selbst oder eine externe Beratung zum Beispiel durch eine Notarin oder einen Notar erfolgen kann.<sup>13</sup> Mögliche Inhalte einer Belehrung einer Empfängerin durch einen Notar werden nachstehend in Abschnitt III. näher erläutert.

c) Der Samenspende hat der Entnahmeeinrichtung schriftlich zu bestätigen, dass er aufgeklärt wurde und die Aufklärungsinhalte verstanden hat. Ebenso muss der EmV eine „zumindest“ schriftliche Bestätigung vorlegt werden, worin die Empfängerin erklärt, die Aufklärungsinhalte verstanden zu haben. Zudem muss sie versichern, der Verpflichtung nachzukommen, spätestens drei Monate nach der Geburt eines Kindes die EmV über die Geburt zu unterrichten (§ 4 a. E. SaRegG).

## 3. Übergangsvorschriften und Bußgelder

Besondere Bedeutung für die Praxis der Entnahmeeinrichtungen und der EmV haben die Übergangsvorschriften des § 13 SaRegG:

a) Für Entnahmeeinrichtungen gilt:

- Samenspenden, die vor dem 1.7.2018 gewonnen wurden, dürfen nach diesem Stichtag nur noch abgegeben werden, wenn sämtliche vorgenannten Aufklärungs- und Belehrungspflichten des Gesetzes erfüllt worden sind. Insbesondere ist vom Spender entsprechend den neuen gesetzlichen Anforderungen die Bestätigung seiner Kenntnisnahme einzuholen (§ 13 Abs. 1 SaRegG). Ist diese Bestätigung nicht zu erlangen, darf die Samenspende nicht mehr verwendet werden.
- Für alle Samenspenden, die vor dem 1.7.2018 abgegeben wurden, hat die Entnahmeeinrichtung die Daten nunmehr 110 Jahre gerechnet nach Gewinnung des Samens aufzubewahren. Diese Verlängerung der Aufbewahrungspflicht gilt (rückwirkend) für alle Daten, die noch vorhanden sind (§ 13 Abs. 3 SaRegG).

b) Für die EmV gilt:

- Will eine EmV heute, also nach dem Stichtag, eine Samenspende verwenden, die vor dem 1.7.2018 gewonnen wurde, muss ihr zunächst ein eindeutiger Spendercode sowie eine schriftliche Bestätigung der Entnahmeeinrichtung vorliegen, wonach diese die Pflichten des § 13 Abs. 1 SaRegG nachträglich erfüllt hat.
- Ebenso hat die EmV, die Samen zur heterologen Behandlung vor dem 1.7.2018 verwendet hat, die in § 13 Abs. 4 SaRegG genannten Daten der Empfängerin und der Spende nunmehr 110 Jahre nach Verwendung des Samens aufzubewahren. Auch diese Verlängerung der bisherigen Aufbewahrungspflicht gilt (rückwirkend) für alle Daten, die noch vorhanden sind.

c) Um die Einhaltung der neuen Vorschriften sicherzustellen, hat der Gesetzgeber einen Katalog von Ordnungswidrigkeiten in § 12 SaRegG aufgestellt, der bei Verstößen eine Geldbuße bis zu € 30.000 ausweist.

8 BGH, Urteil vom 28.1.2015, XII ZR 201/13, DNotZ 2015, 426 Rdnr. 34.

9 Helms, FamRZ 2017, 1537, 1538; Taupitz/Theodoridis, MedR 2018, 457, 460.

10 Gesetzesbegründung: BT-Drucks. 18/11291, S. 31.

11 Taupitz/Theodoridis, MedR 2018, 457, 459.

12 Gesetzesbegründung: BT-Drucks. 18/11291, S. 16 ff.

13 BT-Drucks. 18/11291, S. 26.

## II. Änderung des BGB

Mit dem Inkrafttreten des neuen Gesetzes wurde zudem im BGB durch § 1600d Abs. 4 BGB n. F. ausgeschlossen, dass ein nach dem 1.7.2018 im heterologen Verfahren gezeugtes Kind den Samenspender als Vater feststellen lassen kann (Art. 229 § 46 EGBGB n. F.). Dies gilt ausschließlich für ärztlich unterstützte Inseminationen, die unter Beachtung der neuen Vorschriften des Spendenregistergesetzes erfolgt sind.<sup>14</sup>

Für alle Kinder, die vor dem 1.7.2018 gezeugt wurden, und für alle Fälle der sog. privaten Samenspenden bleibt es bei der bisherigen gesetzlichen Regelung.<sup>15</sup> Die daraus entstandenen Kinder können – ggf. nach Anfechtung der Vaterschaft eines Wunschvaters – weiterhin den Spender als Vater gerichtlich feststellen lassen.<sup>16</sup>

## III. Mögliche Auswirkungen auf notarielle Vereinbarungen – Aufklärung der Empfängerin

Notarielle Vereinbarungen anlässlich künstlicher Befruchtungen mittels Samenspende eines Dritten werden in der notariellen Praxis immer wieder angefragt. Insbesondere wird dabei die Einwilligung der Eltern zur Durchführung der Behandlung durch die EmV beurkundet.<sup>17</sup> Die Beurkundungsform ist aus Gründen der Beweissicherung wichtig und empfehlenswert.<sup>18</sup> Aufgrund der Notwendigkeit einer umfassenden rechtlichen Beratung der Wunscheltern wird dementsprechend auch in der jüngsten Richtlinie der Bundesärztekammer zur Entnahme und Übertragung menschlicher Keimzellen im Rahmen der assistierten Reproduktion vom 6.10.2017 empfohlen, auf die Möglichkeit einer notariellen Vereinbarung hinzuwirken.<sup>19</sup>

Zu den bisher vorgeschlagenen Regelungen solcher Vereinbarungen könnte die Dokumentation der Aufklärung der Empfängerin im Hinblick auf die Vorschriften des § 4 Abs. 1 Nr. 1 bis Nr. 6 SaRegG ergänzt werden. Danach ist die Empfängerin über Folgendes aufzuklären:

- a) Gemäß § 4 Abs. 1 Nr. 1 SaRegG soll die Empfängerin über
- den Auskunftsanspruch des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung,
  - die Bedeutung, die die Kenntnis der Abstammung für die Entwicklung eines Menschen hat, sowie
  - die Möglichkeit einer Beratung über die Folgen einer Samenspende
- aufgeklärt werden.

Aus der Sicht der notariellen Beratung kann insbesondere auf die Erwägungen des BVerfG aus dem Jahre 1989<sup>20</sup> sowie die Ausführungen des BGH im Jahre 2015<sup>21</sup> hinsichtlich der Bedeutung der Kenntnis der eigenen Abstammung Bezug genommen werden. Nach Auffassung des BVerfG besteht eine unmittelbare Verbindung zwischen dem Recht auf freie Entfaltung der eigenen Persönlichkeit sowie der Menschenwürde einerseits und der Kenntnis der für die Entfaltung der Individualität konstitutiven Faktoren andererseits. Zu diesen konstitutiven Faktoren zählt auch die Kenntnis der Abstammung, die unter anderem im Bewusstsein des Einzelnen eine Schlüsselstellung für die Individualitätsfindung und sein Selbstverständnis einnimmt.<sup>22</sup>

In der Gesetzesbegründung wird hinsichtlich der Richtung der Aufklärung klargestellt, dass die Empfängerin darauf hinzuweisen sei, dass „das Kind unter Berücksichtigung seines Alters und seiner Entwicklung über die Art der Zeugung informiert werden solle.“<sup>23</sup> Zudem soll auf Beratungsangebote hingewiesen werden, die eine professionelle Unterstützung hinsichtlich der psychosozialen Aspekte der Zeugung mittels Samenspende bieten.<sup>24</sup>

Der Gesetzgeber hat es aber im SaRegG bewusst unterlassen, den Eltern (oder sonstigen Dritten) eine ausdrückliche Pflicht zur Aufklärung über die Art der Zeugung aufzuerlegen.<sup>25</sup> Damit bleibt es allein die Entscheidung der Wunscheltern, ob sie das Kind überhaupt über den Umstand, dass eine künstliche Befruchtung mittels Samenspende stattgefunden hat, informieren.<sup>26</sup>

b) Der Empfängerin ist gemäß § 4 Abs. 1 Nr. 2 SaRegG ferner darzulegen, dass die EmV zur Datenerhebung und Speicherung verpflichtet ist. Widerspruchsrechte hiergegen bestehen nicht.<sup>27</sup> Die EmV hat die in § 5 Abs. 2 SaRegG aufgeführten personenbezogenen Daten der Empfängerin (Namen, Geburtsdatum und -ort, Anschrift) zusammen mit den Angaben der Entnahmeeinrichtung sowie des Spendercodes zu erheben und zu speichern. Gemäß § 5 Abs. 6 Satz 2 SaRegG sind diese Daten sodann nach Ablauf von sechs Monaten nach erfolgter Übermittlung an das DIMDI zu löschen.

- c) Der Empfängerin ist zudem gemäß § 4 Abs. 1 Nr. 3 SaRegG
- der Umfang der Verarbeitung der personenbezogenen Daten bei der EmV,
  - die bestehende Übermittlungspflicht an das DIMDI und
  - die Speicherung der Daten der Empfängerin

darzulegen. Die notarielle Belehrung kann sich meines Erachtens auf die allgemeine Darstellung des vorstehend genannten

14 Gesetzesbegründung: BT-Drucks. 18/11291, S. 35; Helms, FamRZ 2017, 1537, 1540.

15 Helms, FamRZ 2017, 1537, 1540.

16 Palandt/Brudermüller, § 1600 Rdnr. 13; Helms, FamRZ 2017, 1537, 1541.

17 Musterformulierungen: Würzburger Notarhandbuch/G. Müller, 5. Aufl. 2018, Teil 3 Kap. 4 Rdnr. 22 ff.; Kersten/Bühling/Emmerling de Oliveira, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 26. Aufl. 2019, § 92 Rdnr. 79 ff.

18 Roth, DNotZ, 2003, 805, 812 f.; Wehrstedt, RNotZ 2005, 109, 114 ff.; Coester-Waltjen in FS 25 Jahre Deutsches Notarinstitut, 2018, S. 626.

19 Punkt 2.2.3, Deutsche Ärzteblatt vom 11.5.2018.

20 Urteil vom 31.1.1989, 1 BvL 17/87, BVerfGE 79, 256 ff.

21 Urteil vom 28.1.2015, XII ZR 201/13, DNotZ 2015, 426.

22 BVerfG, Urteil vom 31.1.1989, 1 BvL 17/87, BVerfGE 79, 256, 267.

23 Gesetzesbegründung: BT-Drucks. 18/11291, S. 26 f.

24 Z. B Beratungsnetzwerk Kinderwunsch Deutschland: www.bkid.de.

25 Helms, FamRZ 2017, 1537, 1540.

26 Helms, FamRZ 2017, 1537, 1540.

27 Taupitz/Theodoridis, MedR 2018, 457, 460.

Verfahrens beschränken. Die Aufklärung über die konkreten Abläufe innerhalb ihrer ärztlichen Praxis muss durch jede EmV bezogen auf den Einzelfall selbst erfolgen.

d) Ebenso kann der Notar gemäß § 4 Abs. 1 Nr. 4 SaRegG die Empfängerin über die vorstehend in Abschnitt I. dargestellten Grundsätze zur Pflicht des Spenderregisters, Auskünfte über die Identität des Spenders auf Anfrage zu erteilen, und die damit verbundenen Verfahrensabläufe im Sinne der § 2 Abs. 1 Nr. 4 und 5 SaRegG belehren.

e) Letztlich ist die Empfängerin gemäß § 4 Abs. 1 Nr. 5 SaRegG über den Ausschluss der Feststellung der rechtlichen Vaterschaft des Spenders, der mit § 1600d Abs. 4 n. F. BGB verbunden ist, zu informieren.

Wurde anlässlich der notariellen Vereinbarung die vorstehende Aufklärung durch den Notar vorgenommen, kann auch für die mit der Behandlung beauftragten EmV die gesetzlich geforderte Bestätigung mit beurkundet werden, in der die Empfängerin

- erklärt, dass sie im vorstehenden Sinne aufgeklärt wurde und die Aufklärungsinhalte verstanden hat, sowie
- versichert, der Verpflichtung nachzukommen, spätestens drei Monate nach der Geburt eines Kindes die EmV über die Geburt zu unterrichten (vgl. § 4 a. E. SaRegG).

#### IV. Einschätzung

##### 1. Neues Gesetz bietet ausgewogenes Verfahren

Mit der Einführung des Samenspenderregisters behebt der Gesetzgeber einen in jüngster Vergangenheit festgestellten Mangel. Der grundrechtlich geschützte Anspruch auf Kenntnis der Abstammung nützt dem Kind nur etwas, wenn der Anspruch auch durchgesetzt werden kann. Dazu muss sichergestellt sein, dass die Identität des Spenders dauerhaft sicher gespeichert wird. Hier findet das neue SaRegG meines Erachtens ein ausgewogenes Verfahren, den Datenschutz der Betroffenen (Samenspender und Empfängerin) und das Auskunftsrecht des Kindes zu schützen.

##### 2. Rückwirkend verlängerte Aufbewahrungsfrist erscheint unverhältnismäßig und praktisch nur schwer umsetzbar

Die rückwirkende Verlängerung der Aufbewahrungsfristen auf 110 Jahre erscheint unverhältnismäßig und stellt die betroffenen Entnahmeeinrichtungen (= Samenbanken) sowie die EmV (= behandelnde Ärzte) vor erhebliche logistische und organisatorische Probleme.

- Die rückwirkende Verlängerung der Speicherfristen verletzt unter Umständen die Rechte der Empfängerinnen und Spender, da diese bisher nach § 15 TPG nur von einer dreißigjährigen Speicherung ihrer Daten ausgehen mussten.
- Aus Sicht der Praxis erscheint es meines Erachtens völlig unklar zu sein, wie eine 110-jährige Speicherung durch die Entnahmeeinrichtung oder EmV sichergestellt werden kann. Selbst soweit in der Vergangenheit Samenbanken und Ärzte – auf freiwilliger Basis – die

personenbezogenen Daten von Spendern und Empfängerinnen in notariellen Urkunden niedergelegt haben, um dadurch sicherzustellen, dass sie ihren Auskunfts-pflichten gegenüber den Kinder nachkommen können,<sup>28</sup> reicht dies unter Umständen nicht aus.

- Die Aufbewahrung notarieller Urkunden ist nach § 5 Abs. 4 DONot „nur“ für 100 Jahre vorgesehen.

##### 3. Weiter Verwendungsbegriff wäre zielführend

In der ärztlichen Praxis werden bereits jetzt Fragen zu den Übergangsvorschriften diskutiert, die meines Erachtens nicht aus dem Wortlaut des Gesetzes abgeleitet werden können. Da bei einer Behandlung einer Frau mit einer Samenspende häufig mehrere imprägnierte Eizellen kryokonserviert werden, gibt es in der Übergangszeit Fälle, bei denen der Spendersamen vor dem 1.7.2018 mit der Eizelle der Empfängerin verbunden wurde, die Rückübertragung der imprägnierten Eizelle aber erst nach dem 1.7.2018 erfolgen soll. Der Begriff der Verwendung erscheint vor diesem Hintergrund nicht eindeutig. In Anlehnung an eine Entscheidung des OLG Rostock<sup>29</sup> sollte hier ein weiter Verwendungsbegriff angenommen werden. Mit der Verbindung der Samenzelle des Spenders mit der Eizelle der Empfängerin ist die Spende im Rahmen einer künstlichen Befruchtung verwendet worden. Lag dieser Zeitpunkt vor dem 1.7.2018, gilt meines Erachtens die alte Rechtslage, da ansonsten die Rückübertragung der Eizelle von einer nachträglichen Belehrung und erneuten Einwilligung des Spenders abhängig gemacht würde, was für die Empfängerin eine unzumutbare Einschränkung ihrer Rechte darstellt.<sup>30</sup>

##### 4. Ausschluss der Feststellung der Vaterschaft sachgerecht und überfällig

Der Ausschluss der Feststellung der Vaterschaft des Samenspenders in § 1600d n. F. ist ebenso sachgerecht und daher eigentlich überfällig.<sup>31</sup>

Auch wenn die Regelungen des neuen Gesetzes meines Erachtens in großen Bereichen begrüßenswert sind, hat der Gesetzgeber leider nicht die Chance genutzt, umfassende Vorschriften zur Zuordnung der Kinder zu den Wunscheltern für die Fälle der künstlichen Befruchtung zu treffen.<sup>32</sup>

Damit bestehen die bekannten Risiken bzw. Fragen, die bei der Behandlung nicht verheirateter Paare, alleinstehender oder in einer lesbischen Partnerschaft lebender Frauen bestehen, unverändert.<sup>33</sup>

28 Vgl. *Martini*, Dokumentation des 1. Erlanger Symposium zur Familienplanung mit Spendersamen, 2014, S. 78 f.

29 Urteil vom 7.5.2010, 7 U 67/09, FamRZ 2010, 1117 zum ESchG.

30 *Taupitz/Theodoridis*, MedR 2018, 457, 464 f.

31 *Taupitz/Theodoridis*, MedR 2018, 457, 461 m. w. N.; *Wehrstedt*, GuP 2015, 85, 91 f. m. w. N.

32 *Löhning/Runge-Rannow*, FamRZ 2018, 10 f.; *Helms*, FamRZ 2017, 1537, 1541 f.; *Taupitz/Theodoridis*, MedR 2018, 457, 466 m. w. N.

33 *Löhning/Runge-Rannow*, FamRZ 2018, 10 f.; *Taupitz/Theodoridis*, MedR 2018, 457, 466.

Auch wenn erste Autoren davon ausgehen, dass mit Inkrafttreten des SaRegG ebenfalls eine Behandlung alleinstehender Frauen „ohne Weiteres“ möglich sein dürfte,<sup>34</sup> bestehen meines Erachtens erhebliche Bedenken und massive Rechtsunsicherheiten, die sich aus folgenden Erwägungen ergeben:

a) Der Gesetzgeber geht bei allen Regelungen zur heterologen Insemination inzident von der Einwilligung eines verheirateten Wunschwaters zur Behandlung seiner Ehefrau aus.<sup>35</sup> Bei heterosexuellen Eheleuten erfolgt die statusrechtliche Zuordnung des Kindes zum Wunschwater aufgrund der Ehelichkeitsvermutung automatisch und damit im Regelfall problemlos.<sup>36</sup>

Bei nicht verheirateten gleich- oder verschiedengeschlechtlichen Wunscheltern ist die rechtliche Zuordnung zum anderen Wunscheltern teil weiterhin nicht „automatisch“ sichergestellt. Kann der nicht verheiratete Wunschwater mit Zustimmung der Mutter durch die Anerkennung der Vaterschaft die statusrechtliche Zuordnung ohne Weiteres erreichen,<sup>37</sup> bedarf ein lesbisches Ehepaar zur Erreichung des gleichen Zieles weiterhin einer Stiefkindadoption.<sup>38</sup> Trennt sich das Paar vor Durchführung der Adoption, bleibt das Kind ohne einen zweiten rechtlichen Elternteil zurück. Gleiches gilt immer bei der Behandlung alleinstehender oder in einer nichtverheirateten lesbischen Gemeinschaft lebenden Frauen.<sup>39</sup>

Einen verfassungsmäßig gewährten Anspruch auf Gleichbehandlung von heterosexuellen und homosexuellen Ehepaaren in der Frage der statusrechtlichen Zuordnung eines Kindes zum Ehegatten der Mutter lehnt die Rechtsprechung einhellig ab.<sup>40</sup> Weder aus den Grundrechten der Mutter, des Kindes, des Ehegatten der Mutter noch aus dem allgemeinen Gleichheitsgrundsatz könne dies hergeleitet werden.<sup>41</sup> Hierzu bedürfte es einer Gesetzesänderung, von der der Gesetzgeber bisher bewusst Abstand genommen habe.<sup>42</sup>

b) Ungeklärt ist meines Erachtens auch die Frage, ob es tatsächlich verfassungsgemäß sein kann, dass der Gesetzgeber bewusst die Zeugung von Kindern zulassen will, die aufgrund der nunmehr geltenden gesetzlichen Regelungen keinen Anspruch darauf haben, einen zweiten Elternteil statusrechtlich feststellen lassen zu können.<sup>43</sup>

Wenn auch in einem anderen Zusammenhang betonte der BGH in ständiger Rechtsprechung,<sup>44</sup> dass aus Art. 8 EMRK und Art. 6 Abs. 2 GG hergeleitet werden könne, dass einem Kind das Recht gewährt werden müsse, zu zwei Elternteilen eine rechtliche Eltern-Kind-Verbindung begründen zu können. Auch das BVerfG sieht ein „Zwei-Eltern“-Modell als die grundrechtlich geschützte Regelkonzeption im Sinne des Art. 6 Abs. 2 GG an.<sup>45</sup> Ebenso äußert der Deutsche Ethikrat selbst in Fällen der Übertragung von Embryonen erhebliche Zweifel, dies für alleinstehende Frauen zuzulassen.<sup>46</sup> Im Sondervotum wird dies explizit abgelehnt.<sup>47</sup>

c) Der Ausschluss der Feststellung der Vaterschaft des Samenspenders führt daher meines Erachtens derzeit nicht dazu, eine solche Behandlung aus ärztlicher Sicht als „risikolos“ einschätzen zu können. Im Gegenteil könnte die Änderung eher dazu führen, höhere Anforderungen an die Pflichten der EmV – also jeden einzelnen behandelnden Arzt – zu stellen, die statusrechtliche Zuordnung des Kindes zu einem zweiten Elternteil sicherzustellen.

In der Gesetzesbegründung wird der Ausschluss der Feststellung der rechtlichen Vaterschaft des Spenders durch § 1600d Abs. 4 BGB damit gerechtfertigt, dass regelmäßig der intendierte Vater die elterliche Verantwortung übernehmen will und damit dem Kindeswohl am besten gedient sei.<sup>48</sup> Behandelt aber eine EmV tatsächlich eine alleinstehende Frau, kann dem Kind kein zweiter Elternteil zugeordnet werden. Der in der Gesetzesbegründung genannte „Rechtfertigungsgrund“ greift somit nicht. Dessen müssen sich die Ärzte bewusst sein.

Unklar ist auch, ob eine EmV bei der Behandlung überhaupt in „ärztlicher“ Weise tätig wird. Die Vorschriften zur assistierten Reproduktion setzen grundsätzlich voraus, dass die künstliche Befruchtung medizinisch indiziert sein muss, vgl. zum Beispiel § 6 TPG-Gewebeverordnung.

Eine medizinische Indikation im Sinne einer fehlenden biologischen Funktion bzw. einer Fertilitätsstörung ist bei der Behandlung von alleinstehenden Frauen nicht gegeben. Überspitzt gesagt, wird die EmV in solchen Fällen nicht ärztlich zur Kompensation einer Krankheit, sondern allein auf Wunsch der Empfängerin gegen Entgelt tätig. Da das strafbewährte Verbot des Handels mit Organen oder Geweben gemäß § 17 Abs. 1 Satz 2 TPG nur dann nicht greift, wenn Entgelte für die zur Erreichung des Ziels der Heilbehandlung gebotene Maßnahmen geleistet werden, könnte der EmV auch hier die Rechtfertigung einer Behandlung abgesprochen werden.

Letztlich könnte man versucht sein, die Einschränkung des Anwendungsbereiches des § 1600d Abs. 4 BGB zur Vater-

34 Helms, FamRZ 2017, 1537, 1541.

35 Grziwotz, notar 2018, 163, 170 m. w. N.

36 Amend-Traut/Koch, Familie und Recht, 2018, S. 26 f.

37 Zum voluntativen Element der Elternschaft Coester-Waltjen in FS 25 Jahre Deutsches Notarinstitut, S. 620.

38 Grziwotz, notar 2018, 163, 170 m. w. N., Löhning/Runge-Rannow, FamRZ 2018, 10 f.

39 Grziwotz, notar 2018, 163, 170 m. w. N., Löhning/Runge-Rannow, FamRZ 2018, 10 f.; Amend-Traut/Koch, Familie und Recht, S. 26 ff.

40 BGH, Beschluss vom 10.10.2018, XII ZB 231/18, MDR 2018, 1438 Rdnr. 24 ff. m. w. N.; BVerfG, Beschluss vom 2.7.2010, 1 BvR 666/10, FamRZ 2010, 1621 Rdnr. 25 ff.

41 BGH, Beschluss vom 10.10.2018, XII ZB 231/18, MDR 2018, 1438 Rdnr. 24 ff. m. w. N.

42 BGH, Beschluss vom 10.10.2018, XII ZB 231/18, MDR 2018, 1438 Rdnr. 20.

43 Löhning/Runge-Rannow, FamRZ 2018, 10, 11; Helms, FamRZ 2017, 1537, 1541.

44 BGH, Beschluss vom 10.12.2014, XII ZB 463/13, DNotZ 2015, 296 Rdnr. 56 und Beschluss vom 5.9.2018, XII ZB 224/17, FamRZ 2018, 1846 Rdnr. 21.

45 BVerfG, Urteil vom 19.2.2013, 1 BvL 1/11, BVerfGE 133, 59 Rdnr. 44; Beschluss vom 17.12.2013, 1 BvL 6/10, BVerfGE 135, 48 Rdnr. 102 ff.

46 Embryospende, Embryooption und elterliche Verantwortung vom 22.3.2016, S. 109.

47 Embryospende, Embryooption und elterliche Verantwortung vom 22.3.2016, S. 132.

48 BT-Drucks. 18/11291, S. 35.

schaftsfeststellung eines Samenspenders auf Fälle ärztlich unterstützter künstlicher Befruchtungen dadurch zu erklären, dass der Gesetzgeber damit der EmV offenbar die Übernahme von Verantwortung bei der Auswahl der zur behandelnden Personengruppen zuweisen will.

Folglich könnten die Ärzte durch die neuen Regelungen zur Übernahme von mehr Verantwortung gedrängt werden, eine Behandlung nur dann vorzunehmen, wenn dem mit seiner Hilfe gezeugten Kind sicher ein zweiter Elternteil zugeordnet werden kann. Scheitert dies, könnte das Kind versucht sein, eine Mitschuld für diesen Umstand später bei der EmV – also dem jeweils behandelnden Arzt – zu suchen.

Aufgrund dieser Rechtsunsicherheiten sollte ein vorsichtiger Rechtsberater einem Arzt von der Behandlung einer alleinstehenden Frau abraten. Mangels rechtssicherer Zuordnung eines Kindes zur Partnerin bzw. Ehefrau einer in einer lesbischen Beziehung lebenden Mutter<sup>49</sup> gilt auch hier Vorsicht und Zurückhaltung, bis der Gesetzgeber endlich Rechtsklarheit geschaffen hat.<sup>50</sup>

49 *Grziwotz*, notar 2018, 163, 170; a. A. *Helms*, FamRZ 2017, 1537, 1542.

50 Im Ergebnis auch *Amend-Traut/Koch*, Familie und Recht, S. 26 f.

## V. Fazit

Das „Gesetz zur Regelung des Rechts der Kenntnis der Abstammung bei heterologer Verwendung von Samen“ ist ein weiterer Schritt zur Regelung der Fragen, die durch die moderne Fortpflanzungsmedizin aufgeworfen werden. Die wichtigsten Fragen sind aber unbeantwortet geblieben. Der Gesetzgeber ist damit weiterhin aufgefordert, umfassende Regelungen zum Abstammungsrecht innerhalb eines Fortpflanzungsmedizingesetzes aufzustellen.<sup>51</sup>

51 *Taupitz/Theodoridis*, MedR 2018, 457, 466; *Helms*, FamRZ 2017, 1537, 1541 f.; *Grziwotz*, notar 2018, 163, 173 f.

## BUCHBESPRECHUNGEN

Thomas Diehn/Joachim Volpert:

### Praxis des Notarkostenrechts

2. Aufl., Carl Heymanns Verlag, 2018. 740 S., 79 €

Von Notarassessor Dr. **Andreas Salzmann**, München

Die Erstauflage des Werks ist kurz nach Inkrafttreten des GNotKG erschienen. Damit liegt ein für den kostenrechtlichen Bereich langer Zeitraum zwischen der ersten und der zweiten Auflage. In diesem musste sich ein neues Gesetz in der Praxis bewähren und Teile der anfänglichen Unsicherheit konnten mittlerweile beseitigt werden. Detailfragen sind jedoch noch immer in der Diskussion. Es hat sich seit der ersten Auflage also einiges getan. Daher ist es wenig verwunderlich, dass der Umfang des Werks um mehr als 100 Seiten gewachsen ist.

Verfasst von einem Notar und einem Revisor zeichnet sich das Werk durch seine große Praxisnähe aus. Der Aufbau nach Stichworten erleichtert nach kurzer Eingewöhnung die Arbeit enorm. Auch wenn das Konzept insgesamt sehr stringent durchgehalten wird, ist die Zusammenfassung einiger Vorgänge im Inhaltsverzeichnis – beispielsweise durch das Vorstellen der betreffenden Rechtsform – ebenso gelungen wie auch notwendig für den regelmäßigen Gebrauch. Gleichsam erfreulich ist, dass an den richtigen Stellen nicht auf weiterführende Hinweise und Verweisungen verzichtet wird, auch wenn diese nicht unmittelbar das gesuchte Stichwort betreffen.

Bei der Bearbeitung der einzelnen Stichworte überzeugt das Werk durch seine durchdachte Darstellungsweise. Zwar ist erkennbar grundsätzlich beabsichtigt, dass der Klärung des Gebührensatzes Ausführungen zum Geschäftswert folgen, ggf. der Vollzug – im Einzelfall auch der Relevanz entsprechend ausführlich – näher beleuchtet und zumindest eine Beispielberechnung erläutert wird. Vielfach wird jedoch ein vollständig anderer Aufbau gewählt, der stets der Reihenfolge der sich bei der konkreten Bewertungstätigkeit stellenden Fragen aufgrund der Struktur des GNotKG folgt. Auch dies kann daher ausschließlich begrüßt werden. Dennoch muss man sich an diese gekonnt flexible Form zunächst gewöhnen. Sofort positiv fallen hingegen die vielzähligen internen Verweisungen auf. Diese führen nicht nur vielfach zu hilfreichen weiterführenden Ausführungen, sondern helfen auch dabei, unnötige Wiederholungen zu vermeiden und so das noch angenehm kompakte Format des Werkes zu erhalten. Diesen durchweg richtig erscheinenden Verweisungen kommt gewiss zugute, dass das Werk erst in der zweiten Auflage erschienen ist. Es bleibt nur zu hoffen, dass diese hohe Qualität erhalten bleibt.

Das Gesagte spricht dafür, dass die „Praxis des Notarkostenrechts“ jeder Notarin und jedem Notar sowie deren Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern uneingeschränkt zur Anschaffung empfohlen werden kann. Für die bayerischen und pfälzischen Kolleginnen und Kollegen ist jedoch zu bedenken, dass diesen mit dem von der Notarkasse A. d. ö. R. herausgegebenen Streifzug durch das GNotKG traditionell ein Werk zur Verfügung steht, das in Anspruch und Aufbau einen vergleichbaren – wenn auch nicht identischen – Weg verfolgt. Dennoch lohnt sich die ergänzende Anschaffung schon allein deshalb, weil das Werk von *Diehn* und *Volpert* zahlreiche in der Bewertungspraxis hilfreiche weitere Berechnungsbeispiele enthält. Auch können durch die durchgängigen Verweisungen auf den Streifzug durch das GNotKG dortige Ausführungen gefunden werden, auf die man ansonsten möglicherweise nicht gestoßen wäre. Da abweichende Auffassungen stets kenntlich gemacht werden, fällt der in umstrittenen Fällen zu empfehlende Abgleich mit der Auffassung der Notarkasse A. d. ö. R. leicht. Bei einer ergänzenden Anschaffung fällt gleichzeitig nicht allzu negativ ins Gewicht, dass sich beispielsweise zum in der Praxis mittlerweile durchaus relevanten Europäischen Nachlasszeugnis keine Ausführungen finden. Auf der anderen Seite finden sich zu einigen praxisrelevanten Themen vertiefte Erläuterungen, die man andernorts vergeblich sucht. So sind über vier Seiten der richtigen Bewertung der notariellen Tätigkeit rund um die IHK-Stellungnahme zur gewünschten Firma in verschiedensten denkbaren Konstellationen gewidmet. Die Bewertung von Sale-and-lease-back-Verträgen wird zwar knapper, aber anschaulich mit einem praxisgerechten Beispiel und durch das richtige Stichwort leicht auffindbar erklärt.

Trotz des vergleichsweise nicht gerade geringen Preises sollte die „Praxis des Notarkostenrechts“ in den Bibliotheksbestand aufgenommen werden. Aufgrund der hohen Praxisnähe kann das Werk die Bewertungstätigkeit erheblich erleichtern und dürfte daher auf großen Anklang bei jedem hiermit beschäftigten Mitarbeiter stoßen.

Lambertus J. Fuhrmann/Eckhard Wälzholz (Hrsg.):

## Formularbuch Gesellschaftsrecht

3. Aufl., Dr. Otto Schmidt, 2018. 2.858 S., 199 € inkl. CD

Von Notarassessorin **Nadja Danninger**, Vilsbiburg

Nach einer dreijährigen Schaffenspause ist das Formularbuch Gesellschaftsrecht, herausgegeben von *Fuhrmann* und *Wälzholz*, in nunmehr dritter Auflage erschienen.

Wer sich dem Werk als Rezensent nähert, stößt auf einen per se aussagekräftigen Fundus an Besprechungen der Vorauflagen (zur Erstauflage u. a. *Herrler*, DNotI-Report 2014, 63; *Spiegelberger*, ZIP 2012, 2132; *Vedder*, DNotZ 2013, 317; *Wachter*, GmbHR 2012, R286; zur Zweitaufgabe *Heidinger*, DNotI-Report 2016, 7), allseits mit positivem Tenor. Den nicht minder prominent besetzten Bearbeiterkreis aus Notaren, Rechtsanwälten und Steuerberatern mag man als weiteres äußeres Qualitätsindiz werten.

Tatsächlich hält das Werk in seinem Inneren, was Rezensionen und Autorenkreis bereits versprechen: In zehn Themenbereiche gegliedert (AG, SE, GmbH, Stiftung, GbR/Stille Gesellschaft/PartG, OHG, KG, GmbH & Co. KG, Konzerne sowie Umwandlungen) leistet das Formularbuch in jedem Fall zuverlässige Hilfe für den Berater. Der Aufbau jedes Teils folgt dabei im Wesentlichen dem „Lebenszyklus“ der jeweiligen Rechtsform, von der Gründung bis hin zum Erlöschen des Rechtsträgers. Innerhalb jedes „Lebensabschnitts“ führen einleitende Bemerkungen in der gebotenen Kürze zur jeweiligen Fallgestaltung hin, an die sich ein orientierender Wegweiser anschließt. Derart auf die Materie vorbereitet, gelangt der Leser zu einer gut sortierten Auswahl praxiserprobter Muster, die naturgemäß den Kern des Werks ausmachen. Mit großem Geschick finden die Autoren dabei die richtige Balance zwischen Haupt- und Nebenthemen, Standardtexten und Alternativvorschlägen sowie Gesamtmustern und erläuternden Anmerkungen. Zusätzlichen Überblick bieten dabei die jedem Muster angefügten Checklisten.

Erfreulicherweise bleibt das Werk jedoch nicht bei einer rein zivilrechtlichen Betrachtung stehen, sondern widmet sich am

Ende jedes Teils auch den steuerrechtlichen Aspekten (kapitelübergreifend dargestellt durch *Kutt*) sowie den Transaktionskosten (jeweils erörtert durch *Diehn*). Weitere besondere Serviceleistungen sind einige englischsprachige Muster zur Mandanteninformation sowie die beigelegte CD, die ein mühsames Abtippen von Texten erspart.

Nach alledem lässt sich das Werk daher zur erstmaligen Anschaffung ohne weitere Umschweife empfehlen. Davon zu unterscheiden ist naturgemäß die Frage, ob sich die Investition i. H. v. 199 € auch für denjenigen lohnt, der bereits die Voraufgabe besitzt. Hier treten die Neuerungen der aktuellen Auflage in den Vordergrund: Neben der obligatorischen Anpassung an Rechtsprechung und Gesetzesentwicklung unterscheidet sich das Werk von der Voraufgabe durch eine neue Bearbeiterin und insbesondere durch mehrere neue Muster, wie etwa zur Sitzverlegung der SE oder zur immer praxisrelevanteren Poolabrede nach § 13b Abs. 1 Nr. 3 ErbStG. Erfreulicherweise haben diese Ergänzungen den Gesamtumfang des Werks jedoch nicht weiter aufgebläht, was auf geschickte Kürzungen an anderer Stelle hindeutet. Zu Recht verzichtet das Werk auf Muster zur Gestaltung des Schicksals der Limited nach dem Brexit und überlässt dieses noch unklare und wohl nur temporär interessante Feld spezielleren Darstellungen. Berücksichtigt wurden dagegen die äußerst praxisrelevanten Neuerungen im Bereich der Gesellschafterlisten durch § 40 GmbH n. F. sowie die Gesellschafterlistenverordnung. Letzteres ist umso bemerkenswerter, als die Verordnung bei Drucklegung des Formularbuchs noch nicht in Kraft getreten war. Dieser Aktualisierungsgrad – gepaart mit dem Angebot an neuen Mustern – ist es, der den Grenznutzen der Neuauflage ausmacht und sie auch für Besitzer der Voraufgabe als lohnenswerte Anschaffung erscheinen lässt.

**Eckhart Gustavus:**

## **Handelsregister-Anmeldungen**

9. Aufl., Dr. Otto Schmidt, 2017. 511 S., 54,80 €

Von Notarassessorin **Judith Junk**, München

Durch die Einführung des § 378 Abs. 3 FamFG ist nunmehr die Prüfungspflicht des Notars von Registeranmeldungen auf ihre Eintragungsfähigkeit in Gesetzesform gegossen worden, um die notariellen Prüf- und Einreichungspflichten bzw. -zuständigkeiten im Registerverkehr klarzustellen und zu vertiefen. Der Gesetzgeber hat hier zur Gewährleistung von Rechtmäßigkeit und Rechtssicherheit des Registerverkehrs in Deutschland eine inhaltliche Prüfungspflicht der Notare gesetzlich verankert, die in der Praxis ohnehin bereits regelmäßig durch die Notare erfolgte.

Als Nachschlage- und Standardwerk der Formulierungshilfen für Handelsregisteranmeldungen hat sich in der notariellen Praxis die nunmehr in 9. Auflage vorliegende Übersicht und Mustersammlung von *Gustavus* fest etabliert. Der *Gustavus* liefert dabei wie gewohnt einen prägnanten Überblick über die gängigen Fragestellungen rund um Handelsregisteranmeldungen oder Erklärungen zum Handelsregister und deren konkrete Ausgestaltung. Die Kasuistik, nach der die Autoren in praxisorientierter Weise vorgehen, ermöglicht es in gelungener Weise, rasch Antworten zu finden, ohne sich zunächst vertieft in die betreffende Materie einarbeiten zu müssen. So ist der *Gustavus* insbesondere Mitarbeitern eine nützliche erste Anlaufstelle für die wichtigsten Fragestellungen rund um das Handelsregisterrecht.

Wie bereits in den Voraufgaben gliedert sich das Werk in zwei Teile. In Teil A werden die wirtschaftlichen und rechtlichen Vorgänge und Veränderungen und die daraus folgenden Handelsregisteranmeldungen dargestellt. Dieser Teil unterscheidet dabei zunächst nach Rechtsform und behandelt dabei sowohl die „Standardfälle“ von e. K., OHG, KG, GmbH und AG als auch die in der notariellen Praxis weitaus seltener vorkommenden „Exoten“ der SE und der EWIV. In gewohnter und bewährter Manier erteilt der *Gustavus* zunächst allgemeine Hinweise zu dem betreffenden gesellschaftsrechtlichen Vorgang und gibt sodann eine kurze Übersicht über Einreichungsverpflichtete, beizufügende Unterlagen sowie Kosten bei Gericht und Notar. Jeder Vorgang schließt mit einer Musterformulierung der betreffenden Anmeldung.

Anschließend stellt der *Gustavus* dem Leser weitere Musterformulierungen im Bereich der notariellen Beglaubigungen zur Verfügung. Neu sind Formulierungen zu den elektronischen Beglaubigungsvermerken und zu Notarbescheinigungen. In

der 2017 erschienenen Neuauflage ist freilich die Gesellschafterlistenverordnung vom 20.6.2018 noch nicht berücksichtigt, die nunmehr einige für die Praxis bis dahin ungeklärte Streitpunkte bei der konkreten Ausgestaltung der Gesellschafterliste klären will, um eine – jedenfalls großteils – einheitliche Praxis herzustellen. Insofern ist damit zu rechnen, dass die in der jetzigen Auflage recht knapp gehaltenen Ausführungen zur Gesellschafterliste in der Folgeauflage etwas mehr Raum einnehmen werden.

Teil B beinhaltet einen Überblick über die für die Praxis wichtigsten Gerichtsentscheidungen zum Handelsregisterrecht. Der Fokus liegt hierbei auf vormals und gegenwärtig strittigen Fragen und ihrer jeweiligen Behandlung in der Rechtsprechung. Der *Gustavus* beschränkt sich dabei in anwenderfreundlicher Weise auf die Leitsätze und prägendsten Erkenntnisse der jeweiligen Entscheidung, ohne dass dabei die Verständlichkeit leidet.

Die voranstehende übergreifende Einleitung, in der eine allgemeine Einführung in die Grundsätze der Handelsregisteranmeldungen gegeben wird, ist im Vergleich zur Voraufgabe ausführlicher gestaltet. So sind beispielsweise nützliche Ausführungen zur Beteiligung von Minderjährigen, Testamentsvollstreckern und Insolvenzverwaltern in Handelsregistersachen enthalten.

Eine weniger begrüßenswerte Neuerung stellt allerdings die im Buch enthaltene CD dar. Lieferte die Voraufgabe noch Zugangsdaten für einen Online-Zugang, in dem man die Anmeldungstexte in Textform herunterladen konnte, sind sie nunmehr nur noch auf der mitgelieferten CD verfügbar. In Zeiten, in denen die CD zunehmend an Bedeutung verliert und dementsprechend viele neue PCs (oder gar Laptops) nicht mehr über ein CD-Laufwerk verfügen, ist dies als technischer Rückschritt zu werten.

Insgesamt ist und bleibt auch die 9. Auflage des *Gustavus* das erste Mittel der Wahl, um sich einen Überblick über die Erforderlichkeit einer Anmeldung zum Register samt der einzureichenden Unterlagen zu verschaffen und die gängigen Handelsregisteranmeldungen im Notariat vorzubereiten. Als unverzichtbares Hilfsmittel insbesondere für mit der Vorbereitung betraute Mitarbeiter des Notars darf das Werk in keiner gut sortierten Bibliothek fehlen.



Stephanie Herzog, Matthias Pruns:

## Der digitale Nachlass in der Vorsorge- und Erbrechtspraxis

Deutscher Notarverlag, 2018. 170 S., 49 €

Von Notar Dr. **Lorenz Bülow**, Kempten

Der digitale Nachlass bewegt das Erbrecht! Mit diesen Worten trifft das Vorwort der Autoren hinsichtlich des praktischen Klärungsbedarfs ins Schwarze. Das Werk führt auf kurzem und sehr direktem Wege in die besonderen Fragestellungen ein, welche der sog. „digitale Nachlass“ mit sich bringt: Vererbung von Daten (auf Speichermedien, in Clouds etc.), Rechte Dritter an vom Erblasser hinterlassenen Daten (etwa von auf digitalen Fotos abgebildeten Personen), Zugang des Erben zu Cloudspeichern und zu bei Online-Diensten gespeicherten Daten des Erblassers, die Legitimation des Erben im digitalen Rechtsverkehr, die Geltendmachung von Ansprüchen des Erben gegenüber (internationalen) Diensteanbietern, zu Lebzeiten geeignete Vorsorgemaßnahmen, etc.

Die große Leistung der Autoren besteht darin, den „digitalen Nachlass“ mit dem wissenschaftlichen Handwerkszeug des Juristen zu entzaubern und praktisch handhabbar zu machen. Die Autoren erweisen sich als technisch so versiert, dass es ihnen gelingt, die Inhalte – rechtswissenschaftlich aufgeschlüsselt – auch dem weniger technikbegeisterten Leser zu vermitteln.

Nachvollziehbar dargestellt wird, dass das Prinzip der Gesamtrechtsnachfolge den „digitalen Nachlass“ einschließt, womit sowohl gespeicherte Daten als auch Nutzungsrechte, E-Mail-Konten samt Inhalten und auch Daten des Erblassers in sozialen Netzwerken auf den Erben übergehen und das gesamte erbrechtliche Gestaltungsinstrumentarium zur Verfügung steht.

Im Einzelfall kann es sich bei Vorsorgevollmachten und letztwilligen Verfügungen empfehlen, auf Besonderheiten des digitalen Nachlasses einzugehen. Anbieten kann sich die ausdrückliche Erstreckung von Vollmachten auf die Nutzung von Passwörtern und auf die Wahrnehmung von Rechten in online-Rechtsverhältnissen. In letztwilligen Verfügungen kommen die vermächtnisweise Zuwendung digitaler Inhalte oder die Anordnung einer Testamentsvollstreckung zur Abwicklung des digitalen (Teils des) Nachlasses in Betracht.

Den Ritterschlag hat das Werk durch den BGH<sup>1</sup> selbst erhalten, der die verfehlt Facebook-Entscheidung des KG<sup>2</sup> unter anderem mit Verweis auf die hier besprochene Darstellung der Autoren korrigiert hat.

Der gute Aufbau und die erschöpfende, aber dennoch kurze Darstellung der Materie empfehlen das Werk zur Anschaffung für alle Notarinnen und Notare, die bei „digitalen Nachlassfragen“ zeigen möchten, dass sie die Beteiligten stets zeitgemäß und umfassend betreuen können. Für die Gestaltungspraxis geben *Herzog/Pruns* nützliche Hinweise sowie Formulierungshilfen und runden ihr Werk damit gelungen ab.

1 Urteil vom 12.7.2018, 3 ZR 183/17, ZNotP 2018, 274.

2 Urteil vom 31.5.2017, 21 U 9/16, DNotZ 2018, 286 m. abl. Anm. *Gloser*.

## RECHTSPRECHUNG

### BÜRGERLICHES RECHT – ALLGEMEINES

#### 1. Lebenslanges Wohnrecht als Vertrag zugunsten Dritter

BGH, Urteil vom 14.11.2018, VIII ZR 109/18 (Vorinstanz:  
LG Bochum, Urteil vom 3.4.2018, I-9 S 80/17)

*BGB §§ 133, 157, 305c Abs. 1, §§ 307, 328, 573a Abs. 1  
Satz 1, § 1094 Abs. 1*

##### LEITSATZ:

Bei der in einem Kaufvertrag des Vermieters über ein Hausgrundstück enthaltenen Vereinbarung, wonach der Mieter einer Wohnung des Hauses ein lebenslanges Wohnrecht haben und eine ordentliche Kündigung des Mietverhältnisses durch den in den Mietvertrag eintretenden Erwerber ausgeschlossen sein soll, handelt es sich um einen (echten) Vertrag zugunsten Dritter (hier: des Mieters) gemäß § 328 BGB. Der Mieter erwirbt hierdurch unmittelbar das Recht, auf Lebenszeit von dem Käufer die Unterlassung einer ordentlichen Kündigung des Mietverhältnisses zu verlangen.

##### HINWEIS DER SCHRIFTLICHTUNG:

Der Volltext der Entscheidung erscheint demnächst in der DNotZ.

#### 2. Steuerliche Aufklärungspflichten eines Maklers bei Grundstückskaufverträgen

BGH, Urteil vom 12.7.2018, I ZR 152/17 (Vorinstanz:  
OLG Düsseldorf, Urteil vom 28.7.2017, I-7 U 118/16)

*BGB § 652*

*EStG § 22 Nr. 2, § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1*

*StBerG § 4 Nr. 5*

##### LEITSÄTZE:

1. Einen Makler trifft beim Fehlen einer entsprechenden Vereinbarung grundsätzlich keine vertragliche Nebenpflicht, steuerrechtliche Fragen zu prüfen, die sich im Zusammenhang mit dem Vertrag stellen, den er vermittelt oder für dessen Abschluss er eine Gelegenheit nachweist, und seinen Auftraggeber über die in diesem Zusammenhang relevanten Umstände aufzuklären.
2. Abweichendes gilt im Einzelfall ausnahmsweise etwa dann, wenn der Makler sich hinsichtlich be-

stimmter Steuerfragen als Fachmann geriert, wenn er sich beispielsweise in seiner Werbung einer langjährigen Tätigkeit und Erfahrung berühmt, wenn der Auftraggeber hinsichtlich vertragsrelevanter Umstände erkennbar rechtlicher Belehrung bedarf oder wenn der Makler den Auftraggeber zu einem riskanten Vorgehen veranlasst oder ihn sonst zu einem unvorteilhaften und überstürzten Vertragsschluss verleitet.

3. Ein Makler, der einen Grundstückskauf vermittelt, ist nur dann gehalten, auf mögliche steuerrechtliche Folgen des vermittelten Geschäfts hinzuweisen, wenn er aufgrund besonderer Umstände des Einzelfalls Anlass zu der Vermutung haben muss, seinem Kunden drohe ein Schaden, weil er sich der Gefahr des Entstehens einer besonderen Steuerpflicht wie etwa gemäß § 22 Nr. 2, § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG nicht bewusst ist.

#### 3. Frist zur Betriebskostenabrechnung bei dinglichem Wohnungsrecht

BGH, Urteil vom 16.3.2018, V ZR 60/17 (Vorinstanz:  
LG Frankenthal (Pfalz), Beschluss vom 25.1.2017, 2 S 130/16)

*BGB § 556 Abs. 3*

*ZPO § 97 Abs. 1*

##### LEITSATZ:

Ist der dinglich Wohnungsberechtigte zur Zahlung von Betriebskosten verpflichtet, gelten für die Abrechnung der Betriebskosten die Regelungen in § 556 Abs. 3 BGB auch dann entsprechend, wenn keine Vorauszahlungen vereinbart sind (Fortführung von Senat, Urteil vom 25.9.2009, V ZR 36/09, WuM 2009, 672).

#### 4. Zur Genehmigungspflichtigkeit der Übertragung von Kommanditanteilen an einer Grundstücksverwaltungs-KG

OLG München, Beschluss vom 28.12.2017, 2 WF 1509/17

*BGB § 1643 Abs. 1, § 1822 Nr. 3*

##### LEITSATZ:

Die unentgeltliche Übertragung eines Kommanditanteils an einer Grundstücksverwaltungs-KG, die lediglich privates Vermögen verwaltet, bedarf nicht der familiengerichtlichen Genehmigung. Zwar ist § 1643 Abs. 1, § 1822

**Nr. 3 Alt. 3 BGB (Abschluss eines Gesellschaftsvertrages) auf den unentgeltlichen Anteilserwerb an einer bereits gegründeten Gesellschaft analog anzuwenden. Eine Genehmigungsbedürftigkeit besteht aber nur dann, wenn es sich bei der Gesellschaft um ein Erwerbsgeschäft handelt. Die Abgrenzung zwischen rein privater Vermögensverwaltung und Betrieb eines Erwerbsgeschäfts erfolgt insbesondere danach, ob ein beruflicher Geschäftsbetrieb erforderlich ist und die Gesellschaft unternehmerisches Risiko übernimmt. (Leitsatz der Schriftleitung)**

#### SACHVERHALT:

1 Die Beteiligten zu 1 und 2 sind die am 21.9.2002 bzw. 15.1.2008 geborenen Kinder der weiteren Beteiligten zu 3 und 4. Mit Schreiben vom 12.6.2017 übersandte der Notar dem AG – Familiengericht – beglaubigte Abschriften eines Gesellschaftsvertrages zur Gründung einer Kommanditgesellschaft zwischen den weiteren Beteiligten sowie einem Dritten sowie der Überlassung von Gesellschaftsanteilen der weiteren Beteiligten an die Beteiligten zu 1 und 2 vom 8.5.2017 und beantragte die Ausstellung einer Negativbescheinigung, wonach eine familiengerichtliche Genehmigung zum Eintritt der Beteiligten in die Kommanditgesellschaft nicht erforderlich ist. Diese sei zur Vorlage beim Registergericht erforderlich.

(...)

3 Mit Verfügung vom 18.7.2017 wies die Rechtspflegerin beim Familiengericht darauf hin, dass ein Negativattest nicht erteilt werden könne, da die Rechtsprechung hierzu unklar sei. Aus den vorgelegten Unterlagen sei nicht zu entnehmen, welches Immobilienvermögen letztlich eingebracht werden solle. Insbesondere sei nicht auszuschließen, dass die Gesellschaft in Zukunft auch ein Erwerbsgeschäft ausüben werde.

4 Mit Beschluss vom 16.10.2017 wies das AG sodann den Antrag auf Erteilung eines Negativzeugnisses zurück. Zur Begründung führte es an, aus dem Gesellschaftszweck gehe nicht in genügender Weise hervor, dass jegliches Handeln ausgeschlossen sei, das nach § 1643 Abs. 1, § 1822 Nr. 3 BGB zu einem genehmigungspflichtigen Beitritt der Kinder zur Gesellschaft führen würde. Genehmigungspflichtig sei auch der Beitritt zu Gesellschaften, die gewerblich nutzbare Grundstücke von erheblichem Wert verwalten, vermieten und verwerten. Auch die Errichtung einer Gesellschaft zum Zweck des Erwerbs, der Verwaltung und der Verwertung von Immobilien sei als genehmigungspflichtig anzusehen. Dabei sei nicht erforderlich, dass das Tatbestandsmerkmal „Verwertung“ im konkreten Gesellschaftszweck noch auftauche, die übrigen Tatbestandsmerkmale erschienen nach dem, was die Beteiligten offenbar wollten, jedenfalls erfüllt. Der scheinbar dagegen sprechende Gesellschaftszweck schließe das auch nicht aus, denn danach könne mit Immobilien lediglich nicht gehandelt werden, Erwerb und Verwaltung auch umfangreichen Immobilien- (oder sonstigen) Vermögens schließe er hingegen nicht aus. Im Übrigen sei nach Ansicht des BayObLG eine Familiengrundstücksgesellschaft grundsätzlich zunächst genehmigungspflichtig.

5 Gegen diesen ihnen am 18.10.2017 zugestellten Beschluss legte der Notar für die Beteiligten und weiteren Beteiligten Beschwerde ein und beantragte, den Beschluss des AG in Ziffer 1. und 3. aufzuheben und das beantragte Negativzeugnis zu erteilen.

6 Zur Begründung führte er an, die weiteren Beteiligten zu 3 und 4 hätten als Kommanditisten mit einem Dritten als Komplementär eine Vermögensverwaltungs-KG gegründet und sodann mit diesem – jeweils handelnd im eigenen Namen und als Vertreter der Beteiligten zu 1 und 2 – einen notariell beurkundeten Überlassungsvertrag geschlossen, der die schenkweise Übertragung der voll eingezahlten Kommanditanteile zum Gegenstand gehabt habe. Gegenstand der Kommanditgesellschaft sei das „Halten und Verwalten“ eigenen Vermögens, insbesondere von Immobilienvermögen. Jedes (Handels-) Gewerbe sei untersagt, die Gesellschaft sei ausschließlich eine rein

vermögensverwaltende Gesellschaft im Sinne des § 161 Abs. 2, § 105 Abs. 2 HGB. Die gesellschaftsvertraglichen Treuepflichten der Kommanditisten seien soweit rechtlich möglich ausgeschlossen bzw. auf das zwingend notwendige Maß reduziert. Zweck der Gesellschaftsgründung sowie der schenkweisen Überlassung der Kommanditanteile sei die Umsetzung einer erbschaftsteuerlich günstigen Gestaltung der vorweg genommenen Erbfolge unter Ausnutzung der erbschaftsteuerlichen Freibeträge gewesen. Die weiteren Beteiligten zu 3 und 4 hätten daher mit der KG ebenfalls am 8.5.2017 einen Einbringungs- und Schenkungsvertrag bezüglich einer zu Wohnzwecken genutzten, fremdvermieteten Immobilie, in der Form einer Eigentumswohnung, geschlossen. Diese habe einen Marktwert von ca. 1,573 Mio. und sei im Vorgriff auf ein etwaiges künftiges Studium der Töchter in M erfolgt, während dessen diese die Wohnung auch selbst nutzen könnten. Durch die Einbringung und Überlassung der Kommanditanteile seien die erbschaftsteuerlichen Freibeträge weitgehend ausgeschöpft, sodass innerhalb der nächsten Jahre nicht beabsichtigt sei, weiteres Immobilienvermögen in die Kommanditgesellschaft einzubringen. Entgegen der Ansicht des Familiengerichts bedürfe es einer familiengerichtlichen Genehmigung nach § 1643 Abs. 1, § 1822 Nr. 3 BGB gerade nicht. Es sei bereits zweifelhaft, ob die schenkweise Übertragung eines Kommanditanteils unter § 1822 Nr. 3 BGB falle, da es sich weder um einen entgeltlichen Erwerb noch um den Abschluss eines Gesellschaftsvertrages handle. Selbst wenn man mit der wohl herrschenden Meinung eine entsprechende Anwendung des § 1822 Nr. 3 Var. 3 BGB, auf die schenkweise Überlassung bejahe, fehle es vorliegend an der Ausrichtung der Kommanditgesellschaft auf ein Erwerbsgeschäft. Bei einer Vermögensverwaltungsgesellschaft sei dies nur dann der Fall, wenn besondere Umstände hinzutreten würden, die dazu führen, dass die Verwaltungstätigkeit wegen des Umfangs oder der spezifischen Zusammensetzung des verwalteten Vermögens eine geschäftsmäßige, gleichsam berufliche Tätigkeit erfordere. Hierfür bedürfe es konkreter Anhaltspunkte.

7 Auch aus der vom Familiengericht zitierten Entscheidung des BayObLG könne nicht auf die Genehmigungsbedürftigkeit des vorliegenden Vertrages geschlossen werden. In diesem Fall habe es sich zum einen um eine Familien-GbR, nicht um eine in der Haftung beschränkte Kommanditgesellschaft gehandelt, zudem habe diese drei gewerblich genutzte Grundstücke mit einem Verkehrswert von ca. 7,5 Mio. DM eingebracht. Der Gesellschaftszweck sei hier die Verwaltung, Vermietung, Verwertung und dergleichen der eingebrachten und künftig erworbenen Besitztümer gewesen. Das Immobilienvermögen sei wesentlich umfangreicher und gewerblich nutzbar gewesen, zudem seien auch handlungsgewerbliche Tätigkeiten Gegenstand der Gesellschaft gewesen. Entgegen der Zitatstellen bestehe eine Indizwirkung bei reinen Vermögensverwaltungsgesellschaften für eine Erwerbstätigkeit nach herrschender Meinung und Rechtsprechung nur dann, wenn gewerblich nutzbare Grundstücke von erheblichem Wert verwaltet, vermietet und verwertet würden. Diese Kriterien seien vorliegend aber nicht erfüllt. Zweck der Gesellschaft sei die Ausnutzung erbschaftsteuerlicher Freibeträge gewesen. Da diese durch die vorhandene Immobilie mit einem Wert von knapp 1,6 Mio. Euro bereits fast ausgeschöpft seien und damit weitere Freibeträge erst nach Ablauf von zehn Jahren ausgenutzt werden könnten, sei offensichtlich eine weitere Einbringung während der Minderjährigkeit der Kinder nicht mehr beabsichtigt. Darüber hinaus sei kein gewerblich nutzbares Immobilienvermögen, sondern ein Wohnungseigentum, das fremd verwaltet werde, eingebracht worden. Es sei auch beabsichtigt, dass dieses in Zukunft von den Beteiligten selbst bewohnt werde. Da es sich um eine Kommanditgesellschaft handle, obliege eine Vermögensverwaltungstätigkeit der Gesellschaft ohnehin den Komplementären, und nicht den minderjährigen Kommanditisten.

8 Auch aus Gründen des Minderjährigenschutzes sei eine Genehmigungsbedürftigkeit nicht zu bejahen, da die nachträgliche Aufnahme einer anders gelagerten, erheblich umfangreicheren Vermögensverwaltung als wesentliche Änderung des Gesellschaftsvertrages ohnehin der familiengerichtlichen Genehmigung bedürfe. Eines vorweg gezogenen Minderjährigenschutzes zum jetzigen Zeitpunkt bedürfe

es daher nicht. Der Sinn und Zweck des § 1822 Nr. 3 BGB sei in erster Linie der Schutz Minderjähriger vor der Übernahme eines unternehmerischen Risikos, dieses trügen die Beteiligten zu 1 und 2 aber gerade nicht. Der schenkweise Erwerb eines voll eingezahlten Kommanditanteils begründe kein unternehmerisches Risiko, da die persönliche Haftung des Erwerbers auf die bereits erbrachte Kommanditeinlage beschränkt sei. Zudem sei die Wirksamkeit der Abtretung durch die Eintragung des Anteilsübergangs im Handelsregister aufschiebend bedingt gewesen, sodass auch ein eventuelles Haftungsrisiko nach § 176 Abs. 2 HGB ausgeschlossen sei.

**9** Die Beteiligten hätten auch ein rechtliches Interesse an der Erteilung eines Negativzeugnisses, da das Registergericht die Eintragung von der Vorlage der familiengerichtlichen Genehmigung oder des Negativzeugnisses ausdrücklich abhängig gemacht hätte.

#### AUS DEN GRÜNDEN:

**10** Die sofortige Beschwerde ist zulässig, §§ 58, 63, 64 FamFG, insbesondere stellt die Verweigerung des Negativtestes bezüglich des Erfordernisses einer familiengerichtlichen Genehmigung nach § 1643 Abs. 1, § 1822 Nr. 3 BGB eine Endentscheidung dar, die mit der Beschwerde anfechtbar ist (vgl. OLG Jena, FamRZ 2014, 140). Die Beteiligten zu 1 und 2 und weiteren Beteiligten zu 3 und 4 sind als Gesellschafter der betroffenen Kommanditgesellschaft auch beschwerdebefugt.

**11** Die Beschwerde ist auch begründet, da das Familiengericht die Erteilung eines Negativzeugnisses zu Unrecht abgelehnt hat. Einer familiengerichtlichen Genehmigung nach §§ 1643, 1822 Nr. 3 BGB bedarf es nicht.

**12** Da die schenkweise Übertragung des von den Eltern durch Einbringung ihres Immobilienvermögens voll eingezahlten bzw. auf die Einzahlung aufschiebend bedingten Kommanditanteils an der vermögensverwaltenden Familien-KG für die minderjährigen Kinder lediglich rechtlich vorteilhaft ist, war die Bestellung eines Ergänzungspflegers gemäß §§ 107, 181 BGB entbehrlich.

**13** Nach §§ 1643, 1822 Nr. 3 Alt. 2 BGB ist die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung zu einem Gesellschaftsvertrag, der zum Betrieb eines Erwerbsgeschäfts eingegangen wird, erforderlich. Zwar handelt es sich bei der schenkweisen Überlassung eines KG-Anteils einer bereits gegründeten KG dem Wortlaut nach nicht um den Abschluss eines Gesellschaftsvertrages. Nach Sinn und Zweck dieser Vorschrift ist diese analog aber auch auf diesen Fall anzuwenden, insbesondere dann, wenn die Gründung der KG und nachfolgend die schenkweise Übertragung wie vorliegend in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang erfolgen und der Gründungs- und Übertragungsvorgang lediglich in zwei separate Urkunden aufgesplittet werden.

**14** Eine Genehmigungsbedürftigkeit besteht aber nur dann, wenn es sich bei der Grundstücksverwaltungs-KG um ein „Erwerbsgeschäft“ handelt. Der Begriff des Erwerbsgeschäfts umfasst dabei nach herrschender Meinung jede regelmäßig ausgeübte, auf selbstständigen Erwerb gerichtete Tätigkeit, die mit dem Willen zur Gewinnerzielung ausgeübt wird und auf eine gewisse Dauer angelegt ist (vgl. BayObLG, FamRZ 1996, 119; OLG München, MittBayNot 2009, 52). Diese Voraussetzungen sind bei der Verwaltung privaten Vermögens, insbesondere Grundbesitzes, nicht in jedem Fall gegeben,

auch wenn die private Vermögensverwaltung in gesellschaftsrechtlicher Form erbracht wird. Eine Abgrenzung hat insbesondere danach zu erfolgen, ob eine geschäftsmäßige, gleichsam berufliche Tätigkeit erforderlich ist oder die Gesellschaft unternehmerisches Risiko übernimmt (vgl. OLG München, a. a. O., Rdnr. 7). Demgemäß wurde in der vom Familiengericht zitierten Entscheidung des BayObLG (a. a. O.) ein Erwerbsgeschäft bejaht, da die Gesellschaft bürgerlichen Rechts Eigentümerin eines mit einem Geschäftshaus bebauten Grundstücks mit einem Verkehrswert von rund 4 Mio. DM war, das mit 2,4 Mio. DM belastet war und monatliche Mieteinnahmen von rund 40.000 € erzielte, ferner eines weiteres Grundstücks, bebaut mit einem von den Gesellschaftern der GbR bewohnten Wohnhaus und mit einem für 5.000 € monatlicher Miete vermieteten Bürogebäude, sowie eines dritten Grundstücks mit einem Verkehrswert von 3,5 Mio. DM, das mit zwei Werkshallen und einem Verwaltungsgebäude bebaut war und monatliche Mieteinnahmen von 17.000 DM erzielte. Nach außen hafteten alle Gesellschafter als Gesamtschuldner. Aufgrund der Rechtsform der Gesellschaft bürgerlichen Rechts hafteten die Gesellschafter, auch die Minderjährigen, damit nicht nur nach außen unbeschränkt, sondern der erheblichen Umfang und Wert der Immobilien, insbesondere auch die Vermietung zum Zwecke gewerblicher Tätigkeiten mit ggf. höheren Haftungsrisiken, machten damit einen umfangreichen, beruflichen Geschäftsbetrieb erforderlich. Aus dieser Entscheidung kann daher nicht darauf geschlossen werden, jede grundstücksverwaltende Gesellschaft sei auf den Betrieb eines Erwerbsgeschäfts gerichtet, wenn sie in der Form einer Handelsgesellschaft betrieben wird. § 1822 Nr. 3 BGB knüpft nämlich gerade nicht an die Rechtsform der Gesellschaft an, sondern allein darauf, ob der Gesellschaftsvertrag auf den Betrieb eines Erwerbsgeschäfts gerichtet ist (vgl. OLG München, a. a. O., Rdnr. 8). Insbesondere die Verwaltung eines selbstgenutzten Wohnhauses erfordert demgegenüber gerade keine regelmäßig ausgeübte, auf Gewinnerzielung gerichtete Tätigkeit und stellt damit kein Erwerbsgeschäft dar (vgl. OLG München, a. a. O., Rdnr. 7).

**15** Zwar wird die von der KG gehaltene Eigentumswohnung derzeit nicht eigengenutzt, sondern ist fremdvermietet und auch die spätere Eigennutzung ist lediglich angedacht, aber nicht zwingend. Aufgrund der Verwaltung durch die Eigentümergemeinschaft entsteht durch diese aber ein kaum höherer Aufwand, der sich auf die Teilnahme an Eigentümerversammlungen, Abrechnung der Mietzahlungen und ggf. Nebenkosten gegenüber dem Vermieter beschränkt. Die Annahme einer nicht gewerblichen, rein vermögensverwaltenden, nicht genehmigungspflichtigen Gesellschaft kann daher auch dann zu bejahen sein, wenn die Immobilie nicht selbst bewohnt, sondern fremdvermietet ist, soweit sich das Vermögen in einem kleinen Rahmen hält, also wie hier die private Vermietung einer einzigen Eigentumswohnung vorliegt. Eine andere Tätigkeit als die Verwaltung dieses Grundstücks entfaltet die Gesellschaft derzeit nicht.

**16** Auch soweit die Rechtspflegerin darauf hinweist, der Gesellschaftszweck lasse eine weit über die aktuelle Tätigkeit hinausgehende, auch gewerbliche Tätigkeit zu, ist dies ebenfalls nicht zutreffend. Zum einen ist zu berücksichtigen, dass sich der Gegenstand des Unternehmens ausdrücklich auf

das Halten und Verwalten eigenen Vermögens, insbesondere Immobilienvermögens, beschränkt und ein Handelsgewerbe ausdrücklich untersagt ist. Die Verwertung und der Zuerwerb weiteren Vermögens sind damit vom unter I. genannten Gegenstand des Unternehmens gerade nicht erfasst. Allerdings ist einzuräumen, dass aufgrund der unter II. gewährten Möglichkeit, sich an anderen gleichartigen Unternehmen zu beteiligen, der Zuerwerb weiteren Immobilienvermögens nicht ausgeschlossen ist, wobei auch insoweit eine Beschränkung auf die Förderung des Unternehmensgegenstands ausdrücklich genannt ist. Selbst wenn damit durch Beteiligung an einer ihrerseits Grundstücke haltenden Gesellschaft der Zuerwerb weiterer Immobilien im Rahmen des Unternehmensgegenstands nicht ausgeschlossen ist, führt dies zumindest derzeit noch nicht zu einer Genehmigungsbedürftigkeit. Vom möglicherweise weiter gefassten Gesellschaftszweck ist nämlich der Gegenstand der Gesellschaft zu unterscheiden, der durch formlos mögliche gesellschaftsvertragliche Vereinbarung der Gesellschafter bestimmt wird (vgl. OLG München, a. a. O., Rdnr. 11). Dieser ist durch die Angaben der Gesellschaft zu ermitteln. Vorliegend haben die Gesellschafter vorgetragen, Grund der vertraglichen Regelung sei die Ausnutzung steuerlicher Freibeträge durch vorweggenommene Erbfolge. Durch die Einbringung der Eigentumswohnung mit einem Wert von knapp 1,6 Mio. Euro, Teilung der Kommanditanteile und anschließender schenkweiser Überlassung an die minderjährigen Kinder werden die Freibeträge der Kinder nach jedem Elternteil nahezu vollständig erschöpft. Eine weitere – steuerunschädliche – Überlassung ist daher erst nach Ablauf von zehn Jahren, also nach Erreichen der Volljährigkeit beider Kinder, möglich. Irgendwelche Anhaltspunkte dafür, dass daneben weitere Zwecke verfolgt werden, sind nicht ersichtlich. Hierfür spricht auch die konkret gewählte vertragliche Gestaltung aller Beteiligten. Nach dem Gesellschaftszweck übt die KG daher derzeit keine gewerbliche Tätigkeit aus. Falls die Gesellschafter nachfolgend beschließen sollten, eine anders gelagerte, erheblich umfangreichere Vermögensverwaltung, die dann den Bereich der oben genannten gewerblichen Tätigkeit im Sinne von § 1822 Nr. 3 BGB erreichen würde, aufzunehmen, würde dies eine als wesentliche, dem Neueintritt der minderjährigen Kommanditisten in eine ein Erwerbsgeschäft betreibende Gesellschaft gleichkommende Änderung des Gesellschaftsvertrages darstellen, die dann einer Genehmigung des Familiengerichts bedürfte. Der Minderjährigenschutz wird hierdurch ausreichend gewahrt, einer bereits jetzt bestehenden Genehmigungspflicht im Hinblick auf mögliche spätere Ausweitungen des Gesellschaftszweckes bedarf es nicht. Da im Hinblick auf die vertraglichen Regelungen, insbesondere die auf die Einzahlung des KG-Anteils und Eintragung im Register aufschiebend bedingte Anteilsübertragung, eine über den Nominalanteil hinausgehende Haftung der Minderjährigen ausgeschlossen ist, besteht auch im Übrigen aus Minderjährigenschutzgründen kein Bedürfnis einer Ausweitung der Genehmigungspflicht.

**17** Da eine Genehmigungspflicht somit nicht besteht, war den Betroffenen daher die beantragte Negativbescheinigung zu erteilen und die das Negativattest ablehnende Entscheidung des Familiengerichts aufzuheben.

(...)

## ANMERKUNG:

Von Notarassessor Dr. **Sebastian Egger**,  
Trostberg

Die Entscheidung des OLG München ist im Ergebnis zutreffend und mit Blick auf das Bedürfnis nach Rechtssicherheit begrüßenswert. Sie adressiert zwei Problemkreise, die im Zusammenhang mit lebzeitigen Vermögensübertragungen mittels Gründung einer „Familien-KG“ und (Kommandit-)Anteilsübertragung unter Ausnutzung erbschaftsteuerlicher Freibeträge immer wieder eine Rolle spielen: die Notwendigkeit der Mitwirkung eines Ergänzungspflegers und das Erfordernis einer familiengerichtlichen Genehmigung.<sup>1</sup> Der Senat knüpft in der vorliegenden Entscheidung an seine Rechtsprechung zu Familien-KGs, die eigengenutzte Immobilien verwalten, an,<sup>2</sup> präzisiert sie im Hinblick auf die Ergänzungspflegschaft und führt sie für fremdvermietete Immobilien fort.

### 1. Keine Notwendigkeit der Bestellung eines Ergänzungspflegers

Das OLG München bezieht zunächst dazu Stellung, ob es in Konstellationen, in denen der schenkweise durch Eltern an ihre minderjährigen Kinder überlassene Kommanditanteil voll einbezahlt ist und die Wirksamkeit der Abtretung unter der aufschiebenden Bedingung einer Eintragung der Anteilsabtretung in das Handelsregister steht, der Anordnung einer Ergänzungspflegschaft nach § 1629 Abs. 2 Satz 1, § 1795 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2, §§ 181, 1909 BGB bedarf. Diese im rechtswissenschaftlichen Schrifttum und in der Instanzrechtsprechung nach wie vor unterschiedlich beurteilte Frage hat der Senat unter Verweis auf die lediglich rechtliche Vorteilhaftigkeit verneint.<sup>3</sup>

Dem ist beizupflichten, da eine solche Ausgestaltung des derivativen Anteilserwerbs das Risiko einer Haftung des minderjährigen Kommanditisten nach § 172 Abs. 4, § 176 Abs. 2 HGB, mithin einen rechtlichen Nachteil, ausschließt, sodass die teleologische Reduktion des § 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB bzw. § 181 BGB Platz greift. Ein anderes Ergebnis kann auch nicht mit dem Risiko eines Totalverlustes der Kommanditeinlage begründet werden: Dieses Risiko vermag lediglich die Vorteilhaftigkeit der Zuwendung zu verringern, nicht aber einen rechtlichen Nachteil zu begründen. Das OLG München befindet sich insofern auf einer Linie mit der zwischenzeitlich (wohl) herrschenden Ansicht betreffend

<sup>1</sup> Zu diesen Problemkreisen etwa Würzburger Notarhandbuch/*Limmer*, 5. Aufl. 2017, Teil 5 Kap. 2 Rdnr. 34 f.

<sup>2</sup> Dazu OLG München, Beschluss vom 6.11.2008, 31 Wx 76/08, MittBayNot 2009, 52.

<sup>3</sup> Im Rahmen des Beschlusses vom 6.11.2008, 31 Wx 76/08, MittBayNot 2009, 52, sah sich das OLG München nicht veranlasst, diese Frage zu diskutieren, da die minderjährigen Kinder der Zuwendenden jeweils von Ergänzungspflegern vertreten wurden.

rein vermögensverwaltende Familien-KGs,<sup>4</sup> die obergerichtlich zunächst vom OLG Bremen vertreten wurde.<sup>5</sup>

Bemerkenswert ist, dass sich der Senat nicht mit der teilweise in Rechtsprechung<sup>6</sup> und rechtswissenschaftlichem Schrifttum<sup>7</sup> vertretenen Gegenauffassung auseinandersetzt, der zufolge ein derivativer Erwerb von Kommanditanteilen schon deshalb nicht lediglich rechtlich vorteilhaft sein könne, weil den minderjährigen Kommanditisten eine gesellschaftsrechtliche Treuepflicht als Ausfluss eines aus der Gesellschafterstellung resultierenden „Bündels von Rechten und Pflichten“<sup>8</sup> treffe. Dieser Gegenauffassung ist nicht beizupflichten, verkennt sie doch, dass die der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht inhärente Beschränkung der Rechtsposition nicht über das geschenkte Gut hinausreicht, mithin keinen relevanten (unmittelbaren) rechtlichen Nachteil begründet.<sup>9</sup> Für den Bezirk des OLG München schafft die Entscheidung insofern Rechtssicherheit, als aus der Nichterwähnung der gesellschaftsrechtlichen Treuepflichten im vorliegenden Beschluss zu folgern sein wird, dass diese – zumindest bei vergleichbaren Sachverhalten und vergleich-

barer Gestaltung – der rechtlichen Vorteilhaftigkeit nicht entgegenstehen.<sup>10</sup>

## 2. Keine familiengerichtliche Genehmigungspflicht

Auch im Hinblick auf die Verneinung einer familiengerichtlichen Genehmigungspflicht verdient die Entscheidung im Ergebnis Zustimmung, wenngleich sie nicht weit genug geht.

Im Ausgangspunkt bestätigt das OLG München die herrschende Meinung, die eine entsprechende Anwendung des § 1822 Nr. 3 Alt. 3 BGB auf den unentgeltlichen derivativen Beteiligungserwerb an Personengesellschaften durch einen Minderjährigen bejaht. Allerdings lehnt der Senat eine Genehmigungspflicht mangels Vorliegens eines Erwerbsgeschäfts im Sinne des § 1822 Nr. 3 BGB im entschiedenen Fall ab. Gegenstand der Familien-KG sei vielmehr die rein private Vermögensverwaltung:

Ein „Erwerbsgeschäft“ ist nach (wohl) herrschender Auffassung jede regelmäßig ausgeübte, auf selbstständigen Erwerb gerichtete Tätigkeit, die mit dem Willen zur Gewinnerzielung ausgeübt wird und auf eine gewisse Dauer angelegt ist.<sup>11</sup> Maßgeblich soll insofern sein, ob eine geschäftsmäßige, gleichsam berufliche Tätigkeit erforderlich ist oder die Gesellschafter unternehmerisches Risiko übernehmen.<sup>12</sup> Das OLG München stellt diesbezüglich klar, dass diese Voraussetzungen nicht nur regelmäßig dann fehlen, wenn sich der Zweck der Familien-KG auf das Verwalten eines selbstgenutzten Familienwohnheims beschränke.<sup>13</sup> Vielmehr könne das Vorliegen eines Erwerbsgeschäfts auch dann zu verneinen sein, wenn fremdvermietete Immobilien Gegenstand des verwalteten Vermögens seien und es wegen des geringen Vermögensumfangs einer gleichsam beruflichen Tätigkeit nicht bedürfe. Diese Klarstellung ist insofern zutreffend, als allein aus dem Umstand der Fremdvermietung nicht auf das Erfordernis einer geschäftsmäßigen Tätigkeit,

- 4 Vgl. nur *Rust*, DStR 2005, 1942, 1946; *Maier-Reimer/Marx*, NJW 2005, 3025, 3026; *Werner*, GmbHR 2008, 1266; *Führ/Nikoleyczik*, BB 2009, 2105, 2106 f.; *Menzel/Wolf*, MittBayNot 2010, 186, 187 f.; *Pauli*, ZErB 2016, 131, 132, 135; *Staudinger/Klumpp*, Neub. 2016, § 107 Rdnr. 59; jüngst auch OLG Köln, Beschluss vom 26.3.2018, 4 Wx 2/18, FGPrax 2018, 118; im Ergebnis ebenso, wenngleich unter Verortung im Rahmen der familiengerichtlichen Genehmigungsbedürftigkeit nach § 1822 Nr. 3 BGB: OLG Jena, Beschluss vom 22.3.2013, 2 WF 26/13, MittBayNot 2013, 387, 388 mit im Ergebnis zust. Anm. *Gerono*.
- 5 OLG Bremen, Beschluss vom 16.6.2008, 2 W 38/08, RNotZ 2008, 625, 626.
- 6 LG Köln, Beschluss vom 17.9.1969, 24 T 6/69, Rpfleger 1970, 245; OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 27.5.2008, 20 W 123/08, NJW-RR 2008, 1568, wenngleich jeweils im Kontext mit der familiengerichtlichen Genehmigungspflicht; einen rechtlichen Nachteil aus dem Bündel von Rechten und Pflichten herleitend auch noch BGH, Urteil vom 10.2.1977, II ZR 120/75, BGHZ 68, 225, 231 f.
- 7 *Hohaus/Eickmann*, BB 2004, 1707, 1709; *Ivo*, ZEV 2008, 608, 609; (wohl) auch *Palandt/Ellenberger*, 77. Aufl. 2018, § 107 Rdnr. 4; für eine schutzzweckorientierte Auslegung, die auf den konkreten Einzelfall abstellt, *Weinbrenner*, FPR 2009, 265, 268; zust. *Erman/Schulte-Bunert*, BGB, 15. Aufl. 2017, § 1822 Rdnr. 10.
- 8 Dazu BGH, Urteil vom 10.2.1977, II ZR 120/75, BGHZ 68, 225, 231 f.
- 9 *Maier-Reimer/Marx*, NJW 2005, 3025, 3026; *Pauli*, ZErB 2016, 131, 132, 135; für eine Unbeachtlichkeit der Treuepflichten auch OLG Bremen, Beschluss vom 16.6.2008, 2 W 38/08, RNotZ 2008, 625, 626; *Grunsky*, ZEV, 2008, 609, 611; *Menzel/Wolf*, MittBayNot 2010, 186, 188 f.; *Gerono*, MittBayNot 2013, 387, 389 f.; *Staudinger/Klumpp*, § 107 Rdnr. 59; *Staudinger/Peschel-Gutzeit*, Neub. 2014, § 1629 Rdnr. 246. Im Ergebnis ebenso, wenngleich danach abgrenzend, ob sich aus der konkreten Verpflichtung ein mehr als unerhebliches Gefährdungspotenzial für das Vermögen des Minderjährigen ergibt, OLG Köln, Beschluss vom 26.3.2018, 4 Wx 2/18, FGPrax 2018, 118 („nicht einmal theoretisch Fälle von Verletzungen [...] denkbar, die eine ihr sonstiges Vermögen berührende Schadensersatzpflicht [...] auslösen könnten“).

- 10 Da die Unbeachtlichkeit der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht indes lediglich für die Bezirke des OLG Bremen, des OLG München und des OLG Köln ausdrücklich (sowie für den Bezirk des OLG Jena implizit) obergerichtlich entschieden worden ist, wird für die notarielle Gestaltungspraxis zum Teil empfohlen, (vorsorglich) auch beim Erwerb eines voll eingezahlten Kommanditanteils einen Ergänzungspfleger zu bestellen; so bspw. Würzburger Notarhandbuch/*Limmer*, Teil 5 Kap. 2 Rdnr. 34. Andere Gestaltungsempfehlungen gehen dahin, einen (weitgehenden) gesellschaftsvertraglichen Ausschuss, ergänzt um eine Freistellungspflicht der Schenker gegenüber den Beschenkten hinsichtlich Verpflichtungen, die aus einer etwaigen Verletzung der Treuepflichten resultieren können, aufzunehmen (vgl. *Lüdecke*, NJOZ 2018, 681, 687) und/oder klarzustellen, dass eine Nachschusspflicht der Kommanditisten nicht besteht, vgl. nur *Flick*, GWR 2013, 383.
- 11 Vgl. nur BayObLG, Beschluss vom 6.7.1995, 1 Z BR 157/94, BayObLGZ 1995, 230, 234; *Erman/Schulte-Bunert*, § 1822 Rdnr. 5a m. w. N.
- 12 BayObLG, Beschluss vom 6.7.1995, 1 Z BR 157/94, BayObLGZ 1995, 230, 234; LG Münster, Beschluss vom 18.7.1996, 5 T 383/96; *Erman/Schulte-Bunert*, § 1822 Rdnr. 14 m. w. N.
- 13 So die Konstellation, die dem Beschluss des OLG München vom 6.11.2008, 31 Wx 76/08, MittBayNot 2009, 52 zugrunde lag.

mithin auf ein Erwerbsgeschäft, geschlossen werden kann. Ebenso zu begrüßen ist die klare Absage an die Berücksichtigungsfähigkeit rein hypothetischer Erwägungen betreffend eine zukünftige Ausdehnung des Gesellschaftszwecks.<sup>14</sup>

Nicht angeschlossen hat sich der Senat indes einer Auffassung im Schrifttum, die – mit beachtlichen Argumenten – einem Genehmigungserfordernis entsprechend § 1822 Nr. 3 Alt. 3 BGB im Fall der unentgeltlichen Übertragung vollständig einbezahlter Kommanditanteile generell eine Absage erteilt, ohne dass es darauf ankommen soll, ob die Familien-KG ein Erwerbsgeschäft betreibe. Deren Vertreter rekurren vornehmlich auf die grundsätzliche Vergleichbarkeit mit dem derivativen Erwerb der Gesellschafterstellung in der GmbH.<sup>15</sup> Die Ablehnung dieser Ansicht durch den Senat ist nicht zuletzt deshalb bedauerlich, weil die postulierte Analogieunfähigkeit der Genehmigungstatbestände nach §§ 1821 f. BGB<sup>16</sup> eine enge und formale Auslegung gebietet und auch teleologische Erwägungen in den vorgenannten Fällen nicht für eine Ausdehnung der Genehmigungstatbestände streiten.

Aus dogmatischer Sicht konsequent und somit zu begrüßen ist hingegen, dass der Senat – ausgehend von der Bejahung einer analogen Anwendbarkeit des § 1822 Nr. 3 BGB – in einem ersten (Prüfungs-)Schritt nicht auf die lediglich rechtliche Vorteilhaftigkeit der schenkweisen Übertragung abhebt, um die Genehmigungspflicht zu verneinen.<sup>17</sup> Vielmehr prüft er zunächst die Art und den Umfang der Tätigkeit der Gesellschaft. Würde diese bereits das Erfordernis der „Geschäftsmäßigkeit“ begründen, bliebe kein Raum für die Bejahung der Genehmigungsfreiheit aufgrund einer etwaigen rechtlichen Vorteilhaftigkeit des Anteilerwerbs. Vielmehr käme diesem Aspekt (lediglich) auf der sich anschließenden Prüfungsebene, mithin für die Frage der Genehmigungsfähigkeit und die insofern erforderliche Orientierung am Kindeswohl, Relevanz zu.<sup>18</sup>

14 So auch OLG Dresden, Beschluss vom 25.4.2018, 17 Wx 160/1818, NZG 2018, 1108, 1109.

15 *Menzel/Wolf*, MittBayNot 2010, 186, 188 f., denen zufolge vieles dafür spreche, eine Genehmigungspflicht gänzlich zu verneinen, und *van de Loo/Strnad*, ZEV 2018, 617, 621, die bei einer gewerbsmäßig immobilienverwaltenden KG nach der Beteiligungshöhe des Minderjährigen differenzieren. Zum derivativen Erwerb der Gesellschafterstellung in der GmbH, BGH, Urteil vom 20.2.1989, II ZR 148/88, DNotZ 1990, 303.

16 BGH, Urteil vom 22.9.1969, II ZR 144/68, BGHZ 52, 316, 319; BGH, Urteil vom 8.10.1984, II ZR 223/83, BGHZ 92, 259, 261.

17 So aber z. B. OLG Jena, Beschluss vom 22.3.2013, 2 WF 26/13, MittBayNot 2013, 387, 388.

18 Zutreffend OLG Bremen, Beschluss vom 24.2.1999, 4 UF 16-99, NJW-RR 1999, 876; OLG Zweibrücken, Beschluss vom 2.3.2000, 5 UF 4/00, ZEV 2001, 76.

## 5. Unwirksamkeit des Ratenplans wegen Besitzübergaberegung

OLG München, Urteil vom 25.10.2016, 9 U 34/16

BGB § 632a Abs. 3 Satz 1, §§ 640, 641 Abs. 1  
MaBV § 3 Abs. 2, § 12

### LEITSÄTZE:

1. **Gemäß § 3 Abs. 2 MaBV kann der Bauträger Zahlung einer Rate „nach Bezugsfertigkeit und Zug um Zug gegen Besitzübergabe“ verlangen (sogenannte Bezugsfertigkeitssrate). Eine entsprechende Fälligkeitsregelung ist jedoch unwirksam, wenn diese dahingehend ausgelegt werden kann, dass die Fälligkeit neben der Besitzübergabe auch von der Abnahme des Sondereigentums abhängt. Dies ist dann der Fall, wenn der Vertrag zugleich eine Regelung zum Besitzübergang enthält, nach der die Besitzübergabe erst nach Abnahme des Sondereigentums erfolgt. (Leitsatz der Schriftleitung)**
2. **Die Fälligkeit einer Rate, „sobald das Werk ohne wesentliche Mängel, d.h. abnahmefähig, hergestellt ist und soweit dies rechtzeitig erfolgt ist“ ist in § 3 Abs. 2 MaBV nicht vorgesehen und deshalb unzulässig. (Leitsatz der Schriftleitung)**
3. **Weicht der Bauträgervertrag zu Ungunsten des Erwerbers von der Ratenregelung des § 3 Abs. 2 MaBV ab, hat dies gemäß § 12 MaBV i.V.m. § 134 BGB die Unwirksamkeit der gesamten Ratenregelung zur Folge. An die Stelle der nichtigen Vereinbarung tritt § 641 BGB, so dass erst mit Abnahme Zahlung der Gesamtvergütung verlangt werden kann. (Leitsatz der Schriftleitung)**

### SACHVERHALT:

1 I. Die Parteien streiten um die Abnahme von Gemeinschaftseigentum und noch ausstehende Bauträgervergütung.

2 Mit der Berufung wendet sich die Klägerin gegen das Urteil des LG München I (...). Diesem Urteil liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

3 Die Parteien haben am 5.2.2010 einen notariellen Bauträgervertrag über zwei Wohnungen nebst Tiefgaragenplätzen im Bauvorhaben K-Straße 7 in G bei M geschlossen. Das Bauwerk ist zwischenzeitlich bezugsfertig hergestellt. Da die Beklagten eine Abnahme des Gemeinschaftseigentums unter anderem unter Berufung auf zahlreiche Mängel verweigern, verlangt die Klägerin dessen Abnahme. Im Übrigen begehrt sie aus den im Bauträgervertrag unter § 4 Nr. 3 vereinbarten Raten Nr. 3 bis 6 und aus der Rate Nr. 7 unter Abzug von zwei Minderungsbeträgen noch Bauträgervergütung von 190.636 €. (...)

5 Das Erstgericht hat die Klage abgewiesen. Da das Gemeinschaftseigentum derzeit nicht im Wesentlichen vertragsgemäß sei, bestehe kein Anspruch auf dessen Abnahme. Ein fälliger Anspruch auf Zahlung der eingeklagten Raten sei derzeit schon deshalb nicht gegeben, weil die im Bauträgervertrag vereinbarte Fälligkeitsstaffel unwirksam sei.

6 Hiergegen wendet sich die Klägerin und rügt im Rahmen ihrer Berufungsbegründung sowohl unrichtige Tatsachenfeststellungen als auch Rechtsverletzungen des Erstgerichts. Im Zusammenhang mit der begehrten Abnahme habe sie zu den Mängelbehauptungen be-

züglich der Grundwasserwärmepumpe und der Barrierefreiheit vorgetragen und Beweis angeboten. Sie bezweifelt, dass vorliegend wesentliche Mängel, auf die sich die Beklagten berufen könnten, der Abnahme entgegenstehen. Zumal gemäß Satz 13 des Bauträgervertrages, 2. Absatz, Mängel nur dann die Abnahmefähigkeit hindern, wenn die Gebrauchstauglichkeit dadurch fehle. Des Weiteren rügt sie eine Rechtsverletzung im Zusammenhang mit der vom Erstgericht angenommenen Nichtigkeit der im Bauträgervertrag vereinbarten Fälligkeitsstaffel. Aus der auf Seite 13 geregelten Abnahme des Sondereigentums ergebe sich keine Unwirksamkeit, da die MaBV dies nicht verbiete und die Abnahme nichts Anderes als die vertragliche Anerkennung eines Zustandes eines Bauvorhabens sei, der der Bezugsfertigkeit entspreche. Zur Fälligkeitsstaffel wurde auch seitens des Streithelfers, Notar (...) vorgetragen. Mit Schriftsatz trug die Klägerin noch zu neueren Entwicklungen bei der Wohnungseigentümergeinschaft des streitgegenständlichen Anwesens vor und legte unter anderem ein Protokoll der Eigentümerversammlung vom 14.9.2016 (...) vor. Da nun von der Klägerin Vorschüsse für die Kosten der Mängelbeseitigung seitens der Eigentümergeinschaft angefordert und keine Nachbesserungen mehr zugelassen werden sollen, befinde sich der Bauträgervertrag jetzt „im Abwicklungsstadium“, sodass sich die Beklagten nicht mehr auf die fehlende Abnahme berufen könnten.

(...)

## AUS DEN GRÜNDEN:

**12 II.** Die gemäß § 511 ff. ZPO zulässige Berufung der Klägerin hat in der Sache keinen Erfolg. Zutreffend und mit überzeugender Begründung hat das Erstgericht sowohl einen Anspruch auf Abnahme als auch einen Zahlungsanspruch der Klägerin verneint. (...)

### **13 1.** Anspruch auf Abnahme des Gemeinschaftseigentums

Die Beklagten schulden derzeit eine Billigung des Bauwerks Gemeinschaftseigentum als im Wesentlichen vertragsgemäß nicht.

**14** Unstreitig bestehen noch Mängel mit einem Beseitigungswert von 30.800 €. Von einer Einforderung der Rate 8, die an eine vollständige Fertigstellung geknüpft ist, hat die Klägerin angesichts noch bestehender Mängel abgesehen. Die Beklagten behaupten darüber hinaus schlüssig und substantiiert Mängel am Gemeinschaftseigentum mit zu erwartenden Mängelbeseitigungskosten im Wert von insgesamt 288.890,33 €, wovon auf die Beklagten bei einem Miteigentumsanteil von 21,5 % ein Anteil von 62.111,42 € entfielen. Sie berufen sich mithin auf ein Abnahmeverweigerungsrecht wegen wesentlicher Mängel. In diesem Fall trägt nach den im Zivilprozess geltenden Grundsätzen (so auch *Kniffka*, Bauvertragsrecht, § 640 BGB Rdnr. 44 f.) der Unternehmer die Darlegungs- und Beweislast, dass die behaupteten Mängel unwesentlich sind. Schon die unstreitig noch vorhandenen Mängel am Gemeinschaftseigentum mit einem Beseitigungswert von 30.800 € sind nicht unwesentlich und stehen der Abnahme entgegen. Zu den übrigen Mängeln hat die Klägerin lediglich bezüglich der Barrierefreiheit und bezüglich der Grundwasserwärmepumpe, auch über ihren Streithelfer H, näher vorgetragen und Beweis angeboten. Das allein genügt jedoch nicht, da nach dem schlüssigen und substantiierten Vortrag der Beklagten, ergänzt durch die insoweit vorgelegte und nachvollziehbare Mängelliste (...), deutlich mehr Mängel behauptet werden. Das von der Klägerin insoweit noch ins Feld geführte Kriterium der Gebrauchstauglichkeit, das auf

Seite 13 des Bauträgervertrages Erwähnung findet, ist kein Kriterium, dass von der herrschenden Meinung in Literatur und Rechtsprechung bei der Prüfung der Abnahmefähigkeit eines Bauwerks zur Anwendung gebracht wird (*Kniffka*, Bauvertragsrecht, Rdnr. 40 m. w. N. zur Rechtsprechung; *Werner/Pastor*, Der Bauprozess, Rdnr. 1834). Insgesamt hat die Klägerin somit nicht hinreichend dargelegt bzw. nachgewiesen, dass das Gemeinschaftseigentum derzeit im Wesentlichen vertragsgemäß ist bzw. dass wesentliche Mängel nicht vorhanden sind.

**15** Nur als obiter dictum sei noch angemerkt: Grundsätzlich ist bei Verweigerung der Abnahme durch den Erwerber für eine Klage des Bauträgers auf Abnahme ein Rechtsschutzbedürfnis anzunehmen. Zweifelhaft ist dies hier geworden, nachdem sich die Klägerin nunmehr auf die Entbehrlichkeit der Abnahme vor dem Hintergrund des ihrer Meinung jetzt bestehenden Abrechnungsverhältnisses beruft. Würde man ihrer Rechtsauffassung folgen, was der Senat nicht tut, bestünde kein Rechtsschutzbedürfnis für die Klage auf Abnahme mehr.

### **16 2.** Zahlungsanspruch

Der geltend gemachte Zahlungsanspruch ist unbegründet, da der Klägerin aufgrund Unwirksamkeit der Fälligkeitsstaffel des Vertrages derzeit kein fälliger Anspruch auf Bauträgervergütung zusteht.

**17** Die mit den handschriftlichen Nr. 6 und 7 versehenen Fälligkeitsklauseln/Raten in § 4 Nr. 3 des Bauträgervertrages sind wegen Verstoßes gegen § 3 Abs. 2, § 12 MaBV i. V. m. § 134 BGB nichtig.

### **18 a)** Unwirksamkeit der Rate 6

Die Unwirksamkeit der Ratenzahlungsregelung Nr. 6 ergibt sich vor dem Hintergrund von § 4 Nr. 3 und § 5 Nr. 2 des Bauträgervertrages.

**19** Gemäß § 3 Abs. 2 MaBV kann der Bauträger Zahlung einer Rate „nach Bezugsfertigkeit und Zug um Zug gegen Besitzübergabe“ verlangen; er kann diese Rate mithin nur fordern, wenn das Objekt bezugsfertig ist und wenn er gleichzeitig den Besitz einräumt. Bezugsfertigkeit liegt im Bauwesen nach allgemeiner Meinung vor, wenn ein Bauobjekt ohne Gefahr für die Sicherheit und Gesundheit ihrer Bewohner auf Dauer bewohnt werden kann. Sie ist nicht gleichzusetzen mit Abnahmereife.

**20** § 4 Nr. 3 des Bauträgervertrages (Seite 11) sieht eine Fälligkeit der Rate 6 „nach Bezugsfertigkeit unverzüglich nach Besitzübergabe und Fertigstellung der Fassadenarbeiten“ vor, steht als solches mithin im Einklang mit § 3 Abs. 2 MaBV.

**21** Der Begriff der Besitzübergabe wird in § 5 Nr. 2 des Bauträgervertrages (Seite 13) dann aber nochmals aufgegriffen. Unter der Zwischenüberschrift „Besitzübergabe“ heißt es dort:

„Nach der Abnahme des Sondereigentums erfolgt unverzüglich gegen Zahlung der entsprechenden Kaufpreistrate die Besitzübergabe. Lasten sowie die mit dem Vertragsobjekt verbundene Haftung und Verantwortung gehen bereits mit der Abnahme des Sondereigentums auf den Erwerber über. Die Gefahr des zufälligen Untergangs und der zufälligen Verschlechterung geht für abgenommene Teile des Vertragsobjektes jeweils mit der Abnahme über.“



§ 5 Nr. 2 bestimmt – abgesehen von dem Lasten-, Haftungs- und Verantwortungsübergang auf den Erwerber mit der Abnahme und vor Besitzübergang – mithin, dass die Abnahme des Sondereigentums Voraussetzung für die Besitzübergabe ist. Eine Abnahme ist ein Mehr gegenüber der bloßen Besitzübertragung, da sie „die körperliche Entgegennahme im Rahmen der Besitzübertragung, verbunden mit der Anerkennung des Werks als in der Hauptsache vertragsgemäß“ beinhaltet (*Kniffka*, Bauvertragsrecht, § 640 BGB Rdnr. 3; *Palandt/Sprau*, § 640 BGB Rdnr. 3). Sie ist nicht nur, wie die Klägerin ausführt, „die vertragliche Anerkennung eines Zustandes eines Bauvorhabens, der der Bezugfertigkeit entspricht“.

**22** Fraglich ist, in welchem Verhältnis § 4 Nr. 3 und § 5 Nr. 2 des Bauträgervertrages stehen. Bei der Ermittlung des Vertragsinhalts ist dabei auf den objektiven Empfängerhorizont eines juristischen Laien abzustellen. Für diesen drängt sich ein inhaltlicher Zusammenhang zwischen § 4 Nr. 3 und § 5 Nr. 2 des Bauträgervertrages auf. Der Begriff der Besitzübergabe findet sich in § 4 Nr. 3, wenig später wird diesem unter der Überschrift „Besitzübergabe“ ein eigenes Kapitel gewidmet. Eine Interpretation dahin gehend, dass die Fälligkeit der Rate 6, der sog. Bezugfertigkeit, über die Vorgaben des § 3 Abs. 2 MaBV hinaus nicht nur an die Zug um Zug zu erfolgende Besitzübergabe, sondern zusätzlich an die von dem Erwerber vorab zu erklärende Anerkennung des Sondereigentums als in der Hauptsache vertragsgemäß geknüpft ist, liegt damit überaus nahe. Damit ginge gegenüber § 3 Abs. 2 MaBV eine Verschärfung der Fälligkeitsvoraussetzungen und eine gewichtige Beschränkung der Bauträgerpflicht im Sinn von § 12 MaBV einher, denn dem Erwerber wird zugemutet das Sondereigentum abzunehmen (dass eine gesonderte Abnahme des Sondereigentums grundsätzlich verlangt werden kann, steht hier nicht in Frage), bevor er noch den Besitz daran erlangen kann. Im Zusammenhang mit der Rate 6 soll eine vorherige Abnahme des Sondereigentums erzwungen werden, da es andernfalls keine Besitzübergabe gibt.

**23** Selbst wenn man der soeben dargestellten Vertragsauslegung nicht folgen wollte, bleibt zumindest unklar, wie das Verhältnis zwischen § 4 Nr. 3 und § 5 Nr. 2 Bauträgervertrag zu verstehen ist. Unstreitig wurden jedenfalls die auf Seite 11 des Bauträgervertrages aufgeführten Ratenklauseln von der Klägerin in Mehrfachverwendungsabsicht gestellt. Demzufolge gehen Unklarheiten bei der Auslegung zulasten des Verwenders, § 305c Abs. 2 BGB, sodass auf die verwenderfeindlichste Interpretation abzustellen ist.

#### **24 b) Unwirksamkeit der Rate 7**

§ 4 Nr. 3 des Bauträgervertrages (Seite 11) sieht eine Fälligkeit einer Rate Nr. 7 vor, „sobald das Werk ohne wesentliche Mängel, d. h. abnahmefähig, hergestellt ist und soweit dies rechtzeitig erfolgt ist“. Eine solche Rate ist in § 3 Abs. 2 MaBV nicht vorgesehen und schon deshalb unzulässig. Die MaBV erlaubt dem Bauträger nirgends, eine vorletzte Rate zu vereinbaren, die an das Merkmal der „rechtzeitigen Abnahmefähigkeit“ geknüpft ist. Deshalb kann auch offen bleiben, wie die offensichtlich unklare und auslegungsbedürftige Rate im Einzelnen zu verstehen ist und ob sie einer sinnvollen Auslegung überhaupt zugänglich ist. Das seitens des Streithelfers vorgetragene Verständnis von dem Begriff der Abnahmefähigkeit („Bezugsfer-

tigkeit heißt Abnahmefähigkeit, also Herstellung ohne wesentliche Werkmängel“) ist eine denkbare Auslegung. Dieses zumindest erstaunliche Verständnis bestätigt allerdings die im Zusammenhang mit Rate Nr. 6 aufgezeigte Unklarheit und zeigt eine weitere, den Erwerber benachteiligende Abweichung der Klausel Nr. 6 von § 3 Abs. 2 MaBV auf, wenn seitens des Verwenders der dort verwandte Begriff der Bezugfertigkeit eng angelehnt an den Begriff der Abnahme verstanden wird.

**25** Die Befugnis, eine solche Rate aufzunehmen, ergibt sich auch nicht aus § 632a Abs. 3 Satz 1 BGB. § 632a BGB findet auf Bauverträge, die dem Anwendungsbereich der MaBV unterliegen, keine Anwendung. Der Bauträger darf, soweit er – wie hier – dem Anwendungsbereich der MaBV unterfällt, in Abweichung von den allgemeinen Fälligkeitsregelungen Zahlungen von dem Erwerber nur unter den Voraussetzungen der §§ 3 und 7 MaBV entgegennehmen (BGH, Urteil vom 22.3.2007, VII ZR 268/05, Rdnr. 28). In § 4 Nr. 3 des Bauträgervertrages wird bei der Rate Nr. 7 auch nicht etwa eine „Erfüllungsbürgschaft gemäß § 632a Abs. 3 BGB in Höhe von 5 % der Gesamtvergütung“ geregelt, sondern es werden nach dem Wortlaut des Vertrages Baufortschrittsraten für den Restkaufpreis „entsprechend den Bestimmungen der Makler- und Bauträgerverordnung“ verlangt.

#### **26 c) Folge der Unwirksamkeit der Raten 6 und 7**

Weicht der Bauträgervertrag zuungunsten des Erwerbers von der Ratenregelung des § 3 Abs. 2 MaBV ab, hat dies die Unwirksamkeit der gesamten Ratenregelung (nicht des ganzen Bauträgervertrages) zur Folge (*Kniffka/Koebke*, Kompendium des Baurechts, 11. Teil Rdnr. 514).

**27** Hinsichtlich der Rate 6 ist noch anzumerken: Da zwischen § 4 Nr. 3 und § 5 Nr. 2 des Bauträgervertrages, jedenfalls bei einer sehr nahe liegenden und denkbaren Auslegung, ein untrennbarer Zusammenhang besteht, scheidet die vom Streithelfer vorgetragene Annahme einer alleinigen Unwirksamkeit der in § 5 Nr. 2 statuierten Abnahmepflicht vor Besitzübergabe aus, da eine insoweit geltungserhaltende Reduktion nach höchstrichterlicher Rechtsprechung nicht zulässig ist.

**28** An die Stelle der nichtigen Vereinbarung tritt nach herrschender Meinung und ständiger Rechtsprechung des BGH (BGH, Urteil vom 22.3.2007, VII ZR 268/05, Rdnr. 17 ff.; *Kniffka*, Bauvertragsrecht, § 632a BGB Rdnr. 118) § 641 BGB, sodass erst mit Abnahme Zahlung der Gesamtvergütung verlangt werden kann.

**29** Die Klägerin kann die eingeklagten Raten auch nicht deshalb einfordern, weil sich ihrer Auffassung nach der Bauträgervertrag nunmehr „im Abwicklungsstadium“ befinde und mithin das Erfordernis der Abnahme hinfällig sei. Sie beruft sich insoweit auf die von der Rechtsprechung geschaffene Figur des sog. Abrechnungsverhältnisses, mit der man auch außerhalb des § 641 Abs. 1 BGB zur Fälligkeit der Werklohnforderung gelangen kann. Erstmals in einer Entscheidung aus dem Jahr 1978 (BGH, NJW 1979, 549, 550) hat der BGH dieses Konstrukt in einem Fall geschaffen, in dem ein Auftragnehmer statt der ursprünglichen Mängelbeseitigung zu einer Schadensersatzforderung übergegangen war. Deshalb hätte jetzt eine „endgültige Abrechnung über die Bauleistung der Klägerin und

den Schadensersatzanspruch der Beklagten stattzufinden. Auf die Frage, ob die Abnahme der Werkleistung Fälligkeit voraussetzung für den Vergütungsanspruch des Auftragnehmers sei, kommt es nicht an“. Auf die vorliegende Fallkonstellation ist diese Überlegung des BGH jedenfalls nicht übertragbar. Vorgelegt wird ein Protokoll der Eigentümerversammlung vom 14.9.2016 (...), wo unter TOP 9 c und d beschlossen wurde, dass der Klägerin eine Frist zur Bezahlung eines Mängelbeseitigungsvorschusses gestellt und dieser ggfs. eingeklagt werden soll. Ein Abrechnungsverhältnis, wie auch immer man das genau definieren möchte, ist dadurch sicher nicht entstanden, denn erstens wurde noch kein Kostenvorschuss gefordert und zweitens kann der Besteller von einem etwaigen Begehren nach Kostenvorschuss im Gegensatz zu den Sekundarrechten, die im vom BGH entschiedenen Fall inmitten standen, jederzeit abgehen und stattdessen noch Nacherfüllung verlangen (Palandt/*Sprau*, § 643 BGB Rdnr. 4; Schmid/*Senders*, NZBau 2016, 474, 475).

(...)

#### ANMERKUNG:

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

Das Urteil des OLG München ist im Ergebnis wohl richtig, die rechtlichen Begründungen darin sind aber teilweise frei erfunden, teilweise schlicht abwegig. Wären die Kernaussagen des Urteils richtig, müssten die bislang gängigen Bauträgervertragsmuster angepasst und die bisherige Praxis der Übergabe und Abnahme von Bauwerken grundlegend geändert werden. Im Einzelnen:

#### 1. Sachverhalt

Der dem Urteil zugrunde liegende Sachverhalt kommt in der Praxis des Bauträgervertragsrechts fast täglich vor. Ein Bauträger behauptet, dass die verkaufte Eigentumswohnung bezugsfertig und abnahmereif sei. Die Bezugsfertigkeitsrate sei fällig. Der Käufer verweigert wegen behaupteter Mängel am Gemeinschaftseigentum jedenfalls die Abnahme des Gemeinschaftseigentums. Auch ist der Käufer nicht bereit, wegen der behaupteten Mängel am Gemeinschaftseigentum die Bezugsfertigkeitsrate zu zahlen. Der Bauträger klagt auf Abnahme des Gemeinschaftseigentums sowie auf Zahlung der Bezugsfertigkeitsrate. Das Sondereigentum selbst war – hier ist der Sachverhalt etwas unklar – wohl bereits abgenommen und bezugsfertig.

Der Bauträgervertrag enthält im vorliegenden Fall einen Ratenplan, der wörtlich § 3 Abs. 2 MaBV wiedergibt. In Abweichung zur MaBV wurde für die siebte (und vorletzte!) Rate jedoch vereinbart, dass diese fällig ist,

„sobald das Werk ohne wesentliche Mängel, d. h. abnahmefähig, hergestellt ist und soweit dies rechtzeitig erfolgt ist“.

Unter der Überschrift „Besitzübergabe“ sieht der Bauträgervertrag des Weiteren eine Klausel vor, die sich wohl so oder ähnlich in nahezu jedem Bauträgervertrag wiederfindet:

„Nach der Abnahme des Sondereigentums erfolgt unverzüglich gegen Zahlung der entsprechenden Kaufpreisrate die Besitzübergabe.“

#### 2. Entscheidung des Gerichts

Die Klage auf Abnahme des Gemeinschaftseigentums wurde als unbegründet abgewiesen. Es gab unstreitig noch Mängel am Gemeinschaftseigentum in Höhe von mindestens 30.800 €. Nach Ansicht des Gerichts seien diese Mängel „wesentlich und stünden einer Abnahme entgegen“. Dass das Vertragsobjekt im vorliegenden Fall „gebrauchstauglich“ sei, spielt nach Ansicht des OLG keine Rolle. Die Argumentation des Gerichts an dieser Stelle ist etwas dürftig,<sup>1</sup> weil nach derzeit wohl herrschender Meinung die Abnahmefähigkeit eines Objekts nicht pauschal von der Höhe der Mängelbeseitigungskosten abhängig gemacht werden darf.<sup>2</sup> Nach der Rechtsprechung des BGH ist ein Mangel – egal, ob am Gemeinschafts- und/oder Sondereigentum – unwesentlich (im Sinne des § 640 Abs. 1 Satz 2 BGB), wenn er

„unter Abwägung der beiderseitigen Interessen so weit an Bedeutung zurücktritt, dass es für den Besteller zumutbar ist, die zügige Abwicklung des Vertragsverhältnisses nicht länger aufzuhalten“.<sup>3</sup>

Bei der danach vorzunehmenden Bewertung sind die gesamten Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen, insbesondere Art, Umfang und Auswirkung des Mangels.<sup>4</sup> Feste Beträge von Mängelbeseitigungskosten als Grenze bei der Frage der Wesentlichkeit von Mängeln aufzustellen, verbietet sich.<sup>5</sup> Auch längere Mängellisten alleine stehen einer Abnahmefähigkeit nicht grundsätzlich entgegen;<sup>6</sup> mehrere unwesentliche Mängel können jedoch in der Gesamtschau einen wesentlichen Mangel begründen.<sup>7</sup> Letztlich hätte das Gericht feststellen müssen, ob die Nutzbarkeit des Vertragsobjekts durch die Mängel mehr als nur unerheblich beeinträchtigt ist.<sup>8</sup> Auch darf die Sicherheit des Werkes und der Bewohner durch die Mängel nicht gefährdet sein. Hier ist der Sachverhalt etwas zu ungenau mitgeteilt, als dass eine Subsumtion möglich wäre. Gleichwohl sollte man den Bo-

1 So auch *Bolz*, IBR 2018, 318.

2 So auch *Pause*, Bauträgerkauf, 6. Aufl. 2017, Rdnr. 577 m. w. N.

3 BGH, Urteil vom 26.2.1981, VII ZR 287/79, NJW 1981, 1448. Ähnlich *Basty*, Bauträgervertrag, 9. Aufl. 2017, Rdnr. 1003; Palandt/*Sprau*, 77. Aufl. 2018, § 640 BGB Rdnr. 12; *Pause*, Bauträgerkauf, Rdnr. 577.

4 Vgl. hierzu BGH, Urteil vom 30.4.1992, VII ZR 185/90, NJW 1992, 2481; BGH, Urteil vom 26.2.1981, VII ZR 287/79, NJW 1981, 1448; vgl. auch MünchKomm-BGB/*Busche*, 7. Aufl. 2018, § 640 BGB Rdnr. 13.

5 So auch *Bolz*, IBR 2018, 318; *Pause*, Bauträgerkauf, Rdnr. 577.

6 So auch KG, Urteil vom 22.12.2011, VII ZR 85/11, IBR 2013, 139; *Bolz*, IBR 2018, 318; a. A. OLG München, Urteil vom 15.1.2008, 13 U 4378/07, IBR 2009, 78.

7 Vgl. OLG Hamm, Urteil vom 16.12.2003, 21 U 102/03, BauR 2004, 1459; so auch *Basty*, Bauträgervertrag, Rdnr. 1003; *Pause*, Bauträgerkauf, Rdnr. 577.

8 Vgl. zu diesem Kriterium BeckOK-BGB/*Voit*, Stand: 1.5.2018, § 640 Rdnr. 23; Palandt/*Sprau*, § 640 BGB Rdnr. 9; MünchKomm-BGB/*Busche*, § 640 Rdnr. 13.

gen auch nicht überspannen; die Verbraucher zahlen hohe Kaufpreise und haben daher grundsätzlich Anspruch auf ein mangelfreies Werk.<sup>9</sup>

In diesem Zusammenhang soll noch auf folgende zwei Punkte kurz hingewiesen werden: Erstens ist eine getrennte Abnahme von Sonder- und Gemeinschaftseigentum rechtlich zulässig. Auch kann die Abnahme des Gemeinschaftseigentums auf einzelne Teilabnahmen aufgespalten werden (zum Beispiel Abnahme des Bauwerks ohne Außenanlagen).<sup>10</sup> Zweitens darf der Begriff der Abnahmereife nicht mit dem Begriff der Bezugsfertigkeit verwechselt werden. Bezugsfertig ist das Objekt, wenn der Käufer ohne Gefahren einziehen und ohne wesentliche Beeinträchtigungen die Nutzung aufnehmen kann,<sup>11</sup> mag das Bauwerk bzgl. Gemeinschaftseigentum und/oder Sondereigentum auch noch nicht vollständig fertig sein. Abnahmefähigkeit heißt dagegen, dass das jeweilige Bauwerk insgesamt im Wesentlichen vertragsgemäß errichtet worden ist. Beide Begriffe überschneiden sich, sind aber nicht kongruent. Ebenfalls nicht deckungsgleich sind die Begriffe Abnahmereife und vollständige Fertigstellung im Sinne des § 3 Abs. 2 MaBV.<sup>12</sup> Ein Werk ist nach wohl herrschender Meinung erst dann vollständig fertiggestellt, wenn es abnahmereif ist und die bei der Abnahmeverhandlung aufgenommenen Protokollmängel beseitigt sind.<sup>13</sup>

### 3. Aussagen des Gerichts zum Ratenplan

Das Urteil ist aber nicht bzgl. der Frage der Abnahmereife des Vertragsobjektes so interessant, sondern wegen dessen Aussagen zur Wirksamkeit des Ratenplans.

Der Bauträger begehrte die Zahlung der Bezugsfertigkeitsrate. Bezugsfertigkeit bestehe – so richtig das OLG und vorstehend bereits dargelegt –, wenn das Bauobjekt ohne Gefahr für die Sicherheit und Gesundheit ihre Bewohner auf Dauer bewohnt werden kann. Einwände gegen die Bezugsfertigkeit der Wohnung gab es im vorliegenden Fall nicht. Das Gericht ersparte sich gleichwohl die genauere Prüfung der behaupteten Mängel (deren doppelte bzw. dreifache Behebungskosten dann von der Bezugsfertigkeitsrate hätten abgezogen werden können),<sup>14</sup> sondern urteilte, dass die Bezugsfertigkeitsrate schon deshalb nicht fällig sei, weil der gesamte Ratenplan wegen Verstoßes gegen § 12 MaBV nichtig und der Werklohn damit gemäß § 641 Abs. 1 BGB erst nach vollständiger Fertigstellung und Abnahme zu zahlen sei.

Die Nichtigkeit ergebe sich daraus, dass die Vereinbarungen zum Besitzübergang im Bauträgervertrag in den Ratenplan hineingelesen werden müsse. Damit würde die Bezugsfertigkeitsrate entgegen § 3 Abs. 2 MaBV unzulässigerweise mit der Abnahmepflicht gekoppelt; der Ratenzahlungsplan sei damit nach § 12 MaBV i.V.m. § 134 BGB insgesamt nichtig.

Diese Ausführungen des Gerichts sind geradezu frei erfunden. § 12 MaBV enthält zwar tatsächlich ein Verbot, welches bei Verstoß dagegen über § 134 BGB auf den Ratenplan durchschlägt. Hätte das Gericht den Wortlaut des § 12 MaBV jedoch genau gelesen, hätte es erkennen können, dass nach § 12 MaBV der Bauträger lediglich „seine Verpflichtungen (...) weder ausschließen noch beschränken“ darf. § 3 Abs. 2 MaBV enthält ein Verbot des Bauträgers, Zahlungen des Käufers anzunehmen, für die der jeweilige Bautenstand noch nicht erreicht ist. § 3 Abs. 2 MaBV enthält jedoch kein Verbot, diese Zahlungspflicht des Käufers zugunsten des Käufers hinauszuschieben. In einem Bauträgervertrag kann also entgegen § 3 Abs. 2 MaBV sehr wohl vereinbart werden, dass zum Beispiel die erste Rate nach Beginn der Erdarbeiten, aber nicht vor dem ... (Datum) zu zahlen ist. Auch kann zum Beispiel die Zahlungspflicht der Rate für den Fenstereinbau von der Voraussetzung abhängig gemacht werden, dass der Käufer den Fenstereinbau abnimmt. Es kann also entgegen der Ansicht des OLG jederzeit vereinbart werden, dass die Bezugsfertigkeitsrate erst Zug um Zug mit Besitzübergabe und Abnahme des Werkes fällig wird. In diesem Fall erhält der Bauträger die Bezugsfertigkeitsrate eben erst später mit Abnahme.

Die MaBV enthält im Übrigen ausschließlich öffentlichrechtliche<sup>15</sup> Bestimmungen bzgl. der Frage der Zahlungspflichten im Bauträgervertragsrecht. Abnahme und Übergabe eines Bauwerks sind rein zivilrechtliche Fragen, die ausschließlich im BGB geregelt sind und nicht von der MaBV behandelt werden.<sup>16</sup> Der MaBV würde im Übrigen auch die Rechtsgrundlage für die Regelung rein zivilrechtlicher Fragen fehlen, da § 34c Abs. 3 GewO einen abschließenden Katalog von Inhalt, Zweck und Ausmaß der MaBV enthält. § 3 Abs. 2 MaBV hat den alleinigen Zweck, das Vermögen des Käufers vor voreiligen Zahlungen (an den möglicherweise später insolvent werdenden Bauträger) zu schützen.<sup>17</sup> Eine Klausel, welche die Fälligkeit der Bezugsfertigkeitsrate an die Abnahme des Sondereigentums knüpft, kann also wegen dieser Koppelung gar nicht gegen § 3 Abs. 2 MaBV verstoßen, weil die MaBV hierzu gar keine Vorgaben macht und wegen Art. 80 Abs. 1 GG auch gar nicht machen darf. Im Übrigen

9 Ähnlich BeckOK-BGB/Voit, § 640 Rdnr. 22 m. w. N.

10 Nun gesetzlich geregelt, vgl. § 641 BGB.

11 Vgl. hierzu auch Nr. 3.3.2.1. Abs. 2 MaBVwV; vgl. hierzu instruktiv Grziwotz/Bischoff, MaBV, 3. Aufl. 2017, § 3 Rdnr. 169; Pause, Bauträgerkauf, Rdnr. 314.

12 Der Begriff der Fertigstellung i. S. d. § 650u Abs. 1 Satz 2 BGB meint dagegen wohl Abnahmereife; kleinere Restarbeiten sind unschädlich. Str., vgl. hierzu Weber, notar 2017, 384 f.

13 Zum Ganzen DNotI-Rep. 1995, 3; Basty, Bauträgervertrag, Rdnr. 531; Pause, Bauträgerkauf, Rdnr. 336.

14 Im Einzelfall ist streitig, ob der doppelte oder der dreifache Betrag zurückbehalten werden kann; vgl. hierzu ausführlich Basty, Bauträgervertrag, Rdnr. 549; Grziwotz/Bischoff, MaBV, § 3 Rdnr. 141.

15 Über § 650v BGB i. V. m. § 1 HausbauVO ist § 3 Abs. 2 MaBV auch für den Bauträgervertrag relevant; der Regelungszweck ändert sich damit aber selbstverständlich nicht.

16 So ausdrücklich auch Blank, MittBayNot 2017, 371, 373, und Grziwotz/Kooble/Riemenschneider, Handbuch Bauträgerrecht, 1. Aufl. 2004, 3. Teil Rdnr. 581.

17 Vgl. Grziwotz/Grziwotz, MaBV, Einl. Rdnr. 17, § 3 Rdnr. 15; Grziwotz/Everts, MaBV, § 1 Rdnr. 1 ff.

stellen die derzeit gängigen Bauträgervertragsmuster,<sup>18</sup> die wie im vorliegenden Fall auch die Fälligkeit der Bezugsfertigkeitsrate mit der Abnahme verknüpfen, ohnehin nur die Grundregel des § 641 Abs. 1 Satz 1 BGB wieder her,<sup>19</sup> die besagt, dass im Werkvertragsrecht die Zahlung erst nach Abnahme zu leisten ist. § 632a BGB a. F. bzw. § 650v BGB n. F. erlaubt die Einforderung von Raten vor Abnahme des jeweiligen Gewerks, verpflichtet den Bauträger aber selbstverständlich nicht dazu.

Kurzum, der Ratenzahlungsplan ist nicht deshalb nichtig, weil die Bezugsfertigkeitsrate mit der Abnahmepflicht verknüpft wird. Der Ratenplan ist im vorliegenden Fall aber wohl deshalb nichtig – und das Urteil des OLG München im vorliegenden Fall daher im Ergebnis richtig –, weil nach den Bestimmungen des Bauträgervertrages die siebte Rate entgegen § 3 Abs. 2 MaBV nicht erst bei „vollständiger Fertigstellung“, sondern bereits mit „Abnahmefähigkeit“ (gemeint war „Abnahmereife“) des Bauwerks fällig gewesen wäre. Eine solche Rate kennt die MaBV aber nicht. Abnahmereife und vollständige Fertigstellung sind, wie bereits angemerkt, nicht deckungsgleich.<sup>20</sup> Nach § 650g Abs. 4 BGB, der über § 650u Abs. 1 Satz 2 BGB auf Bauträgerverträge Anwendung findet, ist die letzte Rate also erst mit vollständiger Fertigstellung sowie Abnahme<sup>21</sup> und Stellen einer Schlussrechnung<sup>22</sup> fällig. Schlicht falsch und kaum verzeihlich ist in diesem Zusammenhang die Aussage des Gerichts in Rdnr. 35 des Urteils, dass der Sicherheitseinbehalt des § 632a Abs. 3 Satz 1 BGB a. F. bzw. § 650m Abs. 2 i. V. m. § 650u Abs. 2 BGB (i. V. m. § 1 Satz 3 HausbauVO) nicht auf Bauträgerverträge, für die die MaBV gelte, anwendbar sei. Diese Ansicht vertritt außer dem OLG München keiner und wurde vom Gesetzgeber in § 1 Satz 3 HausbauVO auch

ausdrücklich anders geregelt.<sup>23</sup> Falsch ist auch die Aussage des Gerichts, dass dieser Sicherheitseinbehalt nicht in den allgemeinen Ratenzahlungsplan integriert werden könne. Der Verfasser würde in der Praxis aber raten, den Sicherheitseinbehalt vorsicherhalber in einem separaten Passus zu regeln. Im vorliegenden Fall hat der Versuch, diesen Sicherheitseinbehalt als Rate sieben von acht in den allgemeinen Ratenplan zu integrieren, dazu geführt, dass der Ratenplan insgesamt unwirksam ist.

#### 4. Zulässigkeit von Regelungen zum Besitzübergang

Vom Aspekt der Nichtigkeit des Ratenplans klar zu unterscheiden ist die vom OLG München indirekt aufgeworfene, aber im vorliegenden Fall nicht streitrelevante Frage, ob der Besitzübergang von der Abnahme des Werkes abhängig gemacht werden darf. Nach angedeuteter Ansicht des OLG wäre dies unzulässig, weil eine Verknüpfung stets den Ratenplan zerstören würde. Auch wenn mit vorstehender und wohl allgemein – bis auf das OLG München – vertretener Meinung der Ratenplan zulässig ist, heißt das noch nicht, dass die Verknüpfung von Abnahme und Besitzübergabe zulässig ist. Wie vorstehend bereits dargestellt, regelt die MaBV diese Problematik nicht; diese Frage ist daher einzig und allein anhand der Bestimmungen des BGB zu klären:<sup>24</sup>

a) Nach § 640 BGB ist das Werk abzunehmen, wenn es abnahmereif ist. Abnahmereif ist das Werk, wenn es im Wesentlichen vertragsgemäß errichtet wurde. Die Abnahme ist eine Hauptpflicht des Käufers.<sup>25</sup> Nach derzeit wohl herrschender Ansicht<sup>26</sup> hat die Abnahme zwei Komponenten: Die Abnahme eines Werkes setzt 1. die körperliche Entgegennahme des vom Unternehmer hergestellten Werkes voraus und 2. die damit verbundene Erklärung des Bestellers, dass er das Werk als in der Hauptsache vertragsgerecht erbracht anerkenne. Neuerdings wird die Frage aufgeworfen, ob der Bauträger die Abnahme überhaupt vor Schlüsselübergabe verlangen kann. Eine wirksame Abnahme setze gerade die vorherige Schlüsselübergabe voraus, weil sich der Käufer nur so von der Vertragsgemäßheit des Werkes überzeugen könne.<sup>27</sup>

Es ist schon fraglich, ob diese Aufteilung der Abnahme in Besitzeinräumung und rechtlicher Erklärung überhaupt richtig ist. Zu befürworten wäre wohl ein Mittelweg. Der Käufer muss selbstverständlich die Möglichkeit haben, das Werk vor Abnahme ausführlich zu inspizieren. Die setzt aber nicht

18 Vgl. statt vieler Würzburger Notarhandbuch/*Hertel*, 5. Aufl. 2018, Teil 2 Kap. 3 S. 852; Beck'sche Online-Formulare Vertrag/*Barber*, 46. Edition 2018, Ziffer 8.2.1.; ähnlich Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht/*Gebele*, 12. Aufl. 2016, B 6; *Basty*, Bauträgervertrag, S. 525; *Grziwotz/Koebler/Riemenschneider*, Handbuch Bauträgerrecht, 3. Teil Rdnr. 581; *Kersten/Bühling/Wolfsteiner*, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 24. Aufl. 2014, § 33 S. 616.

19 *Riemenschneider* verlangt sogar zwingend die Abnahme vor Fälligkeit spätestens bei der letzten Rate, vgl. *Grziwotz/Koebler/Riemenschneider*, Handbuch Bauträgerrecht, 3. Teil Rdnr. 581; ihm nun zustimmend auch *Pause*, Bauträgerkauf, Rdnr. 337.

20 Vgl. im Einzelnen hierzu *Pause*, Bauträgerkauf, Rdnr. 334 f.; siehe auch Fn. 13.

21 Str. ist, ob für die Fälligkeit der Schlussrate eine vorherige Abnahme Pflicht ist; dafür: *Blank*, MittBayNot 2017, 371, 373; *Grziwotz/Koebler/Riemenschneider*, Handbuch Bauträgerrecht, 3. Teil Rdnr. 581; *Pause*, Bauträgerkauf, Rdnr. 337; dagegen: *Basty*, Bauträgervertrag, Rdnr. 546.

22 Str. ist, ob eine Schlussrechnung im Bauträgervertragsrecht überhaupt erforderlich ist; dafür: *Karczewski*, IBR 2018, 265, dagegen *Basty*, Bauträgervertrag, Rdnr. 547; *ders.*, MittBayNot 2017, 445, 448; *Weber*, notar 2017, 388. Da es im Bauträgervertragsrecht in der Praxis häufig aber auch zu Sonderwünschen kommt, ist das Stellen einer Schlussrechnung nach Ansicht des Verfassers zumindest sinnvoll. So wie hier auch *Pause*, Bauträgerkauf, Rdnr. 337a.

23 Wohl allg. Meinung, vgl. BT-Drucks. 18/8486, S. 73. Vgl. statt vieler *Basty*, Bauträgervertrag, Rdnr. 454 ff.; *Pause*, Bauträgerkauf, Rdnr. 201 ff.; *Weber*, notar 2017, 387.

24 So im Übrigen auch LG München I, Beschluss vom 23.6.2016, 11 O 10314/16, MittBayNot 2017, 371.

25 Vgl. BGH, Urteil vom 23.2.1989, VII ZR 89/87, BGHZ 107, 75, 77. Vgl. auch *Basty*, Bauträgervertrag, Rdnr. 997.

26 Vgl. statt vieler *Basty*, Bauträgervertrag, Rdnr. 997; *Pause*, Bauträgerkauf, Rdnr. 576.

27 LG München I, Beschluss vom 23.6.2016, 11 O 10314/16, IBR 2017, 437; so wohl auch *Pause*, Bauträgerkauf, Rdnr. 578, 591.

die Übergabe des Schlüssels voraus. Erst mit Schlüsselübergabe ist die Abnahme aber dann vollendet.<sup>28</sup>

b) Sollte man das anders sehen, stellt sich die Frage, ob der Bauträger im Bauträgervertrag die Übergabe des Schlüssels von der Abnahme abhängig machen darf.<sup>29</sup> Eine solche Vereinbarung, die sich standardmäßig in den allermeisten Bauträgerverträgen<sup>30</sup> findet, muss sich an § 307 BGB – und eben nicht an § 3 Abs. 2 MaBV – messen lassen. Hier ist schon zweifelhaft, ob überhaupt eine Abweichung vom gesetzlichen Leitbild vorliegt, weil § 640 Abs. 1 Satz 1, § 641 BGB Abnahme und Vergütungsanspruch miteinander verknüpft. Selbst wenn man eine Abweichung von einem gesetzlichen Leitbild – welches auch immer – annähme, liegt ein Verstoß gegen § 307 BGB aber nicht bereits dann vor, wenn eine vertragliche Vereinbarung für den Verbraucher nachteilig ist, sondern die Klausel muss unter Berücksichtigung der Interessen von Käufer und Verkäufer und deren Abwägung zu einer nicht mehr begründbaren, einseitigen Lastenverteilung zugunsten des Unternehmers führen.<sup>31</sup>

Der Käufer hat mit Sicherheit ein Interesse, möglichst rasch in die neue Wohnung einziehen zu können. Der Bauträger hat wegen des Beginns der Gewährleistungsfristen ein großes Interesse daran, dass der Käufer so früh wie rechtlich zulässig die Abnahme erklärt. Keine der beiden Interessenslagen überwiegt. Der Bauträger kann auf Abnahme klagen, der Käufer hat ohnehin einen Besitzzeineräumungsanspruch erst nach Ablauf der vereinbarten Bauzeit.<sup>32</sup> Danach ist er über das Verzugsrecht geschützt. Entscheidend dürfte nach vorliegender Auffassung sein, dass nach § 644 Abs. 1 Satz 1 BGB der Unternehmer bis zur Abnahme die Gefahr sowie die Beweislast für die Mangelfreiheit trägt. Hätte der Verbraucher vor Abnahme aber ein Recht auf Schlüsselübergabe, würde sich dann bis zur Abnahme die Streitfrage stellen, wer nach Schlüsselübergabe aufgetretene Mängel zu vertreten hat. Dazu kommt, dass Bauträger ein praktisches Abwicklungsproblem hätten, wenn bei aufgetretenen Mängeln diese nach erfolgter Schlüsselübergabe noch abgearbeitet werden müssten, weil Termine dann mit einer Vielzahl von Käufern abgestimmt werden müssten, was wiederum die Behebung der Mängel verzögerte. Schließlich handelt der Verbraucher wohl widersprüchlich, wenn er die Abnahme des Sondereigentums verweigert, die Wohnung also als nicht im Wesentlichen vertragsgemäß einstuft, aber gleichwohl den Schlüssel haben möchte. Kurzum, der Bauträger hat entgegen der Ansicht des OLG sehr wohl das

Recht, mit (nicht vor)<sup>33</sup> Besitzübergabe die Abnahme zumindest des Sondereigentums zu verlangen.<sup>34</sup> Man sollte sich auch nochmals vor Augen führen, dass die Abnahme eine Hauptpflicht des Käufers ist; der Bauträger würde bei Besitzzeineräumung vor Abnahme ein wesentliches Sicherungsmittel aus der Hand geben. Zu einer solchen Vorleistung ist er aber nicht verpflichtet und ist im Gesetz auch nicht vorgeesehen (vgl. § 640 Abs. 1 Satz 1, § 641 BGB).<sup>35</sup>

Schließlich ist noch streitig, ob der Bauträger die Übergabe auf den Zeitpunkt der vollständigen Fertigstellung hinauszögern darf, obgleich die Wohnung schon bezugsfertig und abgenommen ist.<sup>36</sup>

## 5. Fazit

Ein Ratenzahlungsplan ist entgegen der Ansicht des OLG München nicht deshalb nichtig, weil die Fälligkeit von einzelnen Raten von der vorherigen Abnahme des Bauwerks abhängig gemacht wird. Der Bauträger ist zudem auch nicht verpflichtet, den Besitz des Vertragsobjektes zumindest vor Abnahme des Sondereigentums durch den Verbraucher zu übergeben. Das OLG München entwickelt in neuerer Zeit gehäuft Ideen, die der gegenwärtigen Praxis komplett zuwiderlaufen und sogar zu mehr Problemen bei der Abwicklung von Verträgen führen.<sup>37</sup> Wünschenswert wäre es, wenn der BGH auch bzgl. der Frage der Wirksamkeit von Ratenzahlungsplänen zeitnah die Gelegenheit zur Stellungnahme erhalten würde. Das vorliegende Urteil hängt wie ein Damoklesschwert über tausenden von Bauträgerverträgen, die täglich beurkundet werden. Der Verfasser würde obgleich der vorstehenden Darstellung aus Gründen der Vorsicht raten, die Besitzübergabe stets schon bei Bezugsfertigkeit (und nicht erst bei vollständiger Fertigstellung, str.)<sup>38</sup> und dann mit (und nicht nach) Abnahme des Sondereigentums (und nicht auch des Gemeinschaftseigentums, str.) und Bezahlung der zu diesem Zeitpunkt geschuldeten Zahlungen zuzulassen.

28 Ähnlich *Basty*, Bauträgervertrag, Rdnr. 1022 ff.

29 Zudem stellt sich in diesem Zusammenhang auch die Frage, ob im Bauträgervertrag zwingend der Besitz schon bei Bezugsfertigkeit übergehen muss, vgl. hierzu LG München I, Beschluss vom 23.6.2016, 11 O 10314/16, MittBayNot 2017, 371; vgl. zum Ganzen *Basty*, Bauträgervertrag, Rdnr. 528 m. w. N.

30 Vgl. Fn. 18.

31 Vgl. zu § 307 MünchKomm-BGB/*Wurmnest*, § 307 Rdnr. 33; BeckOK-BGB/*Schmidt*, Stand: 1.8.2018, § 307 Rdnr. 32 ff.; Palandt/*Grüneberg*, § 307 Rdnr. 12.

32 Im Fall des LG München I, Beschluss vom 23.6.2016, 11 O 10314/16, MittBayNot 2017, 371, war die vereinbarte Bauzeit schon deutlich überschritten.

33 Die Abnahme vor (!) Besitzübergabe ist dagegen nach derzeitiger h. M. rechtlich nicht möglich, weil eine wirksame Abnahme die Besitzübergabe gerade voraussetzt; vgl. zum Ganzen *Basty*, Bauträgervertrag, Rdnr. 1022.

34 So ausdrücklich auch Beck'sches Notarhandbuch/*Kutter*, 6. Aufl. 2015, A II Rdnr. 94; ähnlich *Blank*, MittBayNot 2017, 371, 373; a. A. LG München I, Beschluss vom 23.6.2016, 11 O 10314/16, MittBayNot 2017, 371, mit jedoch der Besonderheit, dass der Bauträger bereits deutlich die vereinbarte Bauzeit überschritten hatte.

35 Vgl. hierzu auch BGH, Urteil vom 24.1.2008, III ZR 156/07, DNotZ 2008, 925.

36 Vgl. zum Ganzen *Basty*, Bauträgervertrag, Rdnr. 528.

37 Vgl. auch die Entscheidungen bzgl. der Widerruflichkeit von Verwalterzustimmungen (OLG München, Beschluss vom 31.5.2017, 34 Wx 386/16, RNotZ 2017, 440) und Zustimmungen von Eigentümern von Erbbaurechtsgrundstücken (OLG München, Beschluss vom 29.9.2016, 34 Wx 191/16, FGPrax 2016, 256). Nunmehr richtig gestellt durch BGH, Beschluss vom 29.6.2017, V ZB 144/16, NJW 2017, 3514.

38 Vor allem wegen LG München I, Beschluss vom 23.6.2016, 11 O 10314/16, MittBayNot 2017, 371, str.; zur Problematik vgl. *Basty*, Bauträgervertrag, Rdnr. 517, 528.

## BÜRGERLICHES RECHT – SACHEN- UND GRUNDBUCHRECHT

### 6. Entziehung des Wohnungseigentums

BGH, Urteil vom 14.9.2018, V ZR 138/17 (Vorinstanz):  
LG Dresden, Urteil vom 26.4.2017, 2 S 562/16)

WEG § 18 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1, § 19 Abs. 2  
BGB § 569 Abs. 2, § 745 Abs. 1, § 749 Abs. 1, Abs. 2  
Satz 1, § 1365 Abs. 1

#### LEITSÄTZE:

1. Wohnungseigentum in Bruchteilseigentum kann insgesamt entzogen werden, wenn auch nur einer der Miteigentümer einen Entziehungstatbestand nach § 18 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 WEG verwirklicht.
2. Der nicht störende Miteigentümer ist aber entsprechend § 19 Abs. 2 WEG berechtigt, die Wirkungen des Entziehungsurteils bis zur Erteilung des Zuschlags dadurch abzuwenden, dass er den Miteigentumsanteil des störenden Miteigentümers selbst erwirbt, den störenden Miteigentümer dauerhaft und einschränkungslos aus der Wohnanlage entfernt und dass er der Wohnungseigentümergeinschaft alle Kosten ersetzt, die dieser durch die Führung des Entziehungsrechtsstreits und die Durchführung eines Zwangsversteigerungsverfahrens zur Durchsetzung des Entziehungsanspruchs entstanden sind.

### 7. Keine isolierte Löschung eines Vorkaufsrechts am Erbbaugrundstück ohne gleichzeitige Eintragung der Entschädigungsforderung für den Eigentumsverlust am Bauwerk

OLG München, Beschluss vom 30.8.2018, 34 Wx 67/18

GBO §§ 19, 22 Abs. 1  
Erbbaurecht § 1 Abs. 1, § 2 Nr. 7, § 14 Abs. 2  
BGB § 894

#### LEITSÄTZE:

1. Die Berichtigung des Grundbuchs aufgrund Unrichtigkeitsnachweises gemäß § 22 Abs. 1 GBO setzt neben dem Nachweis der Unrichtigkeit voraus, dass auch die Richtigkeit der begehrten Eintragung nachgewiesen wird, denn das Grundbuch darf nur in der Weise berichtigt werden, dass es den geänderten materiellen Rechtszustand richtig wiedergibt. (Leitsatz der Schriftleitung)
2. Liegt eine ausdrücklich isoliert auf das als Inhalt des Erbbaurechts vereinbarte Vorkaufsrecht bezogene

Löschungsbewilligung des Betroffenen nicht vor, scheidet eine isolierte Löschung des Vorkaufsrechts aus. Eine Übereinstimmung zwischen Grundbuch und materieller Rechtslage ist ohne gleichzeitige Löschung des Erbbaurechts und Eintragung des an seine Stelle tretenden Entschädigungsanspruchs des Erbbauberechtigten nach § 27 Erbbaurechtsgesetz nicht erreichbar. (Leitsatz der Schriftleitung)

3. Bedingungen (ebenso Befristungen) gehören nicht zum Inhalt einer dinglichen Grundstücksbelastung, die durch Bezugnahme zum Grundbuchinhalt gemacht werden könnte. Sie müssen daher im Eintragungsvermerk selbst zum Ausdruck gebracht werden. In Bezug auf das Erbbaurecht sind im Grundbuch des belasteten Grundstücks auch Beginn und Dauer des Erbbaurechts sowie etwa vereinbarte aufschiebende Bedingungen – auch Verlängerungsoptionen – einzutragen. (Leitsatz der Schriftleitung)

#### SACHVERHALT:

1 I. Die Beteiligte zu 1 wurde am 30.1.2018 in Vollziehung der am 20.10.2017 verbrieften Auflassung als Eigentümerin des gegenständlichen Grundbesitzes im Grundbuch eingetragen. Zulasten dieses Grundbesitzes hatte die frühere Eigentümerin gemäß notariellem Erbbaurechtsvertrag vom 18.8.1987 zugunsten einer Rechtsvorgängerin der Beteiligten zu 2 ein Erbbaurecht bestellt (Abschnitt II der Urkunde). Folgende Vereinbarungen wurden – so der Urkundenwortlaut –

„zum Inhalt des Erbbaurechts gemacht und wirken also dinglich für und gegen jeden Rechtsnachfolger und jeden Dritten:

2 § 3 Dauer

Das mit der Eintragung im Grundbuch beginnende Erbbaurecht endet 20 Jahre nach Eintragung.

3 Das Erbbaurecht verlängert sich zweimal um jeweils weitere 10 Jahre, wenn es nicht mit einer Frist von zwei Jahren zum Ende seiner Laufzeit vom Grundstückseigentümer oder vom Erbbauberechtigten gekündigt wird.

(...)

4 § 5 Heimfall

(...) Erlischt das Erbbaurecht durch Zeitablauf erhält der Erbbauberechtigte eine Entschädigung für das Bauwerk, für die § 6 dieses Vertrages gilt.

(...)

§ 8 Vorkaufsrechte

6 Der Grundstückseigentümer räumt dem jeweiligen Inhaber des Erbbaurechts an dem Grundstück das dingliche Vorkaufsrecht für alle Verkaufsfälle gemäß § 1094 BGB ein. (...) Die Vorkaufsrechte erlöschen mit Erlöschen des Erbbaurechts.“

7 Die Vertragsteile erklärten ihre Einigung über die Bestellung des Erbbaurechts und bewilligten (Abschnitt V der Urkunde) u. a., das Erbbaurecht an dem Grundstück mit dem Inhalt gemäß Abschnitt II. und das Vorkaufsrecht für alle Verkaufsfälle während der Dauer des Erbbaurechts für den jeweiligen Erbbauberechtigten im Grundbuch des Erbbaugrundstücks einzutragen.

8 Im Grundbuch des Erbbaugrundstücks wurden je am 16.3.1988 folgende Belastungen eingetragen:

„Erbbaurecht für (...); auf 20 Jahre ab Eintragungstag; gemäß Erbbaugrundbuch (...) Vorkaufsrecht für alle Verkaufsfälle während der Dauer des Erbbaurechts für jeweilige Erbbauberechtigte von (...); gemäß Bewilligung vom 18.8.1997, (...) - Im Bestandsverzeichnis des ebenfalls am 16.3.1988 angelegten

Erbbaugrundbuchs wurde das Erbbaurecht wie folgt beschrieben: (...)“

Das Erbbaurecht wurde nach rechtsgeschäftlicher Übertragung und Auflassung vom 23.12.1987 gemäß Einbringungsvertrag vom 30.9.1994 auf die Beteiligte zu 2 (unter ihrer damaligen Firma) übertragen. Diese ist (mit überholter Firmenbezeichnung) seit dem 30.8.1996 im Erbbaugrundbuch als Rechtsinhaberin und im Grundbuch des Erbbaugrundstücks als Berechtigte des Erbbaurechts eingetragen.

**9** Das Eigentum am Erbbaugrundstück wechselte durch Erbgänge und rechtsgeschäftliche Übertragungen, zuletzt auf die Beteiligte zu 1.

**10** Diese hat im zugrunde liegenden Übertragungsvertrag vom 20.10.2017 die in Abteilung II eingetragenen Rechte zur weiteren Duldung und Erfüllung übernommen und mit der Veräußerin vereinbart, sich um die Berichtigung des Grundbuchs hinsichtlich des eingetragenen, aber für erloschen erachteten Erbbau- und Vorkaufsrechts selbst zu bemühen. Nach antragsgemäß im Grundbuch vollzogener Auflassung hat sie über den Urkundsnotar am 6.2.2018 die Löschung des für den jeweiligen Erbbauberechtigten eingetragenen Vorkaufsrechts im Wege der Grundbuchberichtigung beantragt, aber ausdrücklich erklärt, derzeit den Antrag auf Berichtigung des Grundbuchs in Bezug auf das Erbbaurecht nicht zu stellen. Weil das Vorkaufsrecht nur für Verkaufsfälle während der Dauer des Erbbaurechts bestellt sei, sei es erloschen. Die im Erbbaurechtsvertrag vereinbarte Verlängerungsoption sei zwar zulässig; mangels Eintragung im Grundbuch sei sie jedoch nicht wirksamer Inhalt des Erbbaurechts geworden. Die Bezugnahmen in den Eintragungsvermerken des Grundbuchs und Erbbaugrundbuchs genügten hierfür nicht. Das deshalb nur mit einer Laufzeit von 20 Jahren ab Eintragung entstandene Erbbaurecht sei mit Ablauf des 16.3.2008 erloschen.

**11** Den Antrag hat das Grundbuchamt mit Beschluss vom 14.2.2018 zurückgewiesen. Materiellrechtlich sei es ausreichend, wenn sich der konkrete Endtermin des Erbbaurechts lediglich aus der Bewilligung ergebe. Jedenfalls seien die materiellrechtlichen Folgen der fehlenden Eintragung einer Verlängerungsoption weder ausdrücklich gesetzlich geregelt noch höchstgerichtlich entschieden. Demnach sei nicht mit der nötigen Sicherheit nachgewiesen, dass das Erbbaurecht und mit ihm das Vorkaufsrecht bereits erloschen sei. Die Löschung des Rechts sei daher nur aufgrund einer Bewilligung des Berechtigten möglich.

**12** Hiergegen wendet sich die Beteiligte zu 1 mit der notariell eingelegten Beschwerde. Die sich hier stellende Rechtsfrage sei vom Gericht zu entscheiden. Insoweit bestehender rechtlicher Klärungsbedarf sei nicht als Nachweismangel hinsichtlich der behaupteten Grundbuchunrichtigkeit zu behandeln. Im Übrigen sei die Rechtsfrage auf der Grundlage der Fachliteratur eindeutig im Sinne der Beteiligten zu 1 zu beantworten.

**13** Das Grundbuchamt hat nicht abgeholfen.

**14** In der Beschwerdeinstanz wurde der Beteiligten zu 2 als der vom Antrag unmittelbar Betroffenen rechtliches Gehör gewährt. Sie hat sich – anwaltlich vertreten – gegen die Berichtigung ausgesprochen und die Meinung vertreten, das an das Bestehen des Erbbaurechts geknüpfte Vorkaufsrecht sei nicht durch Zeitablauf erloschen, denn das Erbbaurecht sei mit dem bestellten Inhalt und Umfang durch die Eintragungen und die dabei vorgenommenen Bezugnahmen wirksam entstanden und bestehe mangels Kündigung bis zum Ablauf des 16.3.2028 fort.

## AUS DEN GRÜNDEN:

**15** II. Das Rechtsmittel gegen die Zurückweisung des Berichtigungsantrags ist als unbeschränkte Beschwerde statthaft (§ 11 Abs. 1 RPfIG mit § 71 Abs. 1 GBO) und in zulässiger Weise vom Notar für die Beteiligte zu 1 eingelegt (§ 15 Abs. 2, § 73 GBO).

**16** In der Sache bleibt es im Ergebnis ohne Erfolg, weil eine Berichtigung des Grundbuchs nicht in der begehrten Weise möglich ist. Das Grundbuch würde nämlich selbst dann, wenn das Erbbaurecht durch Zeitablauf erloschen ist und deshalb das als dessen Inhalt bestelltes und eingetragenes Vorkaufsrecht nicht mehr besteht, die materielle Rechtslage nach der begehrten Löschung allein des Vorkaufsrechts nicht zutreffend wiedergeben. Eine Berichtigung des Grundbuchs ist aber nur in der Weise zulässig, dass es die im Zeitpunkt der Berichtigung bestehende materielle Rechtslage insgesamt zutreffend darstellt.

**17** 1. Zutreffend rügt die Beschwerde allerdings, dass sich die Unrichtigkeit des Grundbuchs aus dessen Inhalt ergeben kann und die Schwierigkeit der Rechtslage keine Frage des Unrichtigkeitsnachweises ist. Reine Rechtsfragen berechtigen daher nicht zur Zurückweisung des Berichtigungsbegehrens, sondern sind – soweit sie sich stellen – zu entscheiden.

**18** 2. Die Zurückweisung des Berichtigungsantrags stellt sich jedoch aus anderen Gründen als im Ergebnis zutreffend dar.

**19** a) Die Berichtigung des Grundbuchs aufgrund Unrichtigkeitsnachweises gemäß § 22 Abs. 1 GBO setzt neben dem Nachweis der Unrichtigkeit voraus, dass auch die Richtigkeit der begehrten Eintragung (in der Form des § 29 GBO) nachgewiesen wird, denn das Grundbuch darf nur in der Weise berichtigt werden, dass es den geänderten materiellen Rechtszustand richtig wiedergibt (Senat vom 28.7.2015, 34 Wx 106/15, FGPrax 2015, 250; vom 22.9.2015, 34 Wx 47/14, Rpfleger 2016, 146; vom 1.11.2018, 34 Wx 201/17, FGPrax 2018, 109; BayObLG, NJW-RR 1995, 272; auch *Demharter*, GBO, 31. Aufl., § 22 Rdnr. 37). § 22 GBO bezweckt, die Richtigkeit des Grundbuchinhalts herzustellen (Bauer/Schaub/*Schäfer*, GBO, 4. Aufl., § 22 Rdnr. 1).

**20** Mit der beantragten isolierten Löschung nur des zugunsten des jeweiligen Erbbauberechtigten eingetragenen Vorkaufsrechts würde das Grundbuch nicht richtig. Das dingliche Vorkaufsrecht ist gemäß § 2 Nr. 7 ErbbauRG (vormals § 2 Nr. 7 ErbbauVO) als Inhalt des Erbbaurechts bestellt und durch Eintragung im Grundbuch des Erbbaugrundstücks entstanden. Es kann nach materiellrechtlichem Erlöschen des Erbbaurechts auf Antrag des Eigentümers im Wege der Grundbuchberichtigung (§§ 13, 22 GBO) zusammen mit dem Erbbaurecht im Grundbuch ohne Bewilligung der Betroffenen gelöscht werden, wenn gleichzeitig auf entsprechenden Antrag auch die Entschädigungsforderung der Erbbauberechtigten für den Eigentumsverlust an dem Bauwerk (§§ 27, 28 ErbbauRG) im Grundbuch (Zweite Abteilung) eingetragen wird (vgl. BGHZ 197, 140; Bauer/Schaub/*Maaß*, GBO, AT F Rdnr. 190 f.). Auf die von der Beschwerde in Bezug genommenen Regelung in § 23 GBO kommt es hingegen aus Rechtsgründen nicht an (Bauer/Schaub/*Maaß*, AT F Rdnr. 192).

**21** b) Mit Ablauf der Zeit, für die es eingeräumt ist, erlischt das Erbbaurecht ohne zusätzliche Rechtshandlung der Beteiligten. An die Stelle des Erbbaurechts tritt für den Erbbauberechtigten die Entschädigungsforderung nach §§ 27, 28 ErbbauRG. Die im Grundbuch des (vormals) mit dem Erbbaurecht belasteten Grundstücks über diesen Zeitpunkt hinaus bestehen

bleibende Eintragung steht damit im Widerspruch zur materiellen Rechtslage und bedarf der Berichtigung.

**22 aa)** Die hier vereinbarte automatische Verlängerung des Erbbaurechts über die feste Laufzeit von 20 Jahren hinaus tritt nur unter der Voraussetzung ein, dass eine fristgerechte Kündigung unterbleibt. Die Verlängerung der Laufzeit steht daher unter einer (zulässigen) aufschiebenden Bedingung (BGH, NJW 1969, 2043, 2046; BeckOK-BGB/Maaß, Stand: 1.5.2018, § 1 ErbbauRG Rdnr. 43). Ob eine solche Verlängerungsoption zu ihrer materiellen Wirksamkeit der konstitutiven Eintragung im Grundbuch bedarf, ist – soweit ersichtlich – höchstrichterlich nicht entschieden.

**23 bb)** Das Erbbaurecht wird zwar gemäß § 11 Abs. 1 ErbbauRG wie ein Grundstück behandelt. Seine Bestellung stellt sich jedoch rechtlich als Belastung eines Grundstücks mit einem Recht dar, § 1 Abs. 1 ErbbauRG. Gemäß dieser Doppelnatur ist das Erbbaurecht zum einen als Belastung des Grundstücks in Abteilung II des für das Grundstück angelegten Grundbuchs und zum anderen als eigentumsgleiches Recht in das Bestandsverzeichnis des Erbbaugrundbuchs einzutragen. Erst durch die Belastung des Grundstücks im Wege der Einigung und Eintragung entsteht das Erbbaurecht, welches sodann wie ein Grundstück behandelt wird. Für die Entstehung und den Bestand des Erbbaurechts ist somit die Eintragung im Grundstücksgrundbuch entscheidend, während sich der nähere dingliche Inhalt des Erbbaurechts aus dem Erbbaugrundbuch und der darin in zulässiger Weise in Bezug genommenen Bewilligung ergibt. Aus dieser unterschiedlichen Funktion beider Grundbücher ergibt sich, dass sie sich zwar ergänzen, aber Eintragungsmängel in einem Grundbuch nicht durch eine Eintragung im anderen Grundbuch geheilt werden. Was im Grundstücksgrundbuch einzutragen ist, damit das Recht wirksam entsteht, kann nicht durch Bezugnahme auf das Erbbaugrundbuch nach § 14 Abs. 2 ErbbauRG ersetzt werden (zum Ganzen: Schreiber/Grundmann, Handbuch Immobilienrecht, 3. Aufl., Kapitel 10 Rdnr. 7 und 9; Ingenstau/Hustedt/Bardenhewer, ErbbauRG, 10. Aufl., § 14 Rdnr. 15; von Oefele/Winkler/Schlögel, Handbuch Erbbaurecht, 6. Aufl., § 5 Rdnr. 267 ff., 274; Staudinger/Rapp, Neub. 2017, § 14 ErbbauRG Rdnr. 10; MünchKomm-BGB/Heinemann, 7. Aufl., § 14 ErbbauRG Rdnr. 9; BeckOK-BGB/Maaß, § 14 ErbbauRG Rdnr. 4; Heller, ErbbauRG, 4. Aufl., § 14 Rdnr. 10).

**24** Bedingungen (ebenso Befristungen) gehören nach allgemeinem Verständnis nicht zum Inhalt einer dinglichen Grundstücksbelastung, die durch Bezugnahme zum Grundbuchinhalt gemacht werden könnte. Sie müssen daher im Eintragungsvermerk selbst zum Ausdruck gebracht werden; nur zur näheren Kennzeichnung der Bedingung (oder Befristung) ist eine Bezugnahme zulässig (OLG Düsseldorf, OLGZ 1983, 352; Demharter, GBO, § 44 Rdnr. 20, Anhang zu § 8 Rdnr. 40). In Bezug auf das Erbbaurecht wird – soweit sich die Fachliteratur hierzu verhält – verlangt, dass im Grundbuch des belasteten Grundstücks neben dem Erbbaurecht selbst und dem (ersten) Erbbauberechtigten auch Beginn und Dauer des Erbbaurechts sowie etwa vereinbarte aufschiebende Bedingungen – auch Verlängerungsoptionen – einzutragen sind (Schreiber/Grundmann, Handbuch Immobilienrecht, Kapitel 10 Rdnr. 8 und 9; Ingenstau/Hustedt/Bardenhewer, ErbbauR,

§ 14 Rdnr. 5; von Oefele/Winkler/Schlögel, Handbuch Erbbaurecht, § 2 Rdnr. 143 und § 5 Rdnr. 268 f.; MünchKomm-BGB/Heinemann, § 14 ErbbauRG Rdnr. 2; BeckOK-BGB/Maaß, § 14 ErbbauRG Rdnr. 2; Heller, ErbbauRG, § 14 Rdnr. 2 und 4; Bauer/Schaub/Maaß, GBO, AT F Rdnr. 3; Meikel/Ebeling, GBO, 8. Aufl., Vor §§ 54-60 GBV Rdnr. 5 und § 56 GBV Rdnr. 8; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 1724 f.; auch Demharter, GBO, § 44 Rdnr. 32 mit 20; zur ausdrücklichen Eintragung einer aufschiebenden Bedingung im Bestandsverzeichnis des Erbbaugrundbuchs: Meikel/Morvilius, GBO, 11. Aufl., Einl. B Rdnr. 304; zur Rechtsprechung: BayObLGZ 1959, 521, 527). Nur im Übrigen kann zur näheren Bezeichnung des Inhalts des Erbbaurechts im Grundstücksgrundbuch auf das Erbbaugrundbuch Bezug genommen werden (§ 14 Abs. 2 ErbbauRG).

**25** Unter der Regie der vorliegend bei Rechtsbestellung geltenden ErbbauVO galt nichts anderes (vgl. von Oefele/Winkler/Schlögel, Handbuch Erbbaurecht, § 5 Rdnr. 267; Räfle, ErbbauVO, 12. Aufl., § 14 Rdnr. 2-7).

**26 cc)** Auf der Grundlage dieses Rechtsverständnisses ist das Erbbaurecht vorliegend nur für die Dauer von 20 Jahren ab Eintragung durch Einigung und entsprechende Eintragung entstanden. Über diesen Zeitraum hinaus hat es dann trotz Einigung über die aufschiebend bedingte Verlängerung und Eintritts der Bedingung mangels Eintragung der Verlängerungsoption im Grundbuch materiellrechtlich nicht fortbestanden. Die unterbliebene Eintragung ist schon deshalb nicht nachholbar, weil die nach § 19 GBO dafür erforderliche Bewilligung des aktuell Bewilligungsberechtigten nicht vorliegt und in die von der Bestellerin erklärte Bewilligung und materiellrechtliche Einigung nur deren Gesamtrechtsnachfolger eingetreten ist.

**27 c)** Dem auf Löschung (nur) des Vorkaufsrechts gerichteten Berichtigungsantrag kann dennoch nicht stattgegeben werden.

**28** Das Vorkaufsrecht am Grundstück zugunsten des jeweiligen Erbbauberechtigten, das allein Gegenstand des Berichtigungsantrags ist, ist nach der eindeutigen Vereinbarung in zulässiger Weise zum Inhalt des Erbbaurechts gemacht worden, § 2 Nr. 7 ErbbauRG. Derartige zum Inhalt des Erbbaurechts erklärten Vereinbarungen erhalten durch die Einigung und Eintragung im Grundbuch dingliche Wirkung. Die bewilligungsgemäße Eintragung des Vorkaufsrechts als am Grundstück lastendes Recht (im Nachrang zum Erbbaurecht) ändert nichts daran, dass es kraft Vereinbarung und Eintragung zum Inhalt des Erbbaurechts gehört.

**29** Es erlischt somit zwar zugleich mit diesem schon deshalb, weil mit dem Erbbaurecht auch das als dessen Inhalt vereinbarte Vorkaufsrecht keinen Fortbestand haben kann. In diesem Fall ist die durch Zeitablauf eingetretene Grundbuchunrichtigkeit mithin aus dem Grundbuch selbst ersichtlich. Eine Übereinstimmung zwischen Grundbuch und materieller Rechtslage ist jedoch ohne gleichzeitige Löschung des Erbbaurechts und Eintragung des an seine Stelle tretenden Entschädigungsanspruchs des Erbbauberechtigten nach § 27 ErbbauRG nicht erreichbar. Denn nicht der Inhalt des Erbbaurechts hat sich geändert, sodass dem durch entsprechende berichti-



gende Eintragung (Löschung nur des Vorkaufsrechts) Rechnung getragen werden könnte, sondern das Erbbaurecht ist insgesamt erloschen und an dessen Stelle ist der Entschädigungsanspruch getreten. Liegt – wie hier – eine ausdrücklich isoliert auf das Vorkaufsrecht bezogene Löschungsbewilligung des Betroffenen nicht vor, so ist auf entsprechenden Berichtigungsantrag des Grundstückseigentümers eine Übereinstimmung zwischen Grundbuch und materieller Rechtslage nur dadurch herbeizuführen, dass zugleich mit der Löschung (insgesamt) die Entschädigungsforderung in das Grundbuch eingetragen wird, wenn – wie hier – der Entschädigungsanspruch nicht ausgeschlossen ist (BGHZ 197, 140; dazu: DNotI-Report 2013, 99, 100; Zimmer, ZfIR 2013, 552; Maaß, NotBZ 2013, 299).

(...)

#### ANMERKUNG:

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

Der Beschluss befasst sich mit einem Fall, wie er als Schulbeispiel konstruiert werden könnte, und behandelt grundbuch- und erbaurechtliche Fragen.

#### 1. Grundbuchberichtigung nicht teilweise, sondern nur insgesamt

Wie es in § 894 BGB heißt, ist das Grundbuch unrichtig, wenn sein Inhalt „mit der wirklichen Rechtslage nicht im Einklang“ steht; dabei muss sich die Unrichtigkeit grundsätzlich auf die dingliche Rechtslage beziehen. Die Divergenz des Grundbuchs und der materiellen Rechtslage kann in Ansehung eines Grundstücksrechts, eines Rechts an einem solchen oder einer Verfügungsbeschränkung bestehen.<sup>1</sup> Eine Grundbuchunrichtigkeit birgt die Gefahr, dass der wahre Berechtigte, dessen Recht nicht oder nicht richtig eingetragen ist, seine Rechtsposition aufgrund des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs verliert. Ziel muss es daher sein, die Richtigkeit des Grundbuchs so rasch wie möglich wiederherzustellen. Dies kann einmal durch Abgabe einer Berichtigungsbewilligung gemäß § 19 GBO durch den Betroffenen geschehen, worauf der wahre Berechtigte gemäß § 894 BGB einen Anspruch hat, oder im Weigerungsfall durch Berichtigung gemäß § 22 GBO auf formellrechtlicher Grundlage. Damit kann unter Umständen eine unnötige Verzögerung verhindert werden, wie sie das ausnahmslose Festhalten am Bewilligungsprinzip bedeuten würde.<sup>2</sup>

Da § 22 GBO bezweckt, die Richtigkeit des Grundbuchinhalts wieder herzustellen, muss auch die Richtigkeit der begehrten Eintragung nachgewiesen werden, weil das Grundbuch nach der Berichtigung den materiellen Rechtszustand *richtig* wiedergeben muss, und zwar insgesamt und vollständig. Zu Recht weist das OLG daher im vorliegenden Fall den isolierten Antrag nur auf Löschung des Vorkaufsrechts des Erbbauberechtigten am Grundstück zurück. Die Löschung entspräche zwar der materiellen Rechtslage, aber im Übrigen bliebe das Grundbuch trotzdem unrichtig. Der

gleiche Senat hat etwa mit Beschluss vom 11.1.2018 entschieden, dass ein Berichtigungsantrag des Erben des im Grundbuch als Berechtigter eingetragenen Erblassers nach wirksamer Stellung eines Berichtigungsantrags keinen Erfolg mehr haben kann, wenn der Erbe seinerseits stirbt; die Berichtigung des Grundbuchs erfordert gemäß § 22 Abs. 1 Satz 2 GBO, dass nicht nur die Unrichtigkeit des Grundbuchs, sondern auch die Richtigkeit der begehrten Eintragung in der Form der §§ 29, 35 GBO nachgewiesen wird, und zwar in der Weise, dass das Grundbuch den geänderten Rechtszustand insgesamt richtig wiedergibt.<sup>3</sup>

Wie jemand, der an mehreren Krankheiten leidet, krank bleibt, wenn man nur *eine* Krankheit heilen kann, so bleibt ein mehrfach unrichtiges Grundbuch unrichtig, wenn man nur eine Unrichtigkeit behebt. Beim Vorhandensein mehrerer Unrichtigkeiten gleichzeitig wird das Grundbuch nur dann wieder richtig, wenn *alle* beseitigt werden, im vorliegenden Fall also durch Löschung des Vorkaufsrechts *und* des Erbbaurechts *und* Eintragung der Entschädigungsforderung. Eine nur teilweise Berichtigung ist unzulässig, weil das Grundbuch immer noch unrichtig bliebe, was mit der im Grundbuchverkehr erforderlichen Rechtssicherheit unvereinbar wäre. Eine nur *teilweise* Richtigkeit kann und darf es nicht geben. Man mag einwenden, dass es besser ist, wenn das Grundbuch eine Unrichtigkeit weniger aufweist, falls nicht alle gleichzeitig beseitigt werden können. Um die Unrichtigkeit zu verlautbaren und die Gefahr eines gutgläubigen Erwerbs zu verhindern, sieht das Grundbuchrecht unter bestimmten Umständen die Möglichkeit eines Widerspruchs nach § 899 BGB bzw., falls das Grundbuchamt einen Fehler gemacht hat, nach § 53 Abs. 1 GBO vor.

#### 2. Erlöschen des Erbbaurechts

Auch die Ausführungen des OLG zum Erbbaurecht verdienen Zustimmung. Das ErbbauRG enthält keine Vorschriften über die Dauer des Erbbaurechts, lediglich in § 27 über die Rechtsfolgen des Erlöschens eines Erbbaurechts durch Zeitablauf. Das Gesetz räumt den Beteiligten einen vertraglichen Gestaltungsspielraum ein.<sup>4</sup> Im entschiedenen Fall war das Erbbaurecht auf 20 Jahre ab Eintragungstag bestellt und so auch im Grundbuch eingetragen. Der Nachweis des Erlöschens war daher ohne Weiteres durch eine Bezugnahme auf den in den Grundbuchakten befindlichen Erbbaurechtsvertrag möglich, denn die Dauer des Erbbaurechts ist Inhalt dieses Rechts im Sinne von §§ 873, 877 BGB.<sup>5</sup> Eine Verlängerung *außerhalb* des Grundbuchs ist nicht möglich.

Im entschiedenen Fall ist die zeitliche Begrenzung in der Weise erfolgt, dass das zunächst auf eine bestimmte Dauer vereinbarte Erbbaurecht sich danach automatisch um zwei-

<sup>1</sup> Bauer/Schaub/Schäfer, GBO, 4. Aufl. 2018, § 22 Rdnr. 37.

<sup>2</sup> Bauer/Schaub/Schäfer, GBO, § 22 Rdnr. 1, 2.

<sup>3</sup> OLG München, Beschluss vom 11.1.2018, 34 Wx 201/17, FGPrax 2018, 109; ders. Senat, Beschluss vom 22.9.2015, 34 Wx 47/14, NJW-RR 2016, 83 = Rpfler 2016, 146.

<sup>4</sup> v. Oefele/Winkler/Schlögel, Handbuch des Erbbaurechts, 6. Aufl. 2016, Rdnr. 2.138.

<sup>5</sup> v. Oefele/Winkler/Schlögel, Handbuch des Erbbaurechts, Rdnr. 2.141; Staudinger/Rapp, Neub. 2016, § 1 ErbbauRG Rdnr. 31.

mal je weitere zehn Jahre verlängert, wenn es nicht vorher gekündigt wird. Eine derartige Verlängerungsoption ist – wie Beginn und Dauer des Erbbaurechts – als Inhaltsbestimmung mit *konstitutiver* Wirkung im Grundstücksgrundbuch einzutragen und kann nicht durch Bezugnahme zum Grundbuchinhalt gemacht werden.<sup>6</sup> Sie muss im Eintragungsvermerk selbst zum Ausdruck gebracht werden. Die Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung ist zwar bei Eintragung des Inhalts des Erbbaurechts zulässig (§ 874 BGB, § 14 Abs. 1 Satz 3 ErbbauRG), jedoch sind Beschränkungen des Erbbaurechts durch Bedingungen, Befristungen oder Verfügungsbeschränkungen ausdrücklich einzutragen (§ 56 Abs. 2 GBV).<sup>7</sup> Wie schon das OLG Frankfurt a. M. mit Beschluss vom 31.10.1974 betont hat, genügt die Möglichkeit der Feststellung des Endtermins aus den Grundakten nicht.<sup>8</sup> Nur zur näheren Bezeichnung des Inhalts des Erbbaurechts kann gemäß § 14 Abs. 2 ErbbauRG im Grundstücksgrundbuch auf das Erbbaugrundbuch Bezug genommen werden.<sup>9</sup> Die Verlängerungsoption ist damit nicht wirksam entstanden und das Erbbaurecht nach 20 Jahren erloschen. Das Eigentum am Bauwerk geht gemäß § 12 Abs. 3 ErbbauRG auf den Grundstückseigentümer über, der nach § 894 BGB einen Grundbuchberichtigungsanspruch gegen den noch als solcher eingetragenen Erbbauberechtigten hat.

### 3. Eintragung der Entschädigungsforderung

Mit dem Erlöschen des Erbbaurechts lastet gemäß § 28 ErbbauRG die Entschädigungsforderung nach § 27 ErbbauRG auf dem Grundstück anstelle des Erbbaurechts und mit dessen Rang; es tritt also kraft Gesetzes eine dingliche Surrogation ein. Streitig war, ob und wie die Entschädigungsforderung eingetragen werden kann. Nach älterer Ansicht konnte und durfte sie nicht eingetragen werden. Nach heute übereinstimmender Meinung, der sich das OLG anschließt, widerspricht es der Grundbuchwahrheit und Grundbuchpublizität, dass ein dinglich ausgestaltetes Recht nach dem Gesetzeswortlaut am Grundstück lastet und einen Rang im Grundbuch hat, aber trotzdem nicht eintragungsfähig wäre. Da die Entschädigungsforderung ein umgewandelter Rest des Erbbaurechts ist, darf als Berichtigung nur die außerhalb des Grundbuchs entstandene neue Rechtslage eingetragen werden, nämlich das Erlöschen des Erbbaurechts *und* die Entschädigungsforderung; dabei erhält diese gemäß § 28 ErbbauRG dieselbe Rangstelle wie das Erbbaurecht, also entsprechend § 10 ErbbauRG die

erste Rangstelle.<sup>10</sup> Anderenfalls würde das Grundbuch wiederum unrichtig.

Zwar ist das Grundbuch allein durch den Fristablauf unrichtig geworden und kann die Unrichtigkeit durch den Erbbaurechtsvertrag nachgewiesen werden. Da das Erbbaurecht und die Entschädigungsforderung aber nicht zwei voneinander unabhängige Rechte sind, sondern voneinander abhängen, ist der Schlussfolgerung des OLG zuzustimmen, dass eine Übereinstimmung zwischen Grundbuch und materieller Rechtslage ohne gleichzeitige Löschung des Erbbaurechts *und* Eintragung des an seine Stelle tretenden Entschädigungsanspruchs des Erbbauberechtigten nach § 27 ErbbauRG nicht erreicht werden kann.<sup>11</sup> Entsprechendes gilt auch für das Nichtvorhandensein von abweichenden Vereinbarungen über die Entschädigungsforderung, zum Beispiel deren Ausschluss, denn solche Vereinbarungen wären gemäß § 27 Abs. 1 Satz 2 ErbbauRG ebenfalls Inhalt des Erbbaurechts und müssten dort verlautbart werden.<sup>12</sup> Solange sich nicht aus dem Grundbuch ein Ausschluss der Entschädigungsforderung ergibt, hat das Grundbuchamt von der Surrogation gemäß § 28 ErbbauRG auszugehen. Für die Eintragung der Entschädigungsforderung antragsberechtigt sind der Eigentümer und der vormalige Erbbauberechtigte (§ 13 Abs. 1 Satz 2 GBO). Einer Bewilligung nach § 19 GBO, die dem Formerfordernis des § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO unterliegt, bedarf es nicht, weil das Bestehen des Anspruchs offenkundig ist.

Das Problem der Nennung eines bestimmten Geldbetrags hat sich in der Entscheidung des OLG nicht gestellt. Steht die Höhe der Entschädigungsforderung noch nicht fest, kann sie ohne einen Betrag eingetragen werden. Denn wie für die Eintragung einer Reallast genügt es auch hier, dass die Höhe der Forderung bestimmbar ist. Ausreichend, aber auch erforderlich ist deshalb die Bezeichnung als „Entschädigungsforderung“ und ggf. die Bezugnahme auf Vereinbarungen im Erbbaurechtsvertrag über die Höhe und die Art der Zahlungen (§ 27 Abs. 1 Satz 2 ErbbauRG).<sup>13</sup>

### 4. Verjährung der Entschädigungsforderung

Es bleibt noch die Frage nach der Verjährung der Entschädigungsforderung, nachdem im vorliegenden Fall das am 16.3.1988 eingetragene Erbbaurecht mangels gültiger Verlängerungsoption bereits am 15.3.2008 durch Zeitablauf erloschen ist. Anknüpfend an den Rechtscharakter der Entschädigungsforderung als reallastähnliches dingliches Sicherungsmittel eigener Art ist davon auszugehen, dass die Ent-

6 MünchKomm-BGB/Heinemann, 6. Aufl. 2013, § 1 ErbbauRG Rdnr. 71; v. Oefele/Winkler/Schlögel, Handbuch des Erbbaurechts, Rdnr. 2.143.

7 H. L.; Demharter, GBO, 31. Aufl. 2018, § 44 Rdnr. 20, 32; v. Oefele/Winkler/Schlögel, Handbuch des Erbbaurechts, Rdnr. 2.143; MünchKomm-BGB/Heinemann, § 14 ErbbauRG Rdnr. 7; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rdnr. 1724; Staudinger/Rapp, § 14 ErbbauRG Rdnr. 6.

8 OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 31.10.1974, 20 W 691/74, MittBayNot 1975, 93 = Ppfleger 1975, 59.

9 MünchKomm-BGB/Heinemann, § 14 ErbbauRG Rdnr. 2; Staudinger/Rapp, § 14 ErbbauRG Rdnr. 4.

10 Staudinger/Rapp, § 28 ErbbauRG Rdnr. 2a; es kann aber auch eine andere Rangstelle mit dinglicher Wirkung vereinbart werden (§ 27 Rdnr. 8a).

11 BGH, Beschluss vom 11.4.2013, V ZB 109/12, BGHZ 197, 140 (Rdnr. 7-11) = MittBayNot 2013, 474; Maas, NotBZ 2002, 389, 393; v. Oefele/Winkler/Schlögel, Handbuch des Erbbaurechts, Rdnr. 5.206, 5.239; Staudinger/Rapp, § 27 ErbbauRG Rdnr. 2a.

12 v. Oefele/Winkler/Schlögel, Handbuch des Erbbaurechts, Rdnr. 5.213.

13 BGH, Beschluss vom 11.4.2013, V ZB 109/12, BGHZ 197, 140 = MittBayNot 2013, 474; v. Oefele/Winkler/Schlögel, Handbuch des Erbbaurechts, Rdnr. 5.240.

schädigungsforderung eine *Doppelnatur* aufweist, indem der Grundstückseigentümer für diese sowohl *dinglich* mit seinem Grundstück<sup>14</sup> als auch *persönlich* mit seinem gesamten Vermögen<sup>15</sup> haftet. In dieser Doppelnatur dürfte die vom BGH und der herrschenden Meinung konstatierte Wesensverwandtschaft zur Reallast zu sehen sein.

Der *persönliche* Haftungsanspruch des Erbbauberechtigten gegen den Grundstückseigentümer ist als schuldrechtlicher Anspruch auf Zahlung einer Geldsumme einzuordnen und unterliegt somit der Regelverjährung von drei Jahren nach §§ 195, 199 BGB.<sup>16</sup> Die Sonderregelung des § 196 BGB (zehnjährige Verjährungsfrist) ist nicht einschlägig, da es sich bei der Entschädigungsforderung nicht um eine Gegenleistung für die Erbbaurechtsbestellung handelt.<sup>17</sup>

In ihrer *dinglichen* Rechtsnatur ist die Entschädigungsforderung gemäß § 27 Abs. 1 Satz 1, § 28 ErbbauRG auf die Duldung der Zwangsvollstreckung in das Grundstück gerichtet. Sie vermittelt wie eine Reallast oder ein Grundpfandrecht<sup>18</sup> ihrem Wesen nach nicht einen Anspruch auf Zahlung eines Geldbetrags, sondern ein Verwertungsrecht am belasteten Grundstück.<sup>19</sup> Zu prüfen ist, ob hier § 901 oder § 902 BGB eingreift.

Da der Anspruch kraft Gesetzes entsteht und somit zunächst, wie auch im vorliegenden Fall, *nicht* im Grundbuch eingetragen ist, könnte man auf den ersten Blick an § 901 Satz 2 BGB denken, der bestimmt, dass das Recht erlischt, wenn der Anspruch des Berechtigten (ehemals Erbbauberechtigten) gegen den Grundstückseigentümer verjährt ist. Als verjährbarer Anspruch kann hier nicht der Berichtigungsanspruch nach § 894 BGB gemeint sein, denn dieser verjährt nicht (§ 898 BGB). § 901 BGB würde in diesem Fall die Verjährung des dinglichen Entschädigungsanspruchs meinen, die mit seiner Fälligkeit beginnt. Der Entschädigungsanspruch ist bei Erlöschen des Erbbaurechts fällig und kann ab diesem Zeitpunkt mit Erfolg eingeklagt werden. Einer solchen Klage stünde nicht entgegen, dass die Anspruchshöhe noch nicht feststeht. Es genügt, wie oben Ziffer 3 ausgeführt, dass sie bestimmbar ist und daher im Rahmen des Prozesses bestimmt werden kann. Es würde dann die regelmäßige Verjährungsfrist von drei Jahren ab Kenntnis oder grob fahrlässiger Unkenntnis (§§ 195, 199 Abs. 1 BGB) gelten, unabhängig davon die Verjährungsfrist von zehn Jahren (§ 199 Abs. 4 BGB), sodass die Verjährungsfrist des Entschädigungsanspruchs spätestens am 16.3.2018 abgelau-

fen wäre, also vor der Entscheidung des OLG München.<sup>20</sup> Demzufolge wäre der Entschädigungsanspruch als dingliches Recht erloschen und müsste das Grundbuchamt einem Berichtigungsantrag auf Löschung des Erbbaurechts sowie des Vorkaufsrechts stattgeben.

An dieser Überlegung ist zwar richtig, dass § 902 Abs. 1 Satz 1 BGB ein *eingetragenes* Recht voraussetzt. Die vorstehende Argumentation übersieht aber, dass diese Eintragung – bis zur Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung der Entschädigungsforderung – in der grundbuchlichen Verlautbarung des Erbbaurechts zu sehen ist. Die Entschädigungsforderung ist nämlich, wie oben ausgeführt, ein umgewandelter Rest des Erbbaurechts. Dies steht im Einklang mit der Bestimmung des § 28 ErbbauRG, wonach die Entschädigungsforderung auf dem Grundstück anstelle des Erbbaurechts und mit dessen Rang lastet, und kann sinnvoller Weise nur so verstanden werden, dass der Erbbauberechtigte befugt sein soll, wegen der Entschädigungsforderung seine Befriedigung aus dem Grundstück zu suchen. Entsprechend dem Surrogationscharakter der Entschädigungsforderung als dingliches Verwertungsrecht am belasteten Grundstück ist daher von der Unverjährbarkeit gemäß § 902 Abs. 1 Satz 1 BGB auszugehen. Der dingliche Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung ist anerkanntermaßen unverjährbar im Sinne von § 902 Abs. 1 Satz 1 BGB.<sup>21</sup> Die Unverjährbarkeit der Entschädigungsforderung als *dingliches Verwertungsrecht* wird dem in § 28 ErbbauRG angelegten *Surrogationsgedanken* am ehesten gerecht, denn auch das Erbbaurecht – als *grundstücksgleiches* Recht – unterliegt keiner Verjährung. Diesem Rechtsgedanken steht insbesondere nicht die Entscheidung des BGH vom 9.10.2009 entgegen, der mittels Reallast dinglich gesicherte Anspruch auf Zahlung des Erbbauzinses unterliege der dreijährigen Regelverjährung gemäß §§ 195, 199 BGB; denn das Gericht stellt zur Begründung der Verjährbarkeit des dinglichen Anspruchs auf den Charakter des Erbbauzinses als *wiederkehrende* Leistung ab (vgl. § 902 Abs. 1 Satz 2, § 197 Abs. 2 BGB).<sup>22</sup> Im Fall der erbbaurechtlichen Entschädigungsforderung gibt es keine Einzelleistungen im Sinne von § 1107 BGB, weshalb der Anspruch gemäß § 27 Abs. 1 Satz 1, § 28 ErbbauRG der Reallast zwar ähnlich, mit diesem Rechtsinstitut aber nicht identisch ist. In ihrer Eigenschaft als Verwertungsrecht am Grundstück unterliegt die Entschädigungsforderung daher gemäß § 902 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht der Verjährung, und zwar unabhängig davon, ob sie im Grundbuch eingetragen ist oder nicht.<sup>23</sup>

14 Rechtsgedanke des § 1105 Abs. 1 BGB.

15 Rechtsgedanke des § 1108 Abs. 1 BGB.

16 v. Oefele/Winkler/Schlögel, Handbuch des Erbbaurechts, Rdnr. 5.241.

17 Vgl. insoweit BGH, Urteil vom 9.10.2009, V ZR 18/09, MittBayNot 2011, 54 m. Anm. v. Oefele = DNotZ 2010, 292 zur Verjährung von Erbbauzinsen, die nach Ansicht des Gerichts keine Gegenleistung i. S. v. § 196 BGB darstellen.

18 Vgl. §§ 1147, 1113, 1191, 1192 BGB.

19 Sie kann daher nicht mit einer Forderung auf Schadensersatz mit der Folge des § 902 Abs. 1 Satz 2 BGB auf eine Stufe gestellt werden.

20 Die 30-jährige Verjährungsfrist gemäß § 197 Abs. 1 Nr. 4 BGB greift nicht ein, da über den Entschädigungsanspruch keine vollstreckbare Urkunde errichtet ist.

21 Vgl. BGH, Urteil vom 30.3.2010, XI ZR 200/09, BeckRS 2010, 10522 Rdnr. 13 = MittBayNot 2010, 378 m. Anm. Volmer = DNotZ 2010, 542; Staudinger/Gursky, Neub. 2013, § 902 BGB Rdnr. 10.

22 BGH, Urteil vom 9.10.2009, V ZR 18/09, MittBayNot 2011, 54 m. Anm. v. Oefele = DNotZ 2010, 292 = NJW 2010, 224.

23 v. Oefele/Winkler/Schlögel, Handbuch des Erbbaurechts, Rdnr. 5.241.

## 8. Anfängliche Identität von Gläubiger und Schuldner hindert die Vormerkungsfähigkeit

OLG Stuttgart, Beschluss vom 18.6.2018, 8 W 158/18

BGB §§ 883, 889

### LEITSATZ:

**Die Eintragung einer Vormerkung setzt voraus, dass der Schuldner des zu sichernden Anspruchs als Inhaber des von der Vormerkung betroffenen Rechts im Grundbuch eingetragen ist (Identitätsgebot). Der Anspruch des Eigentümers auf Bestellung einer Dienstbarkeit zugunsten von ihm später zu benennender Dritter ist daher nicht vormerkungsfähig, solange er noch im Grundbuch als Eigentümer eingetragen ist. Auch ein Erwerbsanspruch des zukünftigen Schuldners/Eigentümers vermag die Vorverlagerung des Vormerkungsschutzes selbst dann nicht zu rechtfertigen, wenn eine sachen- und grundbuchrechtlich durch Erwerbsvormerkung gesicherte Erwerbsaussicht besteht.**

### SACHVERHALT:

**1** I. Am 29.3.2018 schlossen die Beteiligte zu 1 als Verkäuferin und der Beteiligte zu 2 als Käufer vor Notar (...) unter Urkundenrolle Nr. UR 332/2018 einen Kaufvertrag über den eingangs näher genannten Grundbesitz. Auf dem Dach des auf dem Grundbesitz befindlichen Gebäudes ist eine im Wege der aufgeständerten Bauweise montierte Photovoltaikanlage angebracht.

**2** Ebenfalls am 29.3.2018 wurde durch die Beteiligte zu 1 als Eigentümerin vor Notar (...) unter Urkundenrolle UR 331/2018 im Hinblick auf die auf dem Dach befindliche Photovoltaikanlage eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit bestellt, dies als sog. Eigentümerdienstbarkeit (§ 2 der Urkunde UR 331/2018). In § 3 wurde unter der Überschrift „Rechtsnachfolgeklausel“ Folgendes geregelt:

**3** „(1) Der (auch zukünftige) Eigentümer verpflichtet sich gegenüber der vorstehend Genannten (hier: Frau [...]) im Wege eines unechten Vertrags zugunsten Dritter, beschränkte persönliche Dienstbarkeiten gleichen Inhalts wie vorstehend unter § 2 zu bestellen, und zwar zugunsten beliebiger von dieser benannten Dritten, wenn diese in den zwischen den Beteiligten abzuschließenden Nutzungsvertrag eintreten und die Rechte und Pflichten aus diesem Vertrag übernehmen sowie zugunsten der Erben und Erbeserben des Anlagenbetreibers.“

**4** Ein Benennungsrecht zugunsten eines Kreditinstitutes soll – auf Nachfrage des Notars – nicht geregelt werden.

**5** (2) Zur Sicherung des vorgenannten Anspruches auf Eintragung einer inhaltsgleichen Dienstbarkeit wird allseits die Eintragung einer Vormerkung zulasten des vorgenannten Grundstücks für die Genannte (Frau [...]) beantragt und bewilligt. Die Vormerkung soll im Rang nach der Dienstbarkeit unter § 2 eingetragen werden.“

**6** Mit Schreiben an das Grundbuchamt vom 3.4.2018 hat der beurkundende Notar (...) unter Übersendung der Urkunde UR 331/2018 über die Bestellung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit und unter Hinweis auf § 15 GBO die in der Urkunde enthaltenen Eintragungsanträge für die dort aufgeführten Antragsteller gestellt. Mit Schreiben an den Notar vom 16.4.2018 teilte das Grundbuchamt mit, mangels Anspruches gegen den Grundstückseigentümer könne keine Eigentümer-Vormerkung betreffend die Dienstbarkeit eingetragen werden. Der Verkäufer/Eigentümer habe gegenüber dem Käufer/künftigen Eigentümer einen Anspruch auf Eintragung einer

Dienstbarkeit erworben. Dieser Anspruch könne ab dem Moment im Grundbuch eingetragen werden, ab dem der Verpflichtete/Käufer als Eigentümer im Grundbuch eingetragen ist, vorher nicht. Schuldner des gesicherten Anspruches müsse derjenige sein, dessen Eigentum oder Grundstücksrecht im Zeitpunkt der Eintragung der Vormerkung von der künftigen Rechtsänderung betroffen ist. Die vom Erwerber zur Eintragung bewilligte und beantragte Vormerkung könne somit erst nach Eigentumsänderung auf den Erwerber eingetragen werden. Anders als eine Eigentümer-Dienstbarkeit könne eine Eigentümer-Vormerkung mangels Anspruches nicht eingetragen werden, da der Eigentümer/Verkäufer gegen sich selbst keinen Anspruch begründen könne. Dieses Eintragungshindernis sei nicht heilbar.

**7** Notar (...) vertritt die Auffassung, dass eine anfängliche Identität von Eigentümer und Schuldner gerade nicht schädlich für die Eintragungsfähigkeit der Vormerkung ist.

**8** Am 8.5.2018 wurde die in § 2 der Urkunde bestellte beschränkte persönliche Dienstbarkeit im Grundbuch eingetragen.

**9** Durch ebenfalls am 8.5.2018 ergangenen Beschluss hat das AG Schwäbisch Gmünd – Grundbuchamt – den Antrag vom 3.4.2018 auf Eintragung einer Vormerkung betreffend die Eintragung einer Dienstbarkeit zurückgewiesen. Hiergegen wendet sich die Beteiligte zu 1, vertreten durch Notar (...), mit ihrer Beschwerde vom 21.5.2018. Zu deren Begründung trägt die Beteiligte zu 1 vor, die Voraussetzungen für die Eintragung einer Vormerkung seien gegeben. Dass der Beteiligte zu 2 als Erwerber gegenwärtig nicht Eigentümer des Grundstücks ist, sei unschädlich, da dieser seine Verfügungsmacht in der vorliegenden Konstellation von der Eigentümerin ableite. Es bestehe damit eine anfängliche Erfüllungsmöglichkeit, die eine Ausnahme vom Identitätsgebot rechtfertige.

(...)

**10**

### AUS DEN GRÜNDEN:

**12** II. Die gemäß § 71 GBO statthafte und auch im Übrigen zulässige Beschwerde der Beteiligten zu 1 hat in der Sache keinen Erfolg. Das Grundbuchamt hat den verfahrensgegenständlichen Eintragungsantrag zur Recht zurückgewiesen.

**13** 1. Das BGB lässt beschränkte dingliche Rechte am eigenen Grundstück zu (§ 889 BGB), sofern sie nicht – wie Vormerkung und Hypothek – eine gesicherte Forderung voraussetzen. Eine solche kann der Eigentümer nicht gegen sich selbst haben (Palandt/Herrler, 77. Aufl. 2018, § 889 BGB Rdnr. 1). Der zu sichernde Anspruch setzt notwendigerweise die Existenz zweier verschiedener Personen voraus. Eine Auflassungsvormerkung geht regelmäßig unter, wenn der zu sichernde Anspruch durch den Zusammenfall von Gläubiger und Schuldner wegen Konfusion erlischt (BGH, NJW 1981, 447). Wird der Vormerkungsberechtigte vor Ausübung eines Vorkaufsrechts Alleinerbe des Verpflichteten, so muss die Vormerkung wegen der nachträglich eintretenden Personenidentität erlöschen, weil niemand mit sich selbst einen Vertrag abschließen kann (BGH, NJW 2000, 1033).

**14** Weiter ist das sog. Identitätsgebot auf der Passivseite zu beachten. Nach diesem allgemein anerkannten Grundsatz muss der Schuldner des gesicherten Anspruches bei Eintragung der Vormerkung grundsätzlich Eigentümer des von der Vormerkung betroffenen Grundstücks oder Inhaber des von der Vormerkung betroffenen Rechts sein (BGHZ 134, 182; BGH, NJW 2007, 508; BGH, NJW 2014, 2431; OLG Hamm, FGPrax 2017, 9; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rdnr. 1493). Dies trägt dem Umstand Rechnung, dass

die Vormerkung den Gläubiger nur gegen nachträgliches, nicht auch gegen anfängliches Leistungsvermögen des Schuldners sichern soll (BGHZ 134, 182). Es beugt zudem einer übermäßigen Vorverlegung des Vormerkungsschutzes vor und dient dadurch der Erhaltung der Verkehrsfähigkeit des betreffenden Grundstücks (BGHZ 134, 182). Schon der Wortlaut des § 886 BGB zeigt deutlich, dass der Gesetzgeber ohne Weiteres von der (ursprünglichen) Identität von Vormerkungsschuldner und betroffenem Rechtsinhaber ausging (vgl. Staudinger/*Gursky*, Neub. 2013, § 883 BGB Rdnr. 56). Die Zustimmung des Berechtigten zur Vormerkungsbestellung durch den nichtberechtigten Schuldner oder die sonstige Verfügungsmacht des Schuldners über das vormerkungsbetroffene fremde Liegenschaftsrecht genügt nicht (Staudinger/*Gursky*, § 883 BGB Rdnr. 56, mit Streitstand in Bezug auf die Frage einer Durchbrechung des Identitätsgebotes über den Fall des gutgläubigen Vormerkungserwerbs hinaus).

**15 2.** Angesichts des Vorgesagten hat das Grundbuchamt im vorliegenden Fall zu Recht die Auffassung vertreten, dass zur Eintragbarkeit der in Rede stehenden Vormerkung der Beteiligte zu 2 als Erwerber im Grundbuch als Eigentümer eingetragen sein muss. Er ist der Schuldner des gesicherten Anspruches. Die Beteiligte zu 1 als Anspruchsberechtigte kann nicht zugleich als Eigentümerin Schuldnerin des Anspruches sein. Eine Vormerkung, die einen Anspruch gegen den Beteiligten Ziffer 2 durch Eintragung bei dem betroffenen Grundstück sicherte, verstieße zurzeit gegen das Identitätsgebot.

**16** Der Senat sieht auch keine Veranlassung, abweichend hiervon aus den von der Beteiligten zu 1 genannten Gründen den Vormerkungsschutz vorzuverlagern. Richtig ist, dass die Eintragung einer Vormerkung auch zur Sicherung eines künftigen Anspruches zulässig ist (§ 883 Abs. 1 Satz 2 BGB). Ebenso ist richtig, dass im vorliegenden Fall für den Eigentumsverschaffungsanspruch des Beteiligten zu 2 nach dem Kaufvertrag vom 29.3.2018 insofern bereits ein „hinreichend fester Rechtsboden“ geschaffen worden ist, als ein Rücktrittsrecht des Erwerbers nicht vereinbart worden ist. Das ändert aber nichts daran, dass aus den genannten Gründen nach dem Identitätsgebot der Schuldner des gesicherten Anspruches im Zeitpunkt der Eintragung der Vormerkung Eigentümer des von der Vormerkung betroffenen Grundstücks sein muss. Ein Erwerbsanspruch des (zukünftigen) Schuldners und sogar eine sachen- und grundbuchrechtlich gesicherte Erwerbsaussicht durch Erwerbsvormerkung vermögen eine Vorverlagerung des Vormerkungsschutzes nicht zu rechtfertigen. Eine solche erscheint auch unter dem von der Beteiligten zu 1 angeführten Gesichtspunkt der Vermeidung von Wertungswidersprüchen zum gutgläubigen Vormerkungserwerb nicht angezeigt und ebenso wenig allein auf Grund eines entsprechenden praktischen Bedürfnisses veranlasst. Soweit die Beteiligte zu 1 unter Hinweis auf die Ausführungen von MünchKomm-BGB/*Kohler*, 7. Aufl. 2017, § 883 BGB Rdnr. 34 die Auffassung vertritt, es sei unschädlich, dass der Erwerber gegenwärtig nicht Eigentümer des Grundstücks ist, da er seine Verfügungsmacht von der Eigentümerin ableite, vermag der Senat dem nicht zu folgen. Es verbleibt beim Identitätsgebot.

(...)

## ANMERKUNG:

Von Notar Prof. Dr. **Christoph Reymann**, LL.M. Eur., Neustadt bei Coburg

### 1. Sachverhalt

Das OLG Stuttgart hatte in seinem Beschluss eine Sonderfrage der dinglichen Sicherung von Photovoltaikanlagen zu behandeln. Offensichtlich hatte die Verkäuferin eines Grundstücks auf dem dort befindlichen Gebäude eine Photovoltaikanlage angebracht, die trotz der Grundstücksveräußerung in ihrem Eigentum verbleiben sollte.<sup>1</sup> Um die Nutzung des Gebäudes zum Betrieb der Photovoltaikanlage dauerhaft zu sichern und den Eigentumsübergang an der Anlage aus Anlass der Grundstücksveräußerung zu verhindern, hatte sich die Verkäuferin – was unstreitig zulässig ist<sup>2</sup> – eine Eigentümerdienstbarkeit bestellt und im Grundbuch eintragen lassen.

Um auch nachfolgenden Anlagenbetreibern die Möglichkeit einzuräumen, eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit an dem Grundstück zu erhalten, war der Grundstückskäufer darüber hinaus gegenüber der Verkäuferin im Wege eines unechten Vertrags zugunsten Dritter die Verpflichtung eingegangen, beschränkte persönliche Dienstbarkeiten gleichen Inhalts wie die bestellte Eigentümerdienstbarkeit einzuräumen.<sup>3</sup> Als Dritte wurden dabei diejenigen vorgesehen, die von der Verkäuferin künftig benannt werden, weil sie in den Vertrag zur Nutzung des Gebäudes an Stelle der Verkäuferin eintreten.

Im Grundbuch abgesichert wurde dieser Anspruch der Verkäuferin aus unechtem Vertrag zugunsten Dritter durch eine einzige,<sup>4</sup> noch zulasten der Verkäuferin bestellte Vormerkung, deren Eintragung das Grundbuchamt allerdings ablehnte. Gegen die Zurückweisung des Grundbuchamts, die (Eigentümer-)Vormerkung einzutragen, legte der Notar Beschwerde zum OLG Stuttgart ein, die jedoch zu Recht erfolglos blieb.

### 2. Zulässigkeit einer (Eigentümer-)Vormerkung zur Sicherung des eigenen Nutzungsrechts

Das OLG Stuttgart behandelt in seiner Entscheidung folgende Spezialfrage zur dinglichen Sicherung von Photovoltaikanlagen näher: Ist es möglich, dass sich der Anlagenbetreiber zu einer Zeit, zu der er noch Grundstückseigentümer ist, nicht nur eine Eigentümerdienstbarkeit zur Sicherung seines eigenen Nutzungsrechts einräumt, sondern auch eine (Eigentümer-)Vormerkung zur Sicherung eines künftigen Dienstbarkeitsbestellungsanspruches bestellt, der ihm mit Blick auf nachfolgende Anlagenbetreiber zusteht?

- 1 Zur Anwendung von § 95 Abs. 1 Satz 2 BGB in Veräußerungskonstellationen: Gutachten, DNotI-Report 2014, 57.
- 2 BGH, Beschluss vom 14.7.2011, V ZB 271/10, BGHZ 190, 267 = DNotZ 2012, 137; BeckOGK-BGB/*Kazele*, Stand: 1.10.2018, § 1090 Rdnr. 15.
- 3 Allgemein zur Nachfolge in Photovoltaikdienstbarkeiten: *Reymann*, DNotZ 2010, 84, 99 ff.
- 4 Im Überblick zu der Frage, ob in einem solchen Fall eine einzige Vormerkung ausreichend sein kann: *Reymann*, MittBayNot 2017, 384 ff.

a) Für die Möglichkeit einer derart vorzeitigen Vormerkungsbestellung würde sprechen, dass der Eigentümer sich unproblematisch eine Eigentümerdienstbarkeit einräumen kann; dann muss es doch möglich sein – so ließe sich oberflächlich argumentieren –, dass er sich auch eine auf Bestellung einer Dienstbarkeit gerichtete Vormerkung, quasi als ein „Weniger“, einräumen können muss. Bei genauer Betrachtung greift diese Argumentation aber zu kurz. Denn anders als die Dienstbarkeit ist die Vormerkung ein streng akzessorisches Recht, welches zu seiner Entstehung zwingend das Bestehen eines schuldrechtlichen Anspruchs voraussetzt. Einen Anspruch gegen sich selbst kann ein Eigentümer aber nicht begründen, sodass er auch keine einen solchen Nicht-Anspruch sichernde (Eigentümer-)Vormerkung für sich bestellen kann.

b) Vor diesem Hintergrund erörterte das OLG Stuttgart, ob die zunächst als Eigentümvormerkung einzutragende Vormerkung möglicherweise den künftig der Verkäuferin gegenüber dem Käufer zustehenden Anspruch auf Dienstbarkeitsbestellung zugunsten noch zu benennender Dritter sichern konnte (§ 883 Abs. 1 Satz 2 BGB). Es hält diesem Ansatz aber zu Recht das Identitätsgebot entgegen, welches durch die sofortige Eintragung einer (Eigentümer-)Vormerkung verletzt werden würde. Denn nach dem Identitätsgebot muss bei einer Vormerkung der Schuldner des gesicherten Anspruchs mit der Person, deren Eigentum oder Grundstücksrecht im Zeitpunkt der Eintragung der Vormerkung von der künftigen Rechtsänderung betroffen ist, identisch sein.<sup>5</sup> Gegen dieses Identitätsgebot wäre vorliegend im Falle der Eintragung der Vormerkung verstoßen worden, weil Schuldner des künftigen Anspruchs, der durch Vormerkung gesichert werden sollte, der Käufer des Grundstücks war, während die Vormerkung noch durch die Verkäuferin bewilligt worden war.

Das Identitätsgebot ergibt sich nicht eindeutig aus dem Gesetz. Den §§ 883, 885 BGB lassen sich hierzu keine Aussagen entnehmen.<sup>6</sup> Die Vorschrift des § 886 BGB sowie diejenige des § 1179 BGB, wenn man in Letzterer eine Ausnahme vom Identitätsgebot sehen will, deuten jedoch auf die Existenz dieses Gebots hin.<sup>7</sup> Die Möglichkeit, eine Vormerkung gutgläubig von einem Buchberechtigten erwerben zu können, durchbricht das Identitätsgebot dagegen, was dessen Geltungsanspruch als Wirksamkeitserfordernis der Vormerkung aber nicht entgegensteht.<sup>8</sup> Denn vor allem Wertungsaspekte lassen sich für das Identitätsgebot ins Feld führen. So soll die Vormerkung den Gläubiger in erster Linie dagegen schützen, dass der Schuldner nachträglich die Rechtszuständigkeit zur Anspruchserfüllung verliert. Dieser Schutz ist aber gar nicht möglich, wenn der Schuldner bereits bei Bestellung nicht in der Lage war, den Anspruch aus eigenem Vermögen zu erfüllen.<sup>9</sup> Hinzu kommt, dass mit der Vormerkung faktisch eine Einschränkung der Verkehrsfähigkeit des betroffenen Grundstücks bzw. Grundstücksrechts einhergeht, sodass es unverhältnismäßig wäre, den Gläubiger bereits in einem Zeitpunkt zu schützen, in dem der Schuldner selbst noch gar nicht Verfügungsberechtigt ist. Auf diese Weise schützt das Identitätsgebot auch vor einer übermäßigen Vorverlegung des Vormerkungsschutzes bzw. – da das Identitätsgebot nach dem Legalitätsprinzip auch als Eintragungsvoraussetzung zu begreifen ist – vor gehaltenen Grundbucheintragungen, die als Quasi-Vormerkungen ohne Vormerkungsschutz den Grundstücksverkehr behindern.<sup>10</sup>

Angesichts dieser Zwecksetzungen ist es überzeugend, dass das OLG Stuttgart eine Ausnahme vom Identitätsgebot vorliegend nicht zuließ – und zwar auch nicht deswegen, weil der Grundstückskäufer als Schuldner des künftigen vormerkungsgesicherten Anspruchs mit Ermächtigung der Verkäuferin (§ 185 Abs. 1 BGB) als aktueller Grundstückseigentümerin die Vormerkung im eigenen Namen bewilligt haben könnte.<sup>11</sup> Das OLG Brandenburg hatte einen solchen Ermächtigungsansatz (§ 185 Abs. 1 BGB) in der Vergangenheit einmal – wie das OLG Stuttgart selbst offen legt – wohlwollend als Ausnahme vom Identitätsgebot akzeptiert.<sup>12</sup> Dies verdient jedoch keine Zustimmung. Denn der Fall, dass der Schuldner des gesicherten Anspruchs mit Zustimmung des Eigentümers eine Vormerkung bestellt (§ 185 Abs. 1 BGB) kann – entgegen dem OLG Brandenburg – nicht dem Fall gleichgesetzt werden, dass der Eigentümer bzw. Rechtsinhaber selbst als Anspruchsschuldner die Vormerkung bewilligt. Handelt der Anspruchsschuldner nur mit Ermächtigung des Eigentümers (§ 185 Abs. 1 BGB), kann er zwar die Vormerkung wirksam bewilligen, hat jedoch nicht ohne Weiteres die Rechtsmacht, später auch die durch den gesicherten Anspruch in Bezug genommene Rechtsänderung herbeizuführen. Selbst wenn der Eigentümer den Anspruchsschuldner auch hierzu gleich vorab ermächtigt (§ 185 Abs. 1 BGB), wäre eine solche Ermächtigung jederzeit widerruflich.<sup>13</sup> Im Insolvenzfall des Eigentümers genösse der Anspruchsgläubiger nicht einmal den Schutz des § 106 InsO.<sup>14</sup>

Auch wenn der vorliegende Fall des OLG Stuttgart noch die Besonderheit aufwies, dass der Käufer schon fast Eigentümer des Grundstücks war, rechtfertigt dies keine Ausnahme vom Identitätsgebot. Sicherlich hatten Verkäuferin und Käufer es demzufolge selbst in der Hand, ob der Käufer als Anspruchsverpflichteter des vormerkungsgesicherten Anspruchs und Bewilliger der Vormerkung (§ 185 Abs. 1 BGB) in Zukunft einmal in der Lage ist, den vormerkungsgesicherten Anspruch als Eigentümer aus eigenem Vermögen zu erfüllen.<sup>9</sup> Hinzu kommt, dass mit der Vormerkung faktisch eine Einschränkung der Verkehrsfähigkeit des betroffenen Grundstücks bzw. Grundstücksrechts einhergeht, sodass es unverhältnismäßig wäre, den Gläubiger bereits in einem Zeitpunkt zu schützen, in dem der Schuldner selbst noch gar nicht Verfügungsberechtigt ist. Auf diese Weise schützt das Identitätsgebot auch vor einer übermäßigen Vorverlegung des Vormerkungsschutzes bzw. – da das Identitätsgebot nach dem Legalitätsprinzip auch als Eintragungsvoraussetzung zu begreifen ist – vor gehaltenen Grundbucheintragungen, die als Quasi-Vormerkungen ohne Vormerkungsschutz den Grundstücksverkehr behindern.<sup>10</sup>

Auch wenn der vorliegende Fall des OLG Stuttgart noch die Besonderheit aufwies, dass der Käufer schon fast Eigentümer des Grundstücks war, rechtfertigt dies keine Ausnahme vom Identitätsgebot. Sicherlich hatten Verkäuferin und Käufer es demzufolge selbst in der Hand, ob der Käufer als Anspruchsverpflichteter des vormerkungsgesicherten Anspruchs und Bewilliger der Vormerkung (§ 185 Abs. 1 BGB) in Zukunft einmal in der Lage ist, den vormerkungsgesicherten Anspruch als Eigentümer aus eigenem Vermögen zu erfüllen.<sup>9</sup> Hinzu kommt, dass mit der Vormerkung faktisch eine Einschränkung der Verkehrsfähigkeit des betroffenen Grundstücks bzw. Grundstücksrechts einhergeht, sodass es unverhältnismäßig wäre, den Gläubiger bereits in einem Zeitpunkt zu schützen, in dem der Schuldner selbst noch gar nicht Verfügungsberechtigt ist. Auf diese Weise schützt das Identitätsgebot auch vor einer übermäßigen Vorverlegung des Vormerkungsschutzes bzw. – da das Identitätsgebot nach dem Legalitätsprinzip auch als Eintragungsvoraussetzung zu begreifen ist – vor gehaltenen Grundbucheintragungen, die als Quasi-Vormerkungen ohne Vormerkungsschutz den Grundstücksverkehr behindern.<sup>10</sup>

5 BGH, Beschluss vom 5.12.1996, V ZB 27/96, BGHZ 134, 182, 188; BGH, Beschluss vom 19.1.1954, V ZB 28/53, BGHZ 12, 115, 120; Schönher/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rdnr. 1493; Amann, DNotZ 1995, 252, 253; hierzu auch: BGH, Beschluss vom 13.2.2014, V ZB 88/13, DNotZ 2014, 606 Tz. 6.

6 Amann, DNotZ 1995, 252, 253.

7 Vgl. BGH, Beschluss vom 5.12.1996, V ZB 27/96, BGHZ 134, 182, 188; Amann, MittBayNot 2007, 13, 14.

8 Amann, DNotZ 1995, 252, 253.

9 Staudinger/Gursky, Neub. 2013, § 883 Rdnr. 56.

10 Amann, DNotZ 1995, 252, 253.

11 Dies als Ausnahme zum Identitätsgebot akzeptierend: MünchKomm-BGB/Kohler, 7. Aufl. 2017, 883 Rdnr. 34.

12 OLG Brandenburg, Beschluss vom 19.6.2008, 5 Wx 48/07, BeckRS 2008, 15841.

13 BeckOGK-BGB/Regenfus, Stand: 1.1.2019, § 185 Rdnr. 45.

14 Ebenfalls ablehnend m. w. N.: BeckOGK-BGB/Assmann, Stand: 1.7.2018, § 883 Rdnr. 88 f.

zu erfüllen. Dies könnte dazu verleiten, dass man das Schutzziel des Identitätsgebots, einerseits dem Anspruchsberechtigten wirksamen Vormerkungsschutz zu gewähren und andererseits das Grundbuch nicht durch gehaltlose Vormerkungseintragungen zu belasten, schon für erreicht erachtet. Vereinbar mit dem Identitätsgebot ist der Fall aber trotzdem nicht. Denn der abgeschlossene Kaufvertrag konnte vor Eigentumsumschreibung jederzeit aufgehoben oder durch Ausübung eines Rücktrittsrechts rückgängig gemacht werden. Würde man daher bereits in diesem Stadium eine Ausnahme vom Identitätsgebot zulassen, gäbe man es den Vormerkungsbeteiligten an die Hand, über die Geltungskraft des Identitätsgebots als sachenrechtliches Prinzip zu disponieren. Die Beteiligten könnten das Identitätsgebot abwählen, was mit dem Typenzwang des Sachenrechts nicht im Einklang steht.

### 3. Fazit

Das Fazit aus der OLG Stuttgart-Entscheidung liegt daher auf der Hand: Der Verkäufer eines Grundstücks, auf dem sich eine Photovoltaikanlage befindet, kann sich zwar vor Eigentumsübergang eine Eigentümerdienstbarkeit zur Sicherung seiner fortlaufenden Grundstücksnutzung zum Zwecke des Anlagenbetriebs eintragen lassen. Er kann sich wegen des Identitätsgebots aber keine Vormerkung vorbehalten, um einen künftigen Anspruch abzusichern, den er gegenüber dem Grundstückserwerber auf Bestellung von Photovoltaikdienstbarkeiten zugunsten Dritter hat.

Praktisch fällt diese Einschränkung nicht ins Gewicht. Denn oftmals werden Photovoltaikvormerkungen in vergleichbaren Konstellationen nicht zugunsten des Verkäufers, sondern zugunsten einer finanzierenden Bank bestellt. Dieser gegenüber kann sich der Verkäufer jedoch unproblematisch selbst verpflichten, Dienstbarkeiten und hierzu Vormerkungen zu bestellen. Tritt der Käufer in die Verpflichtung zur Bestellung der Dienstbarkeit dann aufschiebend bedingt durch die Eigentumsumschreibung auf ihn ein, bleibt auch der Vormerkungsschutz bestehen.<sup>15</sup>

Soll hingegen ausnahmsweise – wie im Sachverhalt der OLG Stuttgart-Entscheidung – der Verkäufer Berechtigter des vormerkungsgesicherten Anspruchs sein, wird es in der Regel ausreichen, dass die Vormerkung erst nach Eigentumsübertragung auf den Käufer durch diesen bestellt wird; zur Vermeidung von Zwischeneintragungen kann es sich in diesem Fall empfehlen, die Vormerkung sogleich im Wege eines verbundenen Antrags zusammen mit der Eigentumsumschreibung auf den Käufer zur Eintragung zu bringen (§ 16 Abs. 2 GBO). Schon vor Beantragung der Eigentumsumschreibung kann erforderlichenfalls zusätzlich bereits durch den Verkäufer ein Rangvorbehalt (§ 881 BGB) im Grundbuch eingetragen werden, sofern die Rangstelle für die avisierte Vormerkung bzw. Dienstbarkeit bereits vor Eigentumsumschreibung gesichert werden soll.<sup>16</sup>

15 BGH, Beschluss vom 13.2.2014, V ZB 88/13, DNotZ 2014, 606 m. Anm. *Amann*; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18.4.2011, I-3 Wx 85/11, DNotZ 2012, 63 m. Anm. *Reymann*.

16 Zum Rangvorbehalt bei Vormerkungen: MünchKomm-BGB/*Kohler*, 883 Rdnr. 67.

## 9. Unbeachtlicher Verzicht eines Urkundsbeteiligten auf sein grundbuchverfahrensrechtliches Antragsrecht

OLG Celle, Beschluss vom 17.5.2018, 18 W 18/18

*GBO* § 13 Abs. 1, § 15 Abs. 2, §§ 19, 22 Abs. 1 Satz 1, § 29 Abs. 1, § 46

*BeurkG* §§ 47, 49 Abs. 1, § 51 Abs. 1 Nr. 1

*BGB* §§ 878, 879 Abs. 1 Satz 1, § 892 Abs. 2, § 894

### LEITSÄTZE:

1. Ein Verzicht der Urkundsbeteiligten auf ihr Antragsrecht (§ 13 Abs. 1 GBO) ist grundbuchverfahrensrechtlich unbeachtlich (vgl. OLG Karlsruhe, Beschluss vom 12.5.1993, 11 W 186/92, BWNotZ 1994, 69).
2. Die in einem notariellen Kaufvertrag mit Auflassungserklärung und Bewilligung der Eintragung einer Auflassungsvormerkung mitbeurkundete Löschungsbewilligung (§ 19 GBO) des vormerkungsberechtigten Käufers kann im Verfahren über die Löschung der Vormerkung auch dann einen entsprechenden Antrag des Verkäufers (§ 13 Abs. 1 GBO) rechtfertigen, wenn dem Grundbuchamt nur die seinerzeit von dem Notar zum Zweck der Eintragung der Vormerkung eingereichte Ausfertigung vorliegt.

### SACHVERHALT:

1 I. Der Beteiligte zu 1 ist Eigentümer des im Grundbuch von A eingetragenen Grundbesitzes (...). In Abteilung II ist unter Nr. 6 aufgrund der in dem durch die Notarin W beurkundeten Kaufvertrag vom 25.7.2017 erklärten Bewilligung des Beteiligten zu 1 und des entsprechenden Antrags des Beteiligten zu 2 zu seinen – des Beteiligten zu 2 – Gunsten eine Auflassungsvormerkung eingetragen. Hierzu reichte die Notarin eine Ausfertigung des Kaufvertrags ein, bei der lediglich die Auflassungserklärungen fehlten.

2 In dem Kaufvertrag heißt es unter Ziffer III. 1.1.2. unter anderem:

„(Die Notarin) wird mit der Durchführung dieses Vertrags und seinem grundbuchamtlichen Vollzug beauftragt und bevollmächtigt.

(...) Die Vertragsparteien verzichten auf ihr eigenes Antragsrecht.“

3 Zur Auflassungsvormerkung heißt es unter Ziffer IV. 1.1.2. weiter:

„(...) der (Beteiligte zu 2) bewilligt und beantragt schon jetzt die Löschung dieser Vormerkung.

Der Notar wird unwiderruflich angewiesen, den Löschantrag zu stellen,

(...)

wenn der Käufer den Kaufpreis innerhalb von 2 Wochen nach Fälligkeit noch nicht gezahlt hat und nach Aufforderung durch eingeschriebenen Brief mit einer weiteren Frist von 2 Wochen durch den Notar die Zahlung nicht nachweist. Diese Voraussetzung unterliegt nicht der Prüfungspflicht des Grundbuchamtes. Der Notar wird erst tätig, wenn ihn der Verkäufer hierzu gesondert beauftragt.“

4 Unter IV. 1.1.3. ist bestimmt, dass eine die Auflassungserklärungen enthaltene Ausfertigung bei der Notarin zu treuen Händen verbleiben solle; im Übrigen seien Ausfertigungen und beglaubigte Abschriften ohne die Auflassungserklärungen herzustellen.

5 Ferner wurde der

„schuldrechtliche Teil des Vertrags – also mit Ausnahme der ‚Auflassung‘ und der ‚Auflassungsvormerkung‘ (...) unter der aufschiebenden Bedingung gefasst,“

dass der Beteiligte zu 2 bis zum 31.10.2017 einen Bauantrag für die Errichtung einer Pflegeeinrichtung stellt (vgl. Ziffer IV. 1.1.4.). Nach der Bestimmung in Ziffer IV. 1.1.4 Abs. 2 und 4 sollte der Beteiligte zu 1 von dem Vertrag zurücktreten können, wenn der Beteiligte zu 2 binnen bestimmter Frist den Bauantrag nicht eingereicht oder der Beteiligte zu 2 die bereits für die „Kaufoption“ fällige Zahlung von 20.000 € nicht fristgerecht geleistet hat. Eine Rücktrittserklärung sollte der insoweit für den Beteiligten zu 2 zum Empfang bevollmächtigten Notarin (bzw. ihrem Vertreter) zu übersenden sein.

**6** Durch den durch Notar B beurkundeten Kaufvertrag vom 1.12.2017 verkaufte der Beteiligte zu 1 den vorbezeichneten Grundbesitz an die Beteiligte zu 3, für die anschließend in Abt. II unter Nr. 7 ebenfalls eine Auflassungsvormerkung eingetragen wurde.

**7** Am 4.1.2018 beantragte der Beteiligte zu 1 zu Protokoll der Urkundsbeamtin die Löschung der zugunsten des Beteiligten zu 2 unter Nr. 6 eingetragenen Auflassungsvormerkung. Zur Begründung trug er vor, dass er von dem Kaufvertrag vom 25.7.2017 zurückgetreten sei, weil der Beteiligte zu 2 weder einen Bauantrag gestellt noch die 20.000 € für die „Kaufoption“ gezahlt habe.

**8** Die Notarin teilte dem Grundbuchamt auf Anfrage hin mit, dass sie sich nicht mehr für berechtigt halte, den Löschantrag zu stellen. Sie habe nämlich den Kaufpreis infolge des Rücktritts durch den Beteiligten zu 1 nicht mehr fällig stellen können, sodass die Voraussetzungen ihrer Ermächtigung nach Ziffer IV. 1.1.2. nicht mehr vorgelegen hätten.

**9** Den Löschantrag hat die Rechtspflegerin des Grundbuchamts mit der Begründung zurückgewiesen, dass der Beteiligte zu 1 aufgrund des Verzichts auf sein eigenes Antragsrecht nicht berechtigt sei, den Löschantrag zu stellen.

**10** Hiergegen wendet sich der Beteiligte zu 1 mit seiner Beschwerde, mit welcher er sein Ziel weiterverfolgt. Er macht geltend, dass der Beteiligte zu 2 weder die Zahlung für die „Kaufoption“ erbracht noch fristgerecht einen Bauantrag gestellt habe. Er – der Beteiligte zu 1 – habe mit Schreiben vom 24.11.2017 gegenüber der Notarin den Rücktritt erklärt, welche die Erklärung an den Beteiligten zu 2 auch weitergeleitet habe. Die Löschung müsse schon aufgrund der im notariellen Vertrag enthaltenen unbedingten Löschanbewilligung des Beteiligten zu 2 erfolgen. Der weiter erforderliche Antrag nach § 13 GBO könne auch von dem Beteiligten zu 1 gestellt werden und dieses Antragsrecht könne nicht durch eine „verdrängende Vollmacht“ des Notars wirksam eingeschränkt werden. Überdies sei die der Notarin erteilte Vollmacht auch nicht „verdrängend“. Auf die materielle Wirksamkeit der Rücktrittserklärung komme es nicht an.

## AUS DEN GRÜNDEN:

**11** II. Das gegen die Zurückweisung des Antrags auf Löschung der Vormerkung wegen Erlöschens der durch sie gesicherten Forderung gerichtete Rechtsmittel hat zunächst Erfolg.

**12** 1. Die nach § 11 Abs. 1 RpfVG, § 71 Abs. 1 GBO statthafte und auch im Übrigen (vgl. § 73 Abs. 1 und 2 Satz 1 GBO) in zulässiger Weise eingelegte Beschwerde ist begründet.

**13** a) Die zugunsten des Beteiligten zu 2 eingetragene Auflassungsvormerkung konnte allerdings nicht im Wege der Grundbuchberichtigung nach § 22 Abs. 1 GBO gelöscht werden. Eine Auflassungsvormerkung kann zwar grundsätzlich nach § 22 Abs. 1 Satz 1 GBO – jedenfalls entsprechend (vgl. Bauer/von Oefele/Kohler, GBO, 3. Aufl., § 22 Rdnr. 42) – auch ohne Löschanbewilligung des aus der Vormerkung Berechtigten gelöscht werden, wenn der durch sie gesicherte schuldrechtliche Anspruch erloschen ist (vgl. BGH, Urteil vom 22.1.2009, IX ZR 66/07, juris Rdnr. 12; Hügel/Holzer, GBO, 3. Aufl., § 22 Rdnr. 33). Es war jedoch den Grundakten nicht zu entnehmen, dass das Erlöschen des Eigentumsübertragungsanspruchs

durch wirksamen Rücktritt des Beteiligten zu 1 in der von § 29 Abs. 1 GBO verlangten Form (vgl. BGH, Beschluss vom 3.5.2012, V ZB 258/11, juris Rdnr. 11; Hügel/Holzer, a. a. O.) dem Grundbuchamt nachgewiesen wurde.

**14** b) Die in Abt. II unter Nr. 6 eingetragene Auflassungsvormerkung kann jedoch aufgrund der in dem Vertrag unter Ziffer IV. 1.1.2. durch die Notarin beurkundeten Löschanbewilligung des Beteiligten zu 2 und dem entsprechenden Antrag des Beteiligten zu 1 (§ 13 Abs. 1 GBO) gelöscht werden.

**15** aa) Der Beteiligte zu 1 durfte den verfahrenseinleitenden Antrag (§ 13 Abs. 1 GBO) stellen.

**16** (1) Antragsberechtigt ist nach § 13 Abs. 1 Satz 2 GBO jeder, der rechtlich betroffen oder begünstigt ist. Erforderlich ist zwar eine unmittelbare Betroffenheit oder Begünstigung (vgl. Bauer/von Oefele/Bauer, GBO, § 13 Rdnr. 42; Hügel/Reetz, GBO, § 13 Rdnr. 64), während allein das rechtliche Interesse, an einer uneingeschränkten Vollziehung einer schuldrechtlichen Vereinbarung, die etwa neben der Übertragung des Grundstücks auch auf eine Löschung der vorrangigen Vormerkung abzielt, nicht zur Antragsberechtigung nach § 13 Abs. 1 Satz 2 GBO führt (vgl. BGH, Beschluss vom 19.12.2013, V ZB 209/12, juris Rdnr. 7). Letzteres ist hier jedoch nicht der Fall. Vielmehr wäre der Beteiligte zu 1 als (Noch-)Grundstückseigentümer berechtigt, von dem Beteiligten zu 2 die Berichtigung des Grundbuchs nach § 894 BGB dahin zu verlangen, als die zu seinen – des Beteiligten zu 2 – Gunsten eingetragene Auflassungsvormerkung infolge Nichtbestehens des gesicherten Anspruchs zu Unrecht eingetragen bliebe (vgl. MünchKomm-BGB/Kohler, 7. Aufl., § 894 Rdnr. 18), und damit vom Antragsvollzug unmittelbar begünstigt im Sinne von § 13 Abs. 1 Satz 2 GBO (vgl. dazu: BGH, Beschluss vom 19.12.2013, a. a. O., Rdnr. 7). Somit kommt es nicht darauf an, ob auch der ebenfalls unter Ziffer IV.1.1.2. beurkundete, auf Löschung der Vormerkung gerichtete „Antrag“ des Beteiligten zu 2 als verfahrenseinleitende Handlung (§ 13 Abs. 1 GBO) taugen würde.

**17** (2) Zu Recht weist der Beteiligte zu 1 darauf hin, dass ein Verzicht auf das Antragsrecht als öffentlichrechtliche Rechtsposition mangels Dispositionsbefugnis der Vertragsbeteiligten grundbuchverfahrensrechtlich unbeachtlich ist (vgl. OLG Karlsruhe, Beschluss vom 12.5.1993, 11 W 186/92, BWNotZ 1994, 69; Bauer/von Oefele/Bauer, GBO, § 13 Rdnr. 66; Demharter, GBO, 30. Aufl., § 13 Rdnr. 57, Hügel/Reetz, GBO, § 13 Rdnr. 122; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 88, 183 a. E.; a. A. OLG Hamm, Beschluss vom 26.3.1975, 15 Wx 197/74, OLGZ 1975, 294, 300). Da der Notar nur eine abgeleitete Berechtigung zur Antragstellung hat (vgl. § 15 Abs. 2 GBO), kann die Verfahrensherrschaft der Urkundsbeteiligten nicht zu seinen – des Notars – Gunsten beseitigt werden, zumal der geordnete Urkundsvollzug, dem ein solcher Verzicht allein dient, anderweitig, etwa durch Ausschluss der Erteilung vollzugsfähiger Abschriften (vgl. § 51 Abs. 2 BeurkG), gesichert werden kann (vgl. Hügel/Reetz, a. a. O.). Demgegenüber widerspräche es der Ausgestaltung des Grundbuchverfahrens, wenn das Grundbuchamt über § 13 Abs. 1 GBO hinaus zu prüfen hätte, welcher Beteiligte aufgrund welcher vertraglicher Bestimmungen unter welchen Voraussetzungen berechtigt wäre, einen verfahrenseinleitenden



den Antrag zu stellen (vgl. OLG Karlsruhe, Beschluss vom 12.5.1993, a. a. O., S. 70), zumal an den Antrag wesentliche Rechtsfolgen anknüpfen (vgl. nur § 17 GBO, §§ 878, 879 Abs. 1 Satz 1, § 892 Abs. 2 BGB).

**18 bb)** Die den Löschantrag (§ 13 Abs. 1 GBO) rechtfertigende Bewilligung (§ 19 GBO) ist in dem durch die Notarin beurkundeten Kaufvertrag vom 25.7.2017 unter Ziffer IV. 1.1.2. mitbeurkundet worden und liegt dem Grundbuchamt formgerecht (§ 29 Abs. 1 GBO) in Ausfertigung (§§ 47, 49 Abs. 1 BeurkG) vor.

**19 (1)** Die Löschanbewilligung hat ihre Funktion als verfahrensbegründende Erklärung (vgl. dazu: Bauer/von Oefele/Kössinger, GBO, § 19 Rdnr. 29, 33 m. w. N.), nicht dadurch verloren, dass die Notarin seinerzeit die Ausfertigung des Kaufvertrags bei dem Grundbuchamt eingereicht und auf Grundlage der Eintragungsbewilligung des Beteiligten zu 1 beantragt hatte, zugunsten des Beteiligten zu 2 die Aufassungsvormerkung einzutragen. Denn durch die Eintragung der Aufassungsvormerkung hat sich der Zweck der Löschanbewilligung, den späteren Löschantrag verfahrensrechtlich zu rechtfertigen, gerade nicht erfüllt (vgl. dazu: Hügel/Holzer, GBO, § 19 Rdnr. 111; Bauer/von Oefele/Kössinger, GBO, § 19 Rdnr. 105) und die Löschanbewilligung des Beteiligten zu 2 ist noch nicht verbraucht. Selbst ein jahrzehntelanger Zeitraum zwischen dem Eingang der Bewilligungserklärung und der Stellung des Vollzugsantrags lässt die Verwendbarkeit der Erklärung unberührt (vgl. BayObLG, Beschluss vom 29.7.1993, 2 Z BR 62/93, DNotZ 1994, 182, 183; Bauer/von Oefele/Kössinger, GBO, § 19 Rdnr. 105, unter Hinweis auf OLG München, Beschluss vom 30.4.2015, 34 Wx 86/15, juris Rdnr. 21; vgl. auch Hügel/Holzer, GBO, § 19 Rdnr. 109).

**20 (2)** Die mitbeurkundete Löschanbewilligung kann verfahrensrechtliche Grundlage der Eintragung (§ 46 GBO) durch das Grundbuchamt sein, wenngleich die Notarin die Ausfertigung der Vertragsurkunde zunächst nur zum Zweck der Eintragung der Aufassungsvormerkung eingereicht hatte.

**21** Wirksamkeit in diesem Sinne erlangt die Bewilligung (§ 19 GBO), wenn die Ausfertigung der sie enthaltenden Urkunde mit dem Willen des Erklärenden dem Adressaten, also dem Grundbuchamt oder demjenigen, zu dessen Gunsten auf ihrer Grundlage eine Eintragung vorgenommen werden soll, formgerecht zugeht (vgl. OLG Stuttgart, Beschluss vom 5.3.2012, 8 W 75/12, juris Rdnr. 13; KG, Beschluss vom 4.11.2014, 1 W 247/14, juris Rdnr. 17). Bauer/von Oefele/Kössinger, GBO, § 19 Rdnr. 95; Hügel/Holzer, GBO, § 19 Rdnr. 28; Demharter, GBO, § 19 Rdnr. 21). So liegt es hier.

**22** Der Beteiligte zu 2 bewilligte die Löschung unbedingt (vgl. dazu: Bauer/von Oefele/Kössinger, GBO, § 19 Rdnr. 56 m. w. N.), während sich die aus der anschließenden Anweisung ergebenden Einschränkungen allein an die mit dem Vollzug des Kaufvertrags beauftragte Notarin richteten. Die Beteiligten ermächtigten die Notarin, die zum Vollzug des Kaufvertrags erforderlichen Anträge zu stellen und damit einhergehend notwendigerweise auch dazu, die erforderlichen Unterlagen einzureichen (vgl. Ziffer III.1.1.2.). Eingeschränkt haben die Urkundsbeteiligten die Verwendung von Ausfertigungen der Kaufvertragsurkunde nur hinsichtlich der mitbeur-

kundeten Aufassungserklärungen (Ziffer IV.1.1.3.). Das Grundbuchamt durfte daher davon ausgehen (vgl. auch § 15 Abs. 2 GBO), dass die Notarin die Ausfertigung mit dem Willen beider Beteiligten bei dem Grundbuchamt eingereicht hat (vgl. Bauer/von Oefele/Kössinger, GBO, § 19 Rdnr. 99). Die nur untereinander wirkende Verpflichtung der Urkundsbeteiligten (vgl. Ziffer III. 1.1.2.), ein eigenes Antragsrecht nicht auszuüben, ist gerade nicht durch Einschränkungen nach § 51 Abs. 2 BeurkG wirksam abgesichert worden.

**23** Ob die Löschanbewilligung bereits mit ihrer Abgabe gegenüber dem Beteiligten zu 1 dahin gehend Wirksamkeit erlangte und sogar unwiderrufflich ist (dazu: BayObLG, Beschluss vom 29.7.1993, 2 Z BR 62/93, DNotZ 1994, 182, 183 f.; KG, Beschluss vom 4.11.2014, a. a. O., Rdnr. 18; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 107), weil der Beteiligte zu 1, zu dessen Gunsten die Löschanbewilligung erklärt wurde, wie sich bei verständiger Würdigung (§ 133 BGB) jedenfalls aus der sich anschließenden Ermächtigung der Notarin ergibt, einen gesetzlichen Anspruch auf Erteilung einer Ausfertigung der Kaufvertragsurkunde hatte (§ 51 Abs. 1 Nr. 1 BeurkG; vgl. Lerch, BeurkG, 5. Aufl., § 51 Rdnr. 3), welchen die Urkundsbeteiligten nach Ziffer IV.1.1.3. – mit Ausnahme der Aufassungserklärungen – gerade nicht einschränkten, kann offenbleiben.

**24 cc)** Ob der Rücktritt von dem Kaufvertrag wirksam und der Eigentumsverschaffungsanspruch infolge Rücktritts erloschen ist, war von dem Grundbuchamt nicht zu prüfen (vgl. Demharter, GBO, § 19 Rdnr. 19; Hügel/Holzer, GBO, § 19 Rdnr. 14; Bauer/von Oefele/Kössinger, a. a. O. § 19 Rdnr. 8; jeweils m. w. N.). Dies unterstellt, stünde nicht mit Sicherheit fest, dass die Löschung das Grundbuch dauernd unrichtig machte (vgl. dazu: BGH, Beschluss vom 3.10.1985, V ZB 18/84, juris Rdnr. 10).

(...)

## 10. Abtretung eines Anspruchs auf Eintragung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit an einen Dritten

OLG Nürnberg, Beschluss vom 26.1.2016, 15 W 1608/15  
BGB §§ 399, 883, 1090, 1092

### LEITSÄTZE:

- 1. Der schuldrechtliche Anspruch auf Eintragung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit (Einräumungsanspruch) kann grundsätzlich nicht an einem Dritten abgetreten werden.**
- 2. Etwas anderes gilt dann, wenn sich der Grundstückseigentümer durch unechten Vertrag zugunsten Dritter gegenüber dem Versprechensempfänger verpflichtet hat, die Dienstbarkeit für einen Dritten zu bestellen, und die Abtretungsmöglichkeit schuldrechtlich vereinbart wurde.**

3. **Der einen Dritten begünstigende Einräumungsanspruch kann durch Vormerkung gesichert werden.**
4. **Der Umstand, dass die Person und Zahl der Drittbegünstigten noch nicht bekannt ist, steht der Eintragung der Vormerkung nicht entgegen, weil das grundbuchmäßige Erfordernis der genauen Bezeichnung des Anspruchsinhabers (Bestimmtheitserfordernis) nur für den Versprechensempfänger und nicht für die Drittbegünstigten gilt.**

### SACHVERHALT:

1 I. Die Beschwerdeführerin wendet sich gegen die Zurückweisung eines Eintragungsantrags.

2 Im Grundbuch des AG Regensburg von O Blatt (...) sind in Abteilung II bezüglich der dort jeweils bezeichneten Flurstücke des Bestandsverzeichnisses für die Antragstellerin beschränkte persönliche Dienstbarkeiten, nämlich ein Wegerecht, ein Kabelleitungsrecht und ein Abstandsflächenbebauungsverbot – jeweils bedingt –, sowie jeweils im Gleichrang hiermit entsprechende Vormerkungen zur Sicherung des Anspruchs auf Eintragung eines Wegerechts, eines Kabelleitungsrechts und eines Abstandsflächenbebauungsverbots für die Antragstellerin eingetragen, wobei jeweils vermerkt ist, dass der Anspruch bedingt und bedingt abtretbar ist.

3 Grundlage der eingetragenen Vormerkungen waren notarielle Verträge zwischen dem Grundstückseigentümer und der Antragstellerin, in denen unter Ziffer I der Grundstückseigentümer der Antragstellerin (bezeichnet als Betreiber) beschränkte persönliche Dienstbarkeiten auf dem jeweiligen Grundstück bestellte. Danach hat der Betreiber das Recht, auf den Grundstücken entsprechend den als Anlage zu dem entsprechenden Vertrag beigefügten Lageplänen eine Zuwegung entsprechend den Vorgaben des Anlagenherstellers herzustellen, zu nutzen und für die Dauer des Betriebes der Windkraftanlagen zu unterhalten, in einem Grundstücksstreifen (Schutzstreifen) von zwei Meter Breite und einer Tiefe von einem Meter eine Kabeltrasse (Stromkabel) herzustellen usw., wobei die Ausübung der Rechte Dritten überlassen werden könne.

4 Gemäß Ziffer II. („Anspruch auf Neubestellung von Dienstbarkeiten; Vormerkung“) dieser Verträge hat der Betreiber das Recht, den jeweils konkret bezeichneten Gestattungsvertrag, welcher Rechtsgrundlage für die Dienstbarkeit gemäß Ziffer I ist, auf Dritte ganz oder teilweise zu übertragen. Ferner haben etwaige Finanzierungsgläubiger des jeweiligen Betreibers das Recht, in den Gestattungsvertrag einzutreten bzw. Dritte zu benennen, die in den Gestattungsvertrag eintreten. Für diesen Fall hat sich der Eigentümer gegenüber dem Betreiber verpflichtet, zugunsten des vom Betreiber bzw. vom Finanzierungsgläubiger benannten Dritten beschränkte persönliche Dienstbarkeiten mit einem Inhalt entsprechend dem in Ziffer I Niedergelegten zu bestellen. Zur Sicherung dieses künftigen Anspruchs des Betreibers hat der Eigentümer auf Kosten des Betreibers unwiderruflich die Eintragung einer Vormerkung zugunsten des Betreibers im Gleichrang mit der aufgrund der obigen Ziffer I bestellten Dienstbarkeit zu bewilligen.

5 In Ziffer III bewilligt und beantragt der Eigentümer unwiderruflich, die in Ziffer I bestellte beschränkt persönliche Dienstbarkeit und zur Sicherung des Anspruchs des Betreibers auf Bestellung weiterer Dienstbarkeiten gemäß Ziffer II eine Vormerkung zugunsten des Betreibers nach näher bestimmtem Rangverhältnis einzutragen.

6 Entsprechende Vormerkungen und beschränkt persönliche Dienstbarkeiten, die das Recht beinhalten, auf den bezeichneten Grundstücken Photovoltaikanlagen und sämtliche zu deren Betrieb erforderlichen Nebenanlagen und Zubehör, insbesondere Transformator- und Übergabestation für erzeugten Strom, Leitungen und Kabel zu errichten, zu betreiben, zu unterhalten und ggf. durch andere derartige Photovoltaikanlagen samt Nebenanlagen und Zubehör zu ersetzen sowie die Grundstücke zu diesem Zweck jederzeit zu betreten, zu

befahren und sonst im erforderlichen Umfang in Anspruch zu nehmen, sind in weiteren Grundbuchblättern der Gemarkungen O, D, M und R eingetragen.

7 Mit notariell unterschrittsbeglaubigtem Schreiben vom 23.2.2015 trat die Antragstellerin diese Vormerkungen mit allen Rechten und Pflichten zur Sicherung einer zukünftigen Darlehensforderung des Zessionars gegen den Zedenten an die G-Bank eG (nachstehend als zukünftiger Nutzer bezeichnet) ab und bewilligte und beantragte „unwiderruflich die Eintragung der in obiger Ziffer I bestellten Vormerkungen einer beschränkt persönlichen Dienstbarkeit zugunsten des zukünftigen Nutzers“.

8 Das AG Regensburg – Grundbuchamt – erteilte am 10.3.2015 den rechtlichen Hinweis, dass der beantragten Eintragung folgendes Hindernis entgegenstehe: Eine Vormerkung sei nur insoweit abtretbar, soweit das zu begründende Recht abtretbar sei. Da die vorgemerkten Dienstbarkeiten nicht gemäß § 1092 BGB übertragbar seien, scheidet auch eine Abtretung der Vormerkung aus.

9 Das Grundbuchamt wies sodann den Antrag auf Eintragung mit Beschluss vom 4.5.2015 zurück, da der Inhalt der oben genannten Urkunde nicht eintragungsfähig sei.

10 Gegen diesen der Antragstellerin am 6.5.2015 zugestellten Beschluss legte die (...) Vertreterin der Antragstellerin (...) Beschwerde ein und beantragte, den Beschluss des Grundbuchamts vom 4.5.2015 aufzuheben und dem Antrag stattzugeben.

11 Zur Begründung führt sie unter anderem aus, der Antrag auf Eintragung der Vormerkung sowie einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit zugunsten der G-Bank entspreche dem Zweck der ursprünglichen Eintragung. Dieser sei gerade die Herstellung einer Sicherungsfunktion für einen zukünftigen Finanzierungspartner. Im vorliegenden Fall sei eine zukünftige Forderung gesichert worden, nämlich der Anspruch des Betreibers auf die Bestellung weiterer Dienstbarkeiten; die Vormerkung sollte insbesondere für Finanzierungsgläubiger des Betreibers die Sicherung von deren Ansprüchen bezwecken. Der Antrag vom 23.2.2015 auf Übertragung dieser Vormerkung auf die G-Bank entspreche damit dem Eintragungszweck. Die Formulierung „Abtretung einer Vormerkung“ sei formell unrichtig gewesen, da eine solche nicht abtretbar sei. Die Auslegung müsse aber dazu führen, dass der Zweck – nämlich die Eintragung der G-Bank als Berechtigter der Vormerkung – als zulässig und eintragungsfähig erkannt werde, also ein Wechsel des Berechtigten gewollt sei. Die Formulierung „Abtretung der Vormerkung“ an die G-Bank sei nicht Teil der Grundbucheintragung und als Wunsch zur Eintragung eines Berechtigtenwechsels auszulegen.

12 Das Grundbuchamt half der Beschwerde (...) nicht ab und legte die Akten dem OLG Nürnberg (...) vor. Es führte aus, die Nichtabtretbarkeit ergebe sich aus dem Umkehrschluss aus § 1092 Abs. 3 BGB.

### AUS DEN GRÜNDEN:

13 II. Die Beschwerde gegen die Ablehnung der Eintragung ist statthaft (§ 71 Abs. 1 GBO) und auch im Übrigen zulässig. Die Beschwerdeführerin ist antragsberechtigt (§ 13 Abs. 1 Satz 2 GBO). Die Beschwerde ist auch begründet.

14 1. Die Abtretung der durch die Vormerkungen gesicherten schuldrechtlichen Ansprüche auf Eintragung beschränkter persönlicher Dienstbarkeiten zugunsten der vom Betreiber (= der Antragstellerin) benannten Dritten ist in der hier vorliegenden Fallkonstellation zulässig.

15 a) Grundsätzlich ist die beschränkte persönliche Dienstbarkeit allerdings gemäß § 1092 Abs. 1 Satz 1 BGB mit Ausnahme der in § 1092 Abs. 2 und 3 BGB genannten Fälle nicht übertragbar. Diese Vorschrift ist zwingendes Recht (vgl. BayObLGZ 1980, 176 = juris Rdnr. 17). Die genannten Aus-

nahmenvorschriften helfen vorliegend nicht weiter. Ein Fall des § 1092 Abs. 2 i. V. m. § 1059a BGB (Gesamtrechtsnachfolge und Unternehmensübertragung) liegt nicht vor. § 1092 Abs. 3 BGB betrifft die unmittelbar der Fortleitung von Energie, nicht aber der Energiegewinnung selbst dienende Anlagen (OLG München, NotBZ 2013, 198 = juris Rdnr. 10; *Reese/Hampel*, RdE 2009, 170, 176; *Keller*, DNotZ 2011, 99), wie etwa Photovoltaikanlagen (vgl. Palandt/*Bassenge*, 74. Aufl., § 1092 Rdnr. 3), Windkraftanlagen, deren Errichtung und Betrieb dienende Wegerechte oder das Recht zum Gebrauch des von den Rotoren beanspruchten Luftraums (*Reese/Hampel*, RdE 2009, 170, 176).

**16** Insoweit hat der Gesetzgeber einen abgeschlossenen Katalog dessen geschaffen, was Gegenstand der Dienstbarkeit sein muss, um im Sinne des § 1092 Abs. 3 BGB übertragbar zu sein. Es muss sich entweder um eine Versorgungsleitung, eine Telekommunikationsanlage, eine Bahnanlage oder um eine Produktleitung wie zum Beispiel eine Ölpipeline handeln (OLG München, Rpfleger 2006, 463 = juris Rdnr. 9 f; OLG München, NotBZ 2013, 198 = juris Rdnr. 10; vgl. hierzu *Soergel/Stürmer*, BGB, 13. Aufl., § 1092 Rdnr. 6), wozu allerdings auch – funktionsbezogen – etwa die Nutzung eines Versorgungswegs gehört, der ausschließlich den Zugang zur Wartung und Instandhaltung einer Leitungsanlage im engeren Sinn gewährleistet (so OLG Hamm, Rpfleger 2014, 306 = juris Rdnr. 28; *Soergel/Stürmer*, BGB, § 1092 Rdnr. 6). Diese Voraussetzungen liegen jedenfalls für den überwiegenden Teil der zugunsten der Antragstellerin eingetragenen beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten nicht vor.

**17** Der Unzulässigkeit der Übertragung der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit liegt zugrunde, dass die Dienstbarkeit auf das persönliche Bedürfnis des Berechtigten zugeschnitten und an eine bestimmte Person gebunden ist (BGH, NJW 2010, 1074 = juris Rdnr. 27). Dies rechtfertigt auch die Annahme der grundsätzlichen Unabtretbarkeit des schuldrechtlichen Anspruchs auf Bestellung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit (BGH, NJW 2010, 1074 = juris Rdnr. 27; BGHZ 28, 99 = juris Rdnr. 22; Anwaltskommentar-BGB/*Otto*, 2004, § 1092 Rdnr. 7; Palandt/*Grüneberg*, § 399 Rdnr. 4). Dies gilt jedenfalls dann, wenn Versprechensempfänger und Begünstigter identisch sind (BGH, NJW 2010, 1074 = juris Rdnr. 27). Denn das Interesse des Verpflichteten an der Beibehaltung des ursprünglichen Berechtigten ist vor der Entstehung des Rechts (§ 873 BGB) in demselben Maß vorhanden und deshalb ebenso schützenswert (BGH, NJW 2010, 1074 = juris Rdnr. 27). Die grundsätzliche Unabtretbarkeit des schuldrechtlichen Anspruchs auf Einräumung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit ergibt sich aus der Gleichstellung von dinglichem Recht und Bestellsungsanspruch in den Ausnahmenvorschriften § 1092 Abs. 2 BGB, § 1092 Abs. 3 BGB sowie § 1059e BGB (so OLG München, MittBayNot 2012, 466 = juris Rdnr. 11; *Soergel/Stürmer*, BGB, § 1092 Rdnr. 2; *Staudinger/J. Mayer*, Neub. 2008, § 1092 Rdnr. 4; *Erman/Grziwotz*, BGB, 14. Aufl., § 1092 Rdnr. 4), lässt sich aber auch mit § 399 1. Alt. BGB begründen (vgl. OLG München, MittBayNot 2012, 466 = juris Rdnr. 11; MünchKomm-BGB/*Joost*, 5. Aufl., § 1092 Rdnr. 3; *Staudinger/J. Mayer*, § 1092 Rdnr. 4; *Erman/Grziwotz*, BGB, § 1092 Rdnr. 4; weitere Nachweise bei *Reymann*, DNotZ 2010, 84, 103 Fn. 89-91).

**18 b)** Der Umstand, dass der Versprechensempfänger (also die Antragstellerin) und der Begünstigte der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit schon nach dem Inhalt des schuldrechtlichen Vertrags zwischen der Grundstückseigentümerin und der Antragstellerin auseinanderfallen können, gebietet jedoch vorliegend eine Ausnahme vom Grundsatz der Unübertragbarkeit des durch Vormerkung gesicherten schuldrechtlichen Anspruchs auf Einräumung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit.

**19 aa)** Der BGH hat erstmals in einer aus dem Jahr 1958 stammenden Entscheidung unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des RG (DJZ 1903, 549) eine Übertragung des schuldrechtlichen Dienstbarkeitsbestellsungsanspruchs dann zugelassen, wenn von vornherein Versprechensempfänger und Begünstigter nicht identisch sind, also wenn aufgrund eines unechten Vertrags zugunsten Dritter von Anfang an die versprochene Leistung einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger (Versprechensempfänger) berechtigen soll. Im zugrunde liegenden Fall stand dem Berechtigten ein Kiesausbeuterecht als beschränkte persönliche Dienstbarkeit zu. Außerdem war für ihn eine Vormerkung zur Sicherung seines Anspruchs bestellt und im Grundbuch eingetragen, wonach sich der Grundstückseigentümer dem Berechtigten gegenüber verpflichtete, für den Fall, dass dieser stirbt, seinen Erben, oder für den Fall, dass er sein Geschäft veräußert, dem jeweiligen Erwerber das gleiche Recht einzuräumen und die gleiche Dienstbarkeit zu bestellen. Nach der Rechtsprechung des BGH sei es eine Frage des Einzelfalls, ob der Anspruchsinhalt einen Gläubigerwechsel ausschließt. Eine inhaltliche Gebundenheit an die Person des Erstgläubigers oder des Begünstigten gehöre nämlich nicht zum Wesen des Dienstbarkeitsbestellsungsanspruchs (BGHZ 28, 99 = juris Rdnr. 22).

**20** Dieser vom BGH vertretenen Ansicht haben sich Teile der Rechtsprechung und der Literatur angeschlossen (vgl. OLG München, MittBayNot 2012, 466 = juris Rdnr. 11; Anwaltskommentar-BGB/*Otto*, § 1092 Rdnr. 7; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 1204; Palandt/*Bassenge*, § 1092 Rdnr. 5; *Keller*, DNotZ 2011, 99, 108; RGRK-BGB/*Rothe*, 11. Aufl., § 1092 Rdnr. 1; zurückhaltend *Staudinger/J. Mayer*, § 1092 Rdnr. 4; einschränkend *Zeiser*, Rpfleger 2009, 285, 286: nur wenn der Begünstigte feststeht, sodass der abgetretene Anspruch stets auf die Eintragung des Rechts derselben anderen Person gerichtet ist; abl. *Prütting/Wegen/Weinreich/Ahrens*, BGB, 10. Aufl., § 1092 Rdnr. 2). In einer neueren Entscheidung hat der BGH diese Frage offengelassen, indem er – wie oben ausgeführt – von der grundsätzlichen Unabtretbarkeit des schuldrechtlichen Dienstbarkeitsbestellsungsanspruchs jedenfalls dann ausgeht, wenn Versprechensempfänger und Begünstigter identisch sind (BGH, NJW 2010, 1074 = juris Rdnr. 27).

**21 bb)** Der Senat folgt der Auffassung des BGH aus dem Jahr 1958.

**22** Seit der genannten BGH-Entscheidung entspricht es der wohl überwiegenden Ansicht, dass es zulässig ist, wenn der Grundstückseigentümer dem Versprechensempfänger schuldrechtlich den Anspruch einräumt, die Bestellung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit zugunsten einer ande-

ren Person zu verlangen (OLG Naumburg, Urteil vom 18.12.2001, 11 U 213/01, ZNER 2002, 224 = juris Rdnr. 23; Staudinger/*J. Mayer*, § 1090 Rdnr. 44; Erman/*Grziwotz*, § 1092 Rdnr. 4; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 1204; *Keller*, DNotZ 2011, 99, 108; *Peters*, WM 2013, 2016, 2019 f.; *Zeiser*, Rpfleger 2009, 285, 286). Ferner kann dem Versprechensempfänger ein Anspruch auf wiederholte Bestellung inhaltsgleicher Dienstbarkeiten zugunsten mehrerer Berechtigter – auch aufschiebend bedingt – eingeräumt werden (vgl. BGHZ 28, 99 = juris Rdnr. 19; RGZ 128, 246, 249; OLG München, MittBayNot 2011, 231 = juris Rdnr. 6; MittBayNot 2012, 466 = juris Rdnr. 10; OLG Naumburg, Urteil vom 18.12.2001, 11 U 213/01, ZNER 2002, 224 = juris Rdnr. 23; Staudinger/*J. Mayer*, § 1090 Rdnr. 44; Erman/*Grziwotz*, BGB, § 1092 Rdnr. 4; *Reese/Hampel*, RdE 2009, 170, 176; *Böttcher*, NJW 2012, 822, 826).

**23** Die Zulässigkeit eines Vertrags mit diesem Inhalt ergibt sich aus dem Grundsatz der Vertragsfreiheit, der durch die gesetzlich festgelegte Unübertragbarkeit der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit insoweit nicht beeinträchtigt wird, da der schuldrechtliche Dienstbarkeitsbestellungsanspruch von dem dinglichen Recht zu unterscheiden ist (vgl. hierzu BGHZ 28, 99 = juris Rdnr. 19; LG Traunstein, NJW 1962, 2207). Dies gilt unbeschadet der Regelungen des § 1092 Abs. 2 und 3 BGB, die in den dort genannten Fällen die Übertragbarkeit der dinglichen Dienstbarkeit und ausdrücklich auch des schuldrechtlichen Einräumungsanspruchs ausnahmsweise zulassen. Soweit teilweise damit argumentiert wird, dass der Entscheidung des BGH aus dem Jahr 1958 durch die in § 1092 Abs. 2 und 3 BGB erfolgte Gleichstellung der Boden entzogen worden sei, da der Gesetzgeber bei der Neuregelung der Abtretbarkeit sich anders entschieden hätte, wenn er der Linie des BGH hätte folgen wollen (vgl. *Zeiser*, Rpfleger 2009, 285, 286 Fn. 7), trifft dies nicht zu. Die durch Gesetz vom 5.3.1953 (BGBl. I, S. 33) eingefügte Vorschrift des § 1092 Abs. 2 BGB war in der Ursprungsfassung bereits vor der Entscheidung des BGH in Kraft getreten und wird von diesem ausdrücklich als Beleg dafür herangezogen, dass der Gesetzgeber eine Korrektur der rechtspolitisch umstrittenen Unübertragbarkeit vorgenommen hat (BGHZ 28, 99 = juris Rdnr. 19). Mit der durch Gesetz zur Änderung des Rechts der persönlich beschränkten Dienstbarkeiten vom 17.7.1996 (BGBl. I, S. 990) eingefügten und am 6.8.1996 in Kraft getretenen Vorschrift des § 1092 Abs. 3 BGB soll – so die Entwurfsbegründung – erreicht werden, dass bestimmte Gruppen von beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten in der Hand von juristischen Personen – abweichend von § 1059 Satz 1 BGB und über die Regelung in § 1092 Abs. 2 BGB i. V. m. § 1059a BGB hinausgehend – übertragbar gemacht werden, ohne dass weitere Voraussetzungen vorliegen müssten (vgl. BT-Drucks. 13/3604, S. 7). Dies stellt eine Sonderregelung für Anlagen zur Fortleitung von dort bezeichneten Stoffen dar.

**24** Die Gesetzesbegründung setzt sich demgemäß überhaupt nicht mit der Rechtsprechung des BGH zur Frage der Abtretbarkeit von Dienstbarkeitsbestellungsansprüchen zugunsten Dritter auseinander, sodass hieraus auch keine Schlüsse für die im vorliegenden Fall zu beurteilende Konstellation gezogen werden könnten.

**25** Auch sonst stehen keine Gründe der Zulässigkeit der vertraglichen Begründung eines Anspruchs auf Einräumung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit zugunsten noch unbestimmter Dritter entgegen.

**26** Wenn der schuldrechtliche Anspruch auf Einräumung einer Dienstbarkeit von vornherein eine andere Person als den ursprünglichen Gläubiger begünstigen will, ist die Dienstbarkeit nach dem Willen der Vertragsparteien gerade nicht an die Person des ursprünglichen Gläubigers gebunden (vgl. OLG Naumburg, Urteil vom 18.12.2001, 11 U 213/01, ZNER 2002, 224 = juris Rdnr. 23). Hieraus folgt die Abtretbarkeit dieses Einräumungsanspruchs des Versprechensempfängers jedenfalls dann, wenn der Begünstigte von vornherein ein vom Versprechensempfänger oder gar – wie hier – von der finanzierenden Bank zu benennender Dritter ist und die Abtretungsmöglichkeit schuldrechtlich vereinbart wurde. § 399 BGB steht dann jedenfalls nicht entgegen, da in diesem Fall durch die Abtretung weder der Inhalt der Leistung verändert wird noch ein höchstpersönliches Recht im Raum steht (BGHZ 28, 99 = juris Rdnr. 22). Auch der dem Übertragungsverbot des § 1092 BGB zugrunde liegende Schutzzweck, dass die Dienstbarkeit auf das persönliche Bedürfnis des Berechtigten zugeschnitten und an eine bestimmte Person gebunden ist, wird hier nicht berührt.

**27 d)** Mit der Abtretung des Dienstbarkeitsbestellungsanspruchs durch die Antragstellerin an die finanzierende Bank geht die zugunsten der Antragstellerin eingetragene Vormerkung auf die finanzierende Bank über.

**28 aa)** Der Anspruch der Antragstellerin als Versprechensempfängerin gegenüber dem Grundstückseigentümer auf Einräumung der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit für einen Dritten konnte durch Vormerkung gesichert werden (vgl. KG, JfG 9, 207, 208 f.; Staudinger/*Gursky*, Neub. 2013, § 883 Rdnr. 75, 134; *Bassenge*, NJW 1996, 2777, 2778; *Böttcher*, NJW 2012, 822, 826; *Zeiser*, Rpfleger 2009, 285, 286). Vor allem genügt dieser Anspruch dem sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz. Dieser erfordert, dass der Vormerkungsberechtigte, der wegen der Akzessorietät der Vormerkung nur der Gläubiger der gesicherten Forderung sein kann (BGH, NJW 2009, 356 = juris Rdnr. 7; OLG Hamm, Rpfleger 2011, 367 = juris Rdnr. 12), feststeht (RGZ 128, 246, 248 ff.; Staudinger/*J. Mayer*, § 1090 Rdnr. 44; Soergel/*Stürner*, BGB, § 1092 Rdnr. 3), also entweder bereits festgelegt oder nach sachlichen Kriterien eindeutig bestimmbar ist (OLG Hamm, Rpfleger 2011, 367 = juris Rdnr. 12).

**29** Denn bei subjektbezogenen Eintragungen, zu denen die Vormerkung nach § 883 BGB gehören, bedarf es zwingend der Kennzeichnung des Berechtigten im Grundbuch (OLG Hamm, Rpfleger 2011, 367 = juris Rdnr. 12 m. w. N.; siehe auch *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 261d, 261i).

**30** Diese Voraussetzung ist erfüllt. Anspruchsinhaber war zunächst die Antragstellerin als Gläubigerin des gesicherten Dienstbarkeitsbestellungsanspruchs.

**31** Der Umstand, dass die Person und Zahl der Drittbegünstigten zur Zeit der Bewilligung und Eintragung der Vormerkung nicht bekannt ist, stand der Eintragung der Vormerkung nicht entgegen, weil das grundbuchmäßige Erfordernis der ge-

nauen Bezeichnung des Berechtigten (Bestimmtheitsanfordernis) nur für die anspruchsberechtigte Person gilt (vgl. BGHZ 28, 99 = juris Rdnr. 25; OLG München, MittBayNot 2011, 231 = juris Rdnr. 6; OLG Naumburg, Urteil vom 18.12.2001, 11 U 213/01, ZNER 2002, 224 = juris Rdnr. 23; Keller, DNotZ 2011, 99, 108), nicht aber für die Drittbegünstigten. Vormerkbar ist in diesem Fall immer nur der Anspruch des Versprechensempfängers (OLG Hamm, Rpfleger 2011, 367 = juris Rdnr. 12 f.; Erman/Grzivotz, BGB, § 1092 Rdnr. 4) auf Leistung an den von ihm zu bestimmenden Dritten (BGH, NJW 1983, 1543 = juris Rdnr. 21; BGH, NJW 2009, 356 = juris Rdnr. 7; OLG München, MittBayNot 2011, 231 = juris Rdnr. 5; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 1494; Keller, DNotZ 2011, 99, 108). So verhält es sich hier, da aufgrund eines unechten Vertrags zugunsten Dritter zwischen dem jeweiligen Grundstückseigentümer und der Antragstellerin der Anspruch der Antragstellerin als Versprechensempfängerin auf Einräumung einer Dienstbarkeit zugunsten künftiger Dritter durch die Vormerkung gesichert wird und nicht der Anspruch der Dritten selbst. In der Literatur wird diese Gestaltungsmöglichkeit als Ausweichstrategie empfohlen, um der fehlenden Übertragbarkeit einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit zu begegnen (vgl. Preuß, MittBayNot 2011, 231 m. w. N.). Durch diese Gestaltungsmöglichkeit kann die Antragstellerin (als Versprechensempfängerin aus dem jeweiligen Nutzungsvertrag) gegenüber dem jeweiligen Grundstückseigentümer verlangen, dass eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit zugunsten eines Dritten eingetragen und dass im Vorfeld deren Rang durch die gegenständlichen Vormerkungen gesichert wird (vgl. Reymann, DNotZ 2010, 84, 104).

**32** bb) Mit der wirksamen Abtretung des Anspruchs des Versprechensempfängers auf Einräumung einer Dienstbarkeit zugunsten eines noch zu bestimmenden Dritten an die finanzierende Bank (§ 398 BGB) geht auch die Vormerkung als akzessorisches Recht außerhalb des Grundbuchs auf Letztere über (§ 401 Abs. 1 BGB; vgl. allgemein BGH, NJW 2009, 356 = juris Rdnr. 8; zur beschränkten persönlichen Dienstbarkeit Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 1204; Keller, DNotZ 2011, 99, 108, 112).

**33** 2. Da das Grundbuchamt die beantragte Eintragung bereits deshalb abgelehnt hat, da es die Zulässigkeit der Abtretbarkeit der vorgemerkten schuldrechtlichen Ansprüche auf Einräumung einer Dienstbarkeit verneint hat, ist die Sache zur erneuten Entscheidung über den Eintragungsantrag, vor allem hinsichtlich der formellen Voraussetzungen, zurückzuverweisen.

**34** Vorsorglich weist der Senat auf Folgendes hin: Mit dem Übergang der Vormerkung auf die finanzierende Bank wird das Grundbuch, das weiterhin den ursprünglichen Berechtigten ausweist, unrichtig. Es kann dadurch berichtigt werden, dass der Übergang des Anspruchs, also die Abtretung bei der Vormerkung im Grundbuch vermerkt wird. Die Eintragungsfähigkeit der zulässigen Abtretung ergibt sich daraus, dass durch sie die Grundbuchunrichtigkeit beseitigt wird (BayObLGZ 1998, 206 = NJW-RR 1999, 309 = juris Rdnr. 8).

**35** Die Grundbuchberichtigung setzt entweder den Nachweis der Grundbuchunrichtigkeit in der Form des § 29 GBO (hier also den Nachweis einer wirksamen Abtretung) voraus oder

eine Berichtigungsbewilligung desjenigen, dessen Recht von der berichtigenden Eintragung betroffen wird (§§ 19, 22 Abs. 1 GBO; BayObLGZ 1998, 206 = juris Rdnr. 9; Demharter, GBO, 29. Aufl., Anh. § 44 Rdnr. 90). Der Eintragungsantrag der Antragstellerin hat eine Berichtigung aufgrund Berichtigungsbewilligung zum Ziel. Erforderlich und ausreichend ist dazu eine Bewilligung der im Grundbuch als Berechtigte der Vormerkung eingetragenen Antragstellerin, weil diese ihre Buchposition durch die Berichtigung verliert. Eine solche Bewilligung der Antragstellerin liegt vor. Diese hat in der Form des § 29 GBO unter Berufung auf eine entsprechende Abtretung die Eintragung der zu ihren Gunsten bestellten, im Grundbuch eingetragenen Vormerkungen zur Sicherung des Anspruchs auf Eintragung beschränkter persönlicher Dienstbarkeiten zugunsten der finanzierenden Bank bewilligt und beantragt.

(...)

#### ANMERKUNG:

Von Notar Dr. **Markus Sikora**, München

##### 1. Sachverhalt

Bei der Entscheidung des OLG Nürnberg ging es um die Frage, ob ein Anspruch auf Eintragung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit abtretbar ist, obwohl § 1092 Abs. 1 Satz 1 BGB in klarer und zwingender Weise<sup>1</sup> für die Dienstbarkeit selbst die Abtretbarkeit ausschließt.

Diese Frage stellt sich regelmäßig im Zusammenhang mit Dienstbarkeiten zur Sicherung von Anlagen zur Gewinnung erneuerbarer Energien (insbesondere Photovoltaik- oder Windkraftanlagen). Bei diesen besteht ein praktisches Bedürfnis, die Dienstbarkeit auf einen Rechtsnachfolger des (ersten) Anlagenbetreibers „zu übertragen“ oder sogar einem Dritten, zum Beispiel einem Finanzierungsgläubiger, das Recht einzuräumen, einen Dritten zu benennen.

Im entschiedenen Fall waren in Abt. II des Grundbuchs zugunsten des Anlagebetreibers einerseits Erschließungsdienstbarkeiten (Wegerecht, Kabelleitungsrecht, Abstandsflächenrecht) und andererseits im Gleichrang Vormerkungen zur Sicherung je eines Anspruchs auf Neueintragung ebensolcher Dienstbarkeiten eingetragen; bei diesen Vormerkungen war je vermerkt, dass der Anspruch „bedingt und bedingt abtretbar“ sei. Den Dienstbarkeiten, die die wege- und leitungsmäßige Erschließung einer Windkraftanlage sicherten, lagen jeweils schuldrechtliche Gestattungsverträge zugrunde, die gemäß den Vereinbarungen durch den Anlagenbetreiber ganz oder teilweise auf Dritte übertragen werden konnten. Zudem hatten Dritte das Recht, in den Gestattungsvertrag einzutreten; insoweit bestand die vertragliche Pflicht des Grundstückseigentümers, zugunsten dieser Dritten neue beschränkte persönliche Dienstbarkeiten gleichen, durch die Vormerkungen gesicherten Inhalts zu bestellen. Entgegen der Auffassung des Grundbuchamts Regensburg, das nach einer Abtretung die berichtigende Eintragung mit dem Argument ablehnte, dass der Anspruch nicht abtretbar sei, weil es die Dienstbarkeiten selbst auch nicht

<sup>1</sup> Hierzu BayObLG, Beschluss vom 18.6.1980, BReg. 2 Z 28/80, BayObLGZ 1980, 176.

seien, hat das OLG Nürnberg die Eintragung zugelassen, und zwar zu Recht.

## 2. Dogmatische Grundlagen

Dogmatisch war schon vor der Entscheidung des OLG Nürnberg aufgrund gefestigter Rechtsprechung<sup>2</sup> zu differenzieren:

Der schuldrechtliche Anspruch (eines künftigen Dienstbarkeitsberechtigten) auf Eintragung einer Dienstbarkeit (Einräumungs- oder Dienstbarkeitsbestellungsanspruch) kann ebenso wenig wie die Dienstbarkeit selbst an einen Dritten abgetreten werden. Infolge seiner Unabtretbarkeit kann ein solcher Anspruch auch nicht durch Vormerkung gesichert werden.<sup>3</sup> Der sachliche Grund dafür besteht darin, dass durch einen abtretungsbedingten Wechsel des Berechtigten der Inhalt der vorgemerkten Dienstbarkeit wesentlich geändert würde. So könnte zum Beispiel die Abtretung des einer natürlichen Person zustehenden Dienstbarkeitsbestellungsanspruchs an eine wesentlich ältere Person oder gar an eine juristische Person dazu führen, dass die zu bestellende Dienstbarkeit nicht mehr auf die Lebenszeit des ursprünglichen Dienstbarkeitsberechtigten beschränkt ist, sondern ohne Mitwirkung des Eigentümers gemäß § 1092 Abs. 2, §§ 1059a ff. BGB zeitlich längere oder gar unbeschränkte Gültigkeit erlangt. Unter diesem Blickwinkel ergibt sich die Unabtretbarkeit des Bestellungsanspruchs auch aus § 399 Alt. 1 BGB. Diese meines Erachtens überzeugende Begründung stammt von *Kessler*.<sup>4</sup>

Hat hingegen der Grundstückseigentümer sich durch echten oder unechten Vertrag zugunsten Dritter verpflichtet, die Dienstbarkeit für einen bereits bestimmten oder noch zu bestimmenden Dritten (neu) zu bestellen und wurde die Abtretbarkeit dieses Anspruchs des Versprechensempfängers schuldrechtlich vereinbart, steht der Abtretung dieses Anspruchs nichts im Wege und damit ebenso wenig seiner Sicherung durch Vormerkung. Hier wird im Gegensatz zu dem (untauglichen) Versuch, einen abtretbaren Dienstbarkeitsbestellungsanspruch zu begründen, dem Eigentümer bereits bei der Begründung des Anspruchs klar vor Augen geführt, dass die vorgemerkte Dienstbarkeit einer natürlichen oder juristischen Person zustehen kann, die entweder bereits feststeht oder aus einem begrenzten oder unbegrenzten Kreis künftiger Berechtigter benannt werden kann. Steht der Dritte bereits fest, so ergibt sich aus dieser Gestaltung für den Eigentümer keine Unsicherheit. Ist der Dritte erst noch zu benennen, so wird dem Eigentümer deutlich vor Augen geführt, dass er von vornherein mit einem derzeit noch weithin unbekanntem Dienstbarkeitsberechtigten rechnen muss. Die Benennung des Dritten ändert dann nichts an dem von vornherein weitreichenden Inhalt des Anspruchs. Mittels eines durch Vormerkung gesicherten Anspruchs auf Einräumung einer Dienstbarkeit zugunsten

eines bereits benannten oder noch zu benennenden Dritten lässt sich somit faktisch das gleiche Ergebnis erzielen wie durch den nicht zum Ziel führenden Versuch, einen abtretbaren Dienstbarkeitsbestellungsanspruch zu begründen.

Dem derzeitigen Dienstbarkeitsberechtigten (= in der Regel der erste Betreiber der Anlage oder/und dessen finanzierende Bank) als Versprechensempfänger kann somit ein Anspruch auf Bestellung einer inhaltsgleichen Dienstbarkeit zugunsten eines vom Versprechensempfänger noch zu benennenden Dritten eingeräumt werden; dieser Anspruch wird mittels (un-)echtem Vertrag zugunsten Dritter geschaffen. Hierbei steht einer Eintragung im Grundbuch nicht entgegen, dass die konkrete Person und ggf. die Zahl der Drittbegünstigten bei Eintragung der Vormerkung noch nicht feststehen. Begründet wird dies – inzwischen wohl gewohnheitsrechtlich – damit, dass der grundbuchmäßige Bestimmtheitsgrundsatz nur den als Gläubiger fungierenden Versprechensempfänger betrifft, dagegen nicht den/die Dritten.

Zusammengefasst gilt daher: Der Dienstbarkeitsbestellungsanspruch aus (un-)echtem Vertrag zugunsten Dritter ist im Lichte der Rechtsprechung des BGH<sup>5</sup> abtretbar und vererblich<sup>6</sup>. Ein abtretbarer und/oder vererblicher Dienstbarkeitsbestellungsanspruch zugunsten einer feststehenden Person widerspricht dagegen gleichermaßen § 1092 Abs. 1 Satz 1 und § 399 Alt. 1 BGB.

## 3. Bewertung der Entscheidung

Zu Recht bewegt sich das OLG Nürnberg auf dem Boden der in Rechtsprechung und Literatur gesicherten Erkenntnisse, wenn auch jedenfalls seitens *Kesslers* hierbei ein gewisses „Unbehagen (...)“ gegenüber der dinglichen Sicherung des ‚personenbeliebigen‘ Anspruchs<sup>7</sup> besteht. Mit der grundsätzlichen Unübertragbarkeit der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit wollte der Gesetzgeber nämlich allein dem Umstand Rechnung tragen, dass die Dienstbarkeit auf das persönliche Bedürfnis des durch die Dienstbarkeit Begünstigten zugeschnitten ist.<sup>8</sup> Daher dürfte es konsequent sein, auch den schuldrechtlichen Anspruch auf Bestellung einer Dienstbarkeit für sich genommen für unabtretbar zu halten. Wenn jedoch dem Anspruch selbst zu entnehmen – er also von vornherein darauf angelegt – ist, dass es nur hinsichtlich des Versprechensempfängers auf Kenntnis von der Person ankommt, wird man einen derart ausgestalteten Anspruch – das OLG verweist insoweit zu Recht auf die Vertragsfreiheit – für abtretbar halten dürfen und müssen. Nach dem erkennbaren Willen der Vertragsteile kommt es ihnen in diesen Fällen nicht auf die Person des Erstgläubigers als Begünstigten an. Schon der BGH hatte darauf hingewiesen, dass man im Einzelfall feststellen müsse, ob der Anspruchsinhalt einen Gläubigerwechsel

2 Seit BGH, Urteil vom 9.7.1958, V ZR 116/57, BGHZ 28, 99 = NJW 1958, 1677, zurückgehend auf RG, DJZ 1903, 549.

3 Vgl. OLG Hamm, Beschluss vom 22.12.2010, I-15 W 526/10, NotBZ 2011, 179 = RNotZ 2011, 243; *Keller*, DNotZ 2011, 99, 107.

4 ZfIR 2016, 540 f.

5 BGH, Urteil vom 9.7.1958, V ZR 116/57, NJW 1958, 1677.

6 vgl. *Keller*, DNotZ 2011, 99, 103.

7 ZfIR 2016, 537, 541.

8 BGH, Urteil vom 30.10.2009, V ZR 42/09, NJW 2010, 1074; dies soll nach der Entscheidung jedenfalls dann gelten, wenn Versprechensempfänger und Begünstigter identisch sind.

ausschließe, weil jedenfalls die inhaltsgleiche Gebundenheit an die Person des Erstgläubigers nicht zum Wesen des Dienstbarkeitsbestellungsanspruchs gehöre.<sup>9</sup> Das OLG Nürnberg sieht weder in § 399 BGB – ein höchstpersönliches Recht sei nicht betroffen – noch in § 1092 BGB ein Hindernis.

Bekanntlich kann dem Versprechensempfänger sogar ein Recht auf mehrfache Benennung eines neuen Dienstbarkeitsberechtigten eingeräumt werden. Richtigerweise können in diesem Fall alle Benennungsfälle durch eine einzige Vormerkung gesichert werden.<sup>10</sup>

#### 4. Praxishinweis

In der Praxis kann im Anschluss an den Nutzungsvertrag und die Bestellung der konkreten Dienstbarkeit mit Sicherungsabrede folgender Formulierungsvorschlag<sup>11</sup> verwendet werden:

Der Grundstückseigentümer verpflichtet sich gegenüber dem Berechtigten für den Fall, dass der Berechtigte gegenüber dem Eigentümer schriftlich einen Dritten benennt, der den Betrieb der Photovoltaikanlage übernehmen soll, mit dem jeweiligen Übernehmer einen Nutzungsvertrag gleichen Inhalts abzuschließen und diesem die gleiche Dienstbarkeit zu bestellen, wie sie in vorstehendem Abschnitt (...) bewilligt ist. Die vorstehend begründeten Ansprüche des Berechtigten werden für eine beliebige Zahl von Betreiberwechseln begründet. Sie sind abtretbar, vererblich und verjähren 30 Jahre nach dem gesetzlichen Verjährungsbeginn. Zur Sicherung des Anspruchs des Berechtigten auf Einräumung der vorstehend versprochenen Dienstbarkeit(en) bewilligt der Eigentümer und beantragt der Berechtigte die Eintragung einer Vormerkung zugunsten des Berechtigten im Gleichrang mit der in Abschnitt (...) bestellten Dienstbarkeit.

9 BGH, Urteil vom 9.7.1958, V ZR 116/57, BGHZ 28, 99.

10 Vgl. etwa OLG München, Beschluss vom 5.8.2010, 27 Wx 45/10, MittBayNot 2011, 231 m. zust. Anm. *Preuß*; OLG Hamm, Beschluss vom 5.8.2010, 27 Wx 45/10, FGPrax 2012, 192; *Böttcher*, NJW 2012, 822, 825 m. w. N.

11 Angelehnt an *Amann* in einem Vortragsmanuskript zu den Beck'schen Fachanwaltslehrgängen, Sylt 2012.

## BÜRGERLICHES RECHT – FAMILIENRECHT

### 11. Anforderungen an die Konkretisierung einer Patientenverfügung

BGH, Beschluss vom 14.11.2018, XII ZB 107/18 (Vorinstanz: LG Landshut, Beschluss vom 8.2.2018, 64 T 1826/15)

BGB § 1901a

#### LEITSÄTZE:

1. Die erforderliche Konkretisierung einer Patientenverfügung kann sich im Einzelfall bei einer weniger detaillierten Benennung bestimmter ärztlicher Maßnahmen durch die Bezugnahme auf ausreichend spezifizierte Krankheiten oder Behandlungssituationen ergeben. Ob in solchen Fällen eine hinreichend konkrete Patientenverfügung vorliegt, ist dann durch Auslegung der in der Verfügung enthaltenen Erklärungen zu ermitteln (im Anschluss an Senatsbeschluss BGHZ 214, 62 = FamRZ 2017, 748).
2. Urkunden über formbedürftige Willenserklärungen sind nach allgemeinen Grundsätzen auszulegen. Außerhalb der Urkunde liegende Umstände dürfen dabei aber nur berücksichtigt werden, wenn der einschlägige rechtsgeschäftliche Wille des Erklärenden in der formgerechten Urkunde einen wenn auch nur unvollkommenen oder andeutungsweisen Ausdruck gefunden hat.

#### SACHVERHALT:

1 I. Die im Jahr 1940 geborene Betroffene erlitt im Mai 2008 einen Schlaganfall und befindet sich seit einem hypoxisch bedingten Herzkreislaufstillstand im Juni 2008 in einem wachkomatösen Zustand. Sie wird seitdem über eine Magensonde (PEG) künstlich ernährt und mit Flüssigkeit versorgt.

2 Bereits im Jahr 1998 hatte die Betroffene eine schriftliche „Patientenverfügung“ folgenden Inhalts unterzeichnet:

„Für den Fall, dass ich (...) aufgrund von Bewusstlosigkeit oder Bewusstseinsstrübung (...) nicht mehr in der Lage bin, meinen Willen zu äußern, verfüge ich:

Solange eine realistische Aussicht auf Erhaltung eines erträglichen Lebens besteht, erwarte ich ärztlichen und pflegerischen Beistand unter Ausschöpfung der angemessenen Möglichkeiten.

Dagegen wünsche ich, dass lebensverlängernde Maßnahmen unterbleiben, wenn medizinisch eindeutig festgestellt ist,

- dass ich mich unabwendbar im unmittelbaren Sterbeprozess befinde, bei dem jede lebenserhaltende Therapie das Sterben oder Leiden ohne Aussicht auf Besserung verlängern würde, oder
- dass keine Aussicht auf Wiedererlangung des Bewusstseins besteht, oder
- dass aufgrund von Krankheit oder Unfall ein schwerer Dauerschaden des Gehirns zurückbleibt, oder
- dass es zu einem nicht behandelbaren, dauernden Ausfall lebenswichtiger Funktionen meines Körpers kommt.

Behandlung und Pflege sollen in diesen Fällen auf die Linderung von Schmerzen, Unruhe und Angst gerichtet sein, selbst wenn durch die notwendige Schmerzbehandlung eine Lebensverkürzung nicht auszuschließen ist. Ich möchte in Würde und Frieden sterben können, nach Möglichkeit in meiner vertrauten Umgebung.

Aktive Sterbehilfe lehne ich ab. Ich bitte um menschliche und seelsorgerische Begleitung.“

**3** In derselben Urkunde erteilte sie für den Fall, dass sie außerstande sein sollte, ihren Willen zu bilden oder zu äußern, dem Beteiligten zu 1 (im Folgenden: Sohn) als ihrer Vertrauensperson die Vollmacht,

„an meiner Stelle mit der behandelnden Ärztin (...) alle erforderlichen Entscheidungen abzusprechen. Die Vertrauensperson soll meinen Willen im Sinne dieser Patientenverfügung einbringen und in meinem Namen Einwendungen vortragen, die die Ärztin (...) berücksichtigen soll.“

**4** Zu nicht genauer festgestellten Zeitpunkten von 1998 bis zu ihrem Schlaganfall äußerte die Betroffene mehrfach gegenüber verschiedenen Familienangehörigen und Bekannten angesichts zweier Wachkoma-Patienten aus ihrem persönlichen Umfeld, sie wolle nicht künstlich ernährt werden, sie wolle nicht so am Leben erhalten werden, sie wolle nicht so daliegen, lieber sterbe sie. Sie habe durch eine Patientenverfügung vorgesorgt, das könne ihr nicht passieren.

**5** Im Juni 2008 erhielt die Betroffene einmalig nach dem Schlaganfall die Möglichkeit, trotz Trachealkanüle zu sprechen. Bei dieser Gelegenheit sagte sie ihrer Therapeutin: „Ich möchte sterben.“

**6** Unter Vorlage der Patientenverfügung von 1998 regte der Sohn der Betroffenen im Jahr 2012 an, ihr einen Betreuer zu bestellen, und erklärte sich zur Übernahme der Betreuung bereit. Gleichzeitig bat er darum, den Beteiligten zu 2 (im Folgenden: Ehemann) zum Ersatzbetreuer zu bestellen. Das AG bestellte daraufhin den Sohn und den Ehemann zu jeweils alleinvertretungsberechtigten Betreuern der Betroffenen.

**7** Der Sohn der Betroffenen ist, im Einvernehmen mit dem bis dahin behandelnden Arzt, seit 2014 der Meinung, die künstliche Ernährung und Flüssigkeitszufuhr solle eingestellt werden, da dies dem in der Patientenverfügung niedergelegten Willen der Betroffenen entspreche. Ihr Ehemann lehnt dies ab.

**8** Den Antrag der Betroffenen, vertreten durch ihren Sohn, auf Genehmigung der Therapiezieländerung dahin gehend, dass künstliche Ernährung und Flüssigkeitszufuhr eingestellt werden sollten, hat das AG abgelehnt. Die dagegen gerichtete Beschwerde der Betroffenen hat das LG zurückgewiesen. Nach Aufhebung dieser Entscheidung durch den Senat (Senatsbeschluss BGHZ 214, 62 = FamRZ 2017, 748) und Zurückverweisung der Sache an das LG hat dieses ein Sachverständigengutachten zu der Frage eingeholt, ob der konkrete Zustand der Betroffenen im Wachkoma ihr Bewusstsein entfallen lässt und ob in diesem Fall eine Aussicht auf Wiedererlangung des Bewusstseins besteht. Nachdem der Sachverständige sein Gutachten mündlich erläutert hatte, hat das LG die Beschwerde der Betroffenen mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass eine gerichtliche Genehmigung nicht erforderlich ist. Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde wendet sich der Ehemann der Betroffenen gegen diese Entscheidung.

## AUS DEN GRÜNDEN:

**9** II. Die Rechtsbeschwerde ist unbegründet.

**10** 1. Das LG hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt, bei einer erneuten Auslegung der Patientenverfügung sei unter Berücksichtigung der Ausführungen in der vorangegangenen Entscheidung des BGH davon auszugehen, dass diese hinreichend bestimmt und damit wirksam sei. Sie beinhalte die Entscheidung der Betroffenen, dass sie in den Abbruch der künstlichen Ernährung und Flüssigkeitsversorgung einwillige,

wenn bei ihr ein Zustand eingetreten sei, der ihr Bewusstsein entfallen lasse und auch keine Aussicht auf Wiedererlangung des Bewusstseins mehr bestehe. Nachdem diese in der Patientenverfügung genannte Lebens- und Behandlungssituation aufgrund der durchgeführten Ermittlungen vorliege, sei eine Einwilligung des Betreuers in die Maßnahme, die dem betreuungsgerichtlichen Genehmigungserfordernis unterfalle, nicht erforderlich. Die Betroffene habe diese Entscheidung bereits selbst in einer alle Beteiligten bindenden Weise getroffen. Diesem in der Patientenverfügung niedergelegten Willen der Betroffenen habe der Betreuer Geltung zu verschaffen. Das Gericht habe in diesem Fall nur noch ein sog. Negativattest zu erteilen.

**11** Der Wortlaut der Patientenverfügung, wonach die Betroffene keine lebensverlängernden Maßnahmen wünsche, wenn medizinisch eindeutig feststehe, dass keine Aussicht auf Wiedererlangung des Bewusstseins bestehe, sei zwar recht pauschal. Aus der Bezugnahme auf die Behandlungssituation „keine Aussicht auf Wiedererlangung des Bewusstseins“ ergebe sich jedoch konkret, in welcher medizinischen Situation dieser Wunsch Geltung beanspruchen solle. Der Wortlaut dieser Teile der Patientenverfügung deute zudem darauf hin, dass die Betroffene auch in den Abbruch derartiger Maßnahmen einwilligen wollte, wenn die beschriebene Behandlungssituation eintritt.

**12** Dem könne allerdings die in der Patientenverfügung enthaltene Formulierung „Aktive Sterbehilfe lehne ich ab“ widersprechen. Bei einer juristischen Betrachtungsweise falle der Abbruch der künstlichen Ernährung nicht unter den Begriff der aktiven Sterbehilfe. Aus Sicht der katholischen Kirche im Jahr 1998 müsse der Abbruch der künstlichen Ernährung dagegen als aktive Sterbehilfe gewertet werden. Für den Fall der theologischen Auslegung der Formulierung sei daher eine reine Wortauslegung der Patientenverfügung widersprüchlich, so dass weitere Umstände in die Auslegung einbezogen werden müssten.

**13** Nach den durchgeführten Ermittlungen sei davon auszugehen, dass die Betroffene einer künstlichen Ernährung ablehnend gegenüber gestanden habe. Die Betroffene habe gegenüber mehreren Zeugen geäußert, dass sie nicht künstlich ernährt werden wolle und durch eine Patientenverfügung entsprechend vorgesorgt habe. Zwar sei von allen Zeugen übereinstimmend berichtet worden, dass über einen Abbruch einer bereits längere Zeit durchgeführten künstlichen Ernährung nicht gesprochen worden sei. Daraus könne jedoch nicht geschlossen werden, dass die Betroffene den Abbruch einer bereits eingeleiteten künstlichen Ernährung abgelehnt hätte. Daher könne ausgeschlossen werden, dass die Betroffene durch die Formulierung „Aktive Sterbehilfe lehne ich ab“ ihren Wunsch, in den genannten Fällen keine künstliche Ernährung zu erhalten, habe unterlaufen wollen.

**14** Aufgrund des eingeholten Sachverständigengutachtens stehe auch fest, dass bei der Betroffenen die Lebens- und Behandlungssituation „keine Aussicht auf Wiedererlangung des Bewusstseins“ vorliege. Bei der Betroffenen bestehe eindeutig ein Zustand schwerster Gehirnschädigung, bei der die Funktionen des Großhirns – zumindest soweit es dessen Fähigkeit zu bewusster Wahrnehmung, Verarbeitung und Beant-



wortung von Reizen angehe – komplett ausgelöscht seien. Lediglich Strukturen und Funktionen des Gehirnstamms, die die Wachheit der Betroffenen generieren, seien erhalten und führten zu den beobachteten Spontanbewegungen und Reflexen auf äußere Reize, die jedoch keiner bewussten Steuerung unterlägen. (...)

**15** Da bei der Betroffenen somit keine Aussicht auf Wiedererlangung des Bewusstseins bestehe, sei im Ergebnis das sog. Negativattest zu erteilen.

**16** 2. Das hält rechtlicher Nachprüfung stand.

**17** Zu Recht hat das Beschwerdegericht angenommen, dass es im vorliegenden Fall einer betreuungsgerichtlichen Genehmigung gemäß § 1904 Abs. 2, 3 BGB nicht bedarf, weil in der von der Betroffenen errichteten Patientenverfügung gemäß § 1901a Abs. 1 BGB eine wirksame Einwilligung in den vom Sohn der Betroffenen erstrebten Abbruch der künstlichen Ernährung und Flüssigkeitsversorgung enthalten ist.

**18** a) Der Abbruch einer lebenserhaltenden Maßnahme bedarf dann nicht der betreuungsgerichtlichen Genehmigung nach § 1904 Abs. 2 BGB, wenn der Betroffene einen entsprechenden eigenen Willen bereits in einer wirksamen Patientenverfügung (§ 1901a Abs. 1 BGB) niedergelegt hat und diese auf die konkret eingetretene Lebens- und Behandlungssituation zutrifft. In diesem Fall ist eine Einwilligung des Betreuers, die dem betreuungsgerichtlichen Genehmigungserfordernis unterfällt, in die Maßnahme nicht erforderlich, da der Betroffene diese Entscheidung selbst in einer alle Beteiligten bindenden Weise getroffen hat. Dem Betreuer obliegt es in diesem Fall nach § 1901a Abs. 1 Satz 2 BGB nur noch, dem in der Patientenverfügung niedergelegten Willen des Betroffenen Ausdruck und Geltung zu verschaffen (vgl. Senatsbeschlüsse, BGHZ 214, 62 = FamRZ 2017, 748 Rdnr. 14 und BGHZ 202, 226 = FamRZ 2014, 1909 Rdnr. 13 f.).

**19** Unmittelbare Bindungswirkung entfaltet eine Patientenverfügung im Sinne des § 1901a Abs. 1 BGB allerdings nur dann, wenn ihr konkrete Entscheidungen des Betroffenen über die Einwilligung oder Nichteinwilligung in bestimmte, noch nicht unmittelbar bevorstehende ärztliche Maßnahmen entnommen werden können (Senatsbeschluss, BGHZ 202, 226 = FamRZ 2014, 1909 Rdnr. 29). Neben Erklärungen des Erstellers der Patientenverfügung zu den ärztlichen Maßnahmen, in die er einwilligt oder die er untersagt, verlangt der Bestimmtheitsgrundsatz aber auch, dass die Patientenverfügung erkennen lässt, ob sie in der konkreten Behandlungssituation Geltung beanspruchen soll. Eine Patientenverfügung ist nur dann ausreichend bestimmt, wenn sich feststellen lässt, in welcher Behandlungssituation welche ärztlichen Maßnahmen durchgeführt werden bzw. unterbleiben sollen (Senatsbeschluss, BGHZ 214, 62 = FamRZ 2017, 748 Rdnr. 17).

**20** Danach genügt eine Patientenverfügung, die einerseits konkret die Behandlungssituationen beschreibt, in der die Verfügung gelten soll, und andererseits die ärztlichen Maßnahmen genau bezeichnet, in die der Ersteller einwilligt oder die er untersagt, etwa durch Angaben zur Schmerz- und Symptombehandlung, künstlichen Ernährung und Flüssigkeitszufuhr, Wiederbelebung, künstlichen Beatmung, Antibiotikagabe oder Dialyse, dem Bestimmtheitsgrundsatz. Die Anforderungen an

die Bestimmtheit einer Patientenverfügung dürfen dabei jedoch nicht überspannt werden. Vorausgesetzt werden kann nur, dass der Betroffene umschreibend festlegt, was er in einer bestimmten Lebens- und Behandlungssituation will und was nicht (Senatsbeschluss, BGHZ 202, 226 = FamRZ 2014, 1909 Rdnr. 29). Maßgeblich ist nicht, dass der Betroffene seine eigene Biografie als Patient vorausahnt und die zukünftigen Fortschritte in der Medizin vorwegnehmend berücksichtigt. Insbesondere kann nicht ein gleiches Maß an Präzision verlangt werden, wie es bei der Willenserklärung eines einwilligungsfähigen Kranken in die Vornahme einer ihm angebotenen Behandlungsmaßnahme erreicht werden kann (Senatsbeschlüsse, BGHZ 214, 62 = FamRZ 2017, 748 Rdnr. 18; BGHZ 202, 226 = FamRZ 2014, 1909 Rdnr. 29 und vom 6.7.2016, XII ZB 61/16, FamRZ 2016, 1671 Rdnr. 46).

**21** Nicht ausreichend sind jedoch allgemeine Anweisungen, wie die Aufforderung, ein würdevolles Sterben zu ermöglichen oder zuzulassen, wenn ein Therapieerfolg nicht mehr zu erwarten ist (Senatsbeschlüsse, BGHZ 214, 62 = FamRZ 2017, 748 Rdnr. 19 und BGHZ 202, 226 = FamRZ 2014, 1909 Rdnr. 29 m. w. N.). Auch die Äußerung, „keine lebenserhaltenden Maßnahmen“ zu wünschen, enthält jedenfalls für sich genommen keine hinreichend konkrete Behandlungsentscheidung (Senatsbeschluss vom 6.7.2016, XII ZB 61/16, FamRZ 2016, 1671 Rdnr. 46 f.; BT-Drucks. 16/8442, S. 15). Die erforderliche Konkretisierung kann sich im Einzelfall aber auch bei einer weniger detaillierten Benennung bestimmter ärztlicher Maßnahmen durch die Bezugnahme auf ausreichend spezifizierte Krankheiten oder Behandlungssituationen ergeben. Ob in solchen Fällen eine hinreichend konkrete Patientenverfügung vorliegt, ist dann durch Auslegung der in der Verfügung enthaltenen Erklärungen zu ermitteln (Senatsbeschluss, BGHZ 214, 62 = FamRZ 2017, 748 Rdnr. 19 m. w. N.).

**22** b) Gemessen hieran hat das Beschwerdegericht zu Recht angenommen, dass die Betroffene in ihrer Patientenverfügung für die aktuelle Lebens- und Behandlungssituation wirksam in den vom Sohn der Betroffenen erstrebten Abbruch der künstlichen Ernährung und Flüssigkeitsversorgung eingewilligt hat.

**23** aa) Der Senat hat bereits ausgeführt, dass die Betroffene mit der Anknüpfung ihrer Regelungen zu den ärztlichen Maßnahmen, in die sie einwilligt oder nicht einwilligt, an die medizinisch eindeutige Feststellung, dass bei ihr keine Aussicht auf Wiedererlangung des Bewusstseins besteht, hinreichend konkret eine Lebens- und Behandlungssituation beschrieben hat, in der die Patientenverfügung Geltung beanspruchen soll.

**24** Nach den vom Beschwerdegericht rechtsfehlerfrei durchgeführten weiteren Ermittlungen ist diese Lebens- und Behandlungssituation vorliegend gegeben. Das Beschwerdegericht hat nach Zurückverweisung der Sache durch den Senat ein neurologisches Sachverständigengutachten zu der Frage eingeholt, ob der konkrete Zustand der Betroffenen im Wachkoma ihr Bewusstsein entfallen lasse und in diesem Fall Aussicht auf Wiedererlangung des Bewusstseins bestehe. Nach Eingang des schriftlichen Gutachtens hat der Sachverständige sein Gutachten mündlich erläutert und ergänzend zu Fragen der Verfahrensbevollmächtigten des Ehemanns der Betroffenen Stellung genommen.

**25** Danach besteht bei der Betroffenen eindeutig ein Zustand schwerster Gehirnschädigung, bei der die Funktionen des Großhirns – zumindest soweit es dessen Fähigkeit zu bewusster Wahrnehmung, Verarbeitung und Beantwortung von Reizen angeht – komplett ausgelöscht sind und dieser Zustand irreversibel ist. Aufgrund dieser rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellung ist die Auffassung des Beschwerdegerichts, dass bei der Betroffenen keine Aussicht auf Wiedererlangung des Bewusstseins besteht und damit die Lebens- und Behandlungssituation vorliegt, an die die Betroffene in ihrer Patientenverfügung den Wunsch geknüpft hat, dass lebensverlängernde Maßnahmen unterbleiben sollen, aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Hiergegen erinnert auch die Rechtsbeschwerde nichts.

**26** bb) Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde ist die vom Beschwerdegericht vorgenommene Auslegung der Patientenverfügung, wonach der dort niedergelegte Wunsch der Betroffenen, dass lebensverlängernde Maßnahmen unterbleiben sollen, wenn medizinisch eindeutig festgestellt ist, dass bei ihr keine Aussicht auf Wiedererlangung des Bewusstseins besteht, auch den Abbruch einer bereits eingeleiteten künstlichen Ernährung und Flüssigkeitsversorgung erfasst, frei von Rechtsfehlern.

(...)

**29** Das Beschwerdegericht hat umfassend und sorgfältig die im vorliegenden Fall für die Auslegung der Patientenverfügung wesentlichen Umstände in seine Auslegungserwägungen einbezogen. Dabei hat es bei der Prüfung, ob die Patientenverfügung auch eine Einwilligung der Betroffenen in den Abbruch bereits eingeleiteter lebenserhaltender Maßnahmen beinhaltet, zu Recht den Aussagen der vernommenen Zeugen besondere Bedeutung beigemessen, nach denen sich die Betroffene vor ihrer eigenen Erkrankung mehrfach dahin gehend geäußert hatte, dass sie nicht künstlich ernährt werden wolle. Zudem hat sich das Beschwerdegericht im Rahmen seiner Auslegungserwägungen eingehend mit der Frage befasst, ob die in der Patientenverfügung enthaltene Formulierung „Aktive Sterbehilfe lehne ich ab“, dahin gehend zu verstehen sein könnte, dass die Betroffene den Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen ablehnt, und den hierzu gehaltenen Vortrag der Beteiligten berücksichtigt.

**30** Schließlich hat das Beschwerdegericht auch nicht gegen anerkannte Auslegungsregeln und -grundsätze verstoßen.

**31** Die Rechtsbeschwerde rügt insoweit, das Beschwerdegericht habe bei der Auslegung der Patientenverfügung den anerkannten Auslegungsgrundsatz nicht beachtet, wonach bei der Auslegung formbedürftiger Willenserklärungen ein aus den Umständen außerhalb der Urkunde ermittelter Wille des Erklärenden in der Urkunde einen – wenn auch nur unvollkommenen – Ausdruck gefunden haben müsse. Das Beschwerdegericht habe aufgrund der Zeugenaussagen angenommen, dass die Betroffene in den Abbruch der künstlichen Ernährung eingewilligt habe, falls bei ihr keine Aussicht auf Wiedererlangung des Bewusstseins bestehe. Das Beschwerdegericht habe jedoch außer Acht gelassen, dass der auf diese Weise ermittelte Wille der Betroffenen in der Patientenverfügung selbst keinen Ausdruck gefunden habe.

**32** Mit dieser Rüge kann die Rechtsbeschwerde nicht durchdringen.

**33** Zutreffend ist allerdings ihr rechtlicher Ausgangspunkt. Nach der Rechtsprechung des BGH sind Urkunden über formbedürftige Willenserklärungen nach allgemeinen Grundsätzen auszulegen. Außerhalb der Urkunde liegende Umstände dürfen dabei aber nur berücksichtigt werden, wenn der einschlägige rechtsgeschäftliche Wille des Erklärenden in der formgerechten Urkunde einen wenn auch nur unvollkommenen oder andeutungsweisen Ausdruck gefunden hat (vgl. BGHZ 63, 359 = NJW 1975, 536; BGHZ 87, 150 = NJW 1983, 1610, 1611 und BGH, Urteil vom 11.2.2010, VII ZR 218/08, NJW-RR 2010, 821 Rdnr. 12).

**34** Im vorliegenden Fall ist der Text der Patientenverfügung insbesondere wegen der darin enthaltenen Formulierung „Aktive Sterbehilfe lehne ich ab“ nach Auffassung des Beschwerdegerichts unvollkommen und daher auslegungsbedürftig. Das vom Beschwerdegericht gewonnene Auslegungsergebnis, dass die Betroffene trotz dieser Formulierung auch in den Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen eingewilligt hat, wenn bei ihr keine Aussicht auf Wiedererlangung des Bewusstseins besteht, kommt im Text der Patientenverfügung jedoch ausreichend in der Formulierung zum Ausdruck, dass die Betroffene in den von ihr bezeichneten Lebens- und Behandlungssituationen keine lebensverlängernden Maßnahmen wünscht. Hieran hat das Beschwerdegericht bei seinen Auslegungserwägungen angeknüpft und zu Recht darauf hingewiesen, dass dieser Teil der Patientenverfügung nach seinem Wortlaut auch den Abbruch bereits eingeleiteter lebensverlängernder Maßnahmen erfasst. Hinzu kommt, dass die Betroffene in ihrer Patientenverfügung nicht nur pauschal bestimmt hat, lebensverlängernde Maßnahmen sollen in den von ihr beschriebenen Behandlungssituationen unterbleiben. Im weiteren Text der Verfügung findet sich vielmehr auch eine Konkretisierung der ärztlichen Maßnahmen, die sie in diesen Fällen wünscht. Danach sollen Behandlung und Pflege auf Linderung von Schmerzen, Unruhe und Angst gerichtet sein, selbst wenn durch die notwendige Schmerzbehandlung eine Lebensverkürzung nicht auszuschließen ist (vgl. schon Senatsbeschluss, BGHZ 214, 62 = FamRZ 2017, 748 Rdnr. 23). Auch dies ist ein in der Urkunde niedergelegter Anhaltspunkt dafür, dass die Betroffene mit dem Abbruch bereits eingeleiteter Maßnahmen einverstanden ist.

**35** c) Da das Beschwerdegericht somit rechtsfehlerfrei das Vorliegen einer bindenden Patientenverfügung festgestellt hat, die die vom Sohn der Betroffenen beantragte Therapiezieländerung erfasst, ist im vorliegenden Fall eine Einwilligung des Betreuers in diese ärztlichen Maßnahmen, die dem betreuungsgerichtlichen Genehmigungserfordernis nach § 1904 Abs. 2 und 3 BGB unterfällt, nicht erforderlich. Das Beschwerdegericht hat daher zu Recht ein sog. Negativattest erteilt (Senatsbeschlüsse, BGHZ 214, 62 = FamRZ 2017, 748 Rdnr. 26 und BGHZ 202, 226 = FamRZ 2014, 1909 Rdnr. 20).

## 12. Volljährigenadoption bei Nebeneinander von leiblicher und rechtlicher Familie

OLG Hamburg, Beschluss vom 18.4.2018, 2 UF 144/17

BGB § 1741 Abs. 1 Satz 1, § 1752 Abs. 2 Satz 2, § 1757 Abs. 1, § 1767 Abs. 1 und 2 Satz 1, 2 und 3, §§ 1768, 1769, 1770 Abs. 2  
FamFG § 26

### LEITSATZ:

**Eine Volljährigenadoption kommt auch bei einer intakten Beziehung des zu Adoptierenden zu wenigstens einem leiblichen Elternteil in Betracht, da diese Art der Adoption ein Nebeneinander von leiblicher und rechtlicher Familie ausdrücklich zulässt.**

### HINWEIS DER SCHRIFTLICHTUNG:

Der Volltext der Entscheidung erscheint demnächst in der DNotZ.

## BÜRGERLICHES RECHT – ERBRECHT

### 13. Zeitpunkt des Eingreifens der Pflichtteils Klausel nach Tod des Erstversterbenden

OLG München, Beschluss vom 6.12.2018, 31 Wx 374/17, mitgeteilt von **Holger Krätzschel**, Richter am OLG München

BGB §§ 2075, 2094, 2269

### LEITSATZ:

**Eine Pflichtteils Klausel, die auf ein „Verlangen“ des Pflichtteils nach dem Tod des erstversterbenden Ehegatten abstellt, greift nicht bereits dann ein, wenn der Pflichtteilsberechtigte die Erbenstellung des überlebenden angreift (im Anschluss und in Abgrenzung zu OLG München, Beschluss vom 7.4.2011, 31 Wx 227/10).**

### SACHVERHALT:

1 I. Die Beteiligte zu 1 und der Beteiligte zu 2 (= Beschwerdeführer) sind die Abkömmlinge der Erblasserin und deren im Jahr 2008 vorverstorbenen Ehemanns.

2 Es liegt ein (undatiertes) gemeinschaftliches Testament vor, das unter anderem folgende letztwillige Verfügungen enthält:

3 „1. Wir (...) setzen uns gegenseitig zu alleinigen Vollerben ein. Schlusserben bei Tod des Überlebenden von uns und Erben von uns beiden im Falle gleichzeitigen Versterbens sind unsere Kinder (...) und (...) zu gleichen Teilen (...).

4 2. Verlangt einer unserer Abkömmlinge auf den Tod des Erstversterbenden den Pflichtteil, so sind er und seine Nachkommen von der Erbfolge auf Ableben des Längerlebenden (Längstlebenden) ausgeschlossen. Ferner erhalten in diesem Falle unser anderes Kind und seine Abkömmlinge aus dem Nachlass des

Erstversterbenden ein Geldvermächtnis in Höhe des Wertes seines gesetzlichen Erbteils auf Ableben des Erstversterbenden, wenn dieser erst beim Tod des Längerlebenden (Längstlebenden) verstorben wäre, berechnet aus dem zum Zeitpunkt des Todes des Längerlebenden noch vorhandenen Nachlass des Erstversterbenden. Diese Vermächtnisse fallen erst mit dem Tod des Längerlebenden an und nur an zu diesem Zeitpunkt noch lebende Bedachte. (...).“

Die Beteiligte zu 1 hat in dem Nachlassverfahren betreffend den vorverstorbenen Ehemann der Erblasserin mit Schriftsatz ihres Verfahrensbevollmächtigten vom 16.4.2016 beantragt, den der Erblasserin am 4.9.2009 erteilten Erbschein, der sie als Alleinerbin ausweist, einzuziehen. Darin hat sie Einwände gegen die Wirksamkeit des Testaments angebracht (Hinweise auf Auffälligkeiten betreffend die Testamentsurkunde sowie des Vorliegens eines Testierwillens des Erblassers). Mit Beschluss vom 30.8.2016 hat das Nachlassgericht den Antrag der Beteiligten zu 1 zurückgewiesen.

5 Mit Antrag vom 5.9.2017 beantragte die Beteiligte zu 1 die Erteilung eines Erbscheins, der sie zusammen mit dem Beteiligten zu 2 aufgrund des gemeinschaftlichen Testaments der Ehegatten als Miterbin der Erblasserin zu je ½ ausweist. Demgegenüber hat der Beteiligte zu 2 den Antrag auf Erteilung eines Erbscheins gestellt, dass die Erblasserin von ihm allein beerbt wird. Er ist der Auffassung, dass die Pflichtteils Klausel in dem gemeinschaftlichen Testament der Ehegatten greift, da die Beteiligte zu 1 im Nachlassverfahren betreffend den vorverstorbenen Ehemann durch das Einziehungsverfahren hinsichtlich des der Erblasserin erteilten Alleinerbscheins versucht hat, die Alleinerbenstellung der Erblasserin zu bekämpfen und die Klausel dahin gehend ausgelegt werden kann, dass unter „Verlangen“ im Sinne der Pflichtteils Klausel auch ein Bekämpfen der Alleinerbenstellung des überlebenden Ehegatten fällt.

6 Das Nachlassgericht hat mit Beschluss vom 13.9.2017 die Voraussetzungen für die Erteilung des von der Beteiligten zu 1 beantragten Erbscheins als festgestellt erachtet, den Antrag des Beteiligten zu 2 hingegen zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die Beschwerde des Beteiligten zu 2.

### AUS DEN GRÜNDEN:

7 II. Die zulässige Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg. Der Senat teilt die Auffassung des Nachlassgerichts, dass die Beteiligten zu 1 und 2 Miterben zu je ½ der Erblasserin sind.

8 1. Zu Recht ist das Nachlassgericht zu dem Ergebnis gelangt, dass die in Ziffer 2 des gemeinschaftlichen Testaments angeordnete Pflichtteils Klausel vorliegend nicht greift und insofern nicht den Wegfall der in Ziffer 1 angeordneten Miterbenstellung der Beteiligten zu 1 bedingt. Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers stellt die von der Beteiligten zu 1 im Nachlassverfahren betreffend den vorverstorbenen Ehemann der Erblasserin beantragte Einziehung des der Erblasserin am 4.9.2009 erteilten Erbscheins kein „Verlangen“ im Sinne der von den Ehegatten angeordneten Pflichtteils Klausel dar.

9 a) Eine Pflichtteils Klausel, wie sie hier das gemeinschaftliche Testament enthält, ist eine typische letztwillige Anordnung, durch die gemeinschaftlich testierende und sich gegenseitig als Erben, ihre Abkömmlinge als Schlusserben einsetzende Ehegatten sicherstellen wollen, dass dem Überlebenden bis zu seinem Tod der Nachlass ungeschmälert verbleibt und er nicht durch das Pflichtteilsverlangen eines Schlusserben gestört wird (vgl. BayObLGZ 1990, 58, 60; 2004, 5, 8). Eine derartige Klausel verfolgt das rechtlich nicht zu beanstandende Ziel, den Nachlass zunächst dem überlebenden Ehegatten ungeschmälert zukommen zu lassen (vgl. NK-Erbrecht/Gierl,

5. Aufl. 2018, § 2269 Rdnr. 88). Im Zusammenhang mit der Schlusserbenregelung soll die Verwirkungsklausel auch das Interesse der Ehepartner, insbesondere des Erstversterbenden, daran sichern, dass nicht einer der Abkömmlinge bei der Verteilung des elterlichen Gesamtnachlasses bevorteilt wird (BayObLGZ 1994, 164, 168). Diese Zwecke sollen dadurch erreicht werden, dass die Schlusserbeinsetzung der gemeinsamen Kinder unter die auflösende Bedingung eines Verlangens des Pflichtteils nach dem Erstversterbenden gestellt wird. Verlangt ein Schlusserbe den Pflichtteil nach dem ersten Todesfall, so entfällt seine Einsetzung als Schlusserbe, und zwar regelmäßig mit Wirkung auch für seine Abkömmlinge (BayObLG, NJW-RR 1996, 262); es gilt dann nicht die Auslegungsregel des § 2069 BGB, vielmehr gilt die Anwachsung (§ 2094 BGB) als gewollt.

10 b) Welche konkreten Voraussetzungen für die Verwirklichung der Pflichtteilsausschlussklausel erfüllt sein müssen, hängt im Einzelfall von der Gestaltung bzw. Formulierung und dem Willen der Erblasser ab, der ggf. im Wege der Auslegung festzustellen ist (BayObLGZ 1990, 58). Insofern kann eine Pflichtteilsklausel auch dann eingreifen, wenn der Pflichtteilsberechtigten die Unwirksamkeit des gemeinschaftlichen Testaments geltend macht und seinen gesetzlichen Erbteil fordert (OLG München, NJW-RR 2011, 1164).

11 2. Entgegen der Meinung des Beschwerdeführers kann der Pflichtteilsklausel in dem gemeinschaftlichen Testament jedoch nicht die Willensrichtung der Ehegatten entnommen werden, dass bereits die von der Beteiligten zu 1 beantragte Einziehung des zugunsten der Erblasserin erteilten Erbscheins von der Klausel mitumfasst wird.

12 a) Nach dem Wortsinn sanktioniert die Formulierung bereits einen ausdrücklichen und ernsthaften, auch außergerichtlichen Versuch, den Pflichtteil zu erhalten, unabhängig davon, ob der Fordernde den Pflichtteil beziffert oder diesen tatsächlich erhält (vgl. näher NK-Erbrecht/Gierl, § 2269 Rdnr. 99).

13 Diesem kann jedoch nicht der Antrag auf Einziehung des zugunsten der Erblasserin erteilten Erbscheins gleichgestellt werden. Denn damit ist noch kein aktiver Zugriff der Beteiligten zu 1 auf das Nachlassvermögen des Erstversterbenden verbunden, den die von den Ehegatten verwendete Fassung der Klausel („verlangt“) erfordert. Im Hinblick auf diese gewählte Fassung (zu den sonstigen möglichen Auslegungsvarianten vgl. NK-Erbrecht/Gierl, § 2269 Rdnr. 98) genügt es für den Eintritt der Klausel nicht bereits, dass die erstrebte Einziehung des Erbscheins letztendlich auch den Verlust der Alleinerbenstellung der Erblasserin zur Folge haben kann. Wenngleich nach Sinn und Zweck der Klausel sichergestellt werden soll, dass dem überlebenden Ehegatten bis zu seinem Tod der Nachlass ungeschmälert verbleibt, wird mit der Klausel nicht jedes Verhalten eines Schlusserbens gegen die in der letztwilligen Verfügung getroffenen Anordnungen sanktioniert, sondern nur solches, dem ein aktives Verlangen nach Erhalt eines Anteils an dem Nachlassvermögen des Erstversterbenden inne wohnt. Eine Willensrichtung der Ehegatten, die allein das Bestreiten der von den Ehegatten angeordneten Alleinerbenstellung des überlebenden durch ein Verhalten des Schlusserben sanktioniert, mag zwar der Formulierung „wer das Testament anfight“ entnommen werden können (vgl. dazu OLG

Dresden, NJW-RR 1999, 1165). Für eine solche Willensrichtung finden sich in der von den Ehegatten verwendeten Formulierung der Klausel jedoch keine Anhaltspunkte.

14 b) Aus der Entscheidung des Senats (OLG München, NJW-RR 2011, 1164) ergibt sich nicht gegenteiliges. Insofern erkannte der Senat ein Eingreifen der Pflichtteilsklausel, wenn der Pflichtteilsberechtigten die Unwirksamkeit des gemeinschaftlichen Testaments geltend macht und seinen gesetzlichen Erbteil fordert. Im Gegensatz dazu hat die Beteiligte zu 1 hier eine solche Forderung aber nicht erhoben.

(...)

## 14. Verwertung des Nachlassgrundstücks durch Testamentsvollstrecker

OLG München, Beschluss vom 29.8.2018, 8 U 3464/17

BGB §§ 133, 157, 2042, 2048, 2150, 2204 Abs. 1, § 2216 ZPO § 256

### LEITSATZ:

**Der Testamentsvollstrecker ist an die Teilungsanordnung des Erblassers, nicht hingegen an abweichende Vereinbarungen der Erben gebunden. Die Teilungsanordnung des Erblassers wird durch das Einverständnis der Erben, von der Anordnung abzuweichen und eine anderweitige Teilung vorzunehmen, nicht aufgehoben. (Leitsatz der Schriftleitung)**

### SACHVERHALT:

1 Die Klägerin verlangt mit ihrer Klage von der beklagten Partei zu 1 in ihrer Eigenschaft als Testamentsvollstrecker, die Verwertung des Nachlassgrundstücks, insbesondere im Wege des Verkaufs (Klageantrag I.) zu unterlassen. Ferner begehrt sie Feststellung, dass der Beklagte zu 2 verpflichtet ist, dem Nachlass der am 3.4.2015 verstorbenen (...) alle Schäden zu ersetzen, die dadurch entstanden sind, dass der Beklagte zu 2 in seiner Eigenschaft als Testamentsvollstrecker das zum Nachlass gehörende Grundstück im Wege des Verkaufs veräußern wollte (Klageantrag II.).

2 Der Bruder der Klägerin, (...), ist dem Rechtsstreit auf Seiten der Beklagten als Streithelfer beigetreten.

3 Das LG München II hat der Klage stattgegeben (...).

4 Hiergegen haben sowohl die Beklagten (...) als auch der Streithelfer (...) Berufung eingelegt, mit welcher sie ihre erstinstanzlichen Anträge auf Klageabweisung weiter verfolgen und die Aufhebung des Erbscheins erreichen wollen.

### AUS DEN GRÜNDEN:

5 Die Berufungen der Beklagten (nachfolgend A und B) und des Streithelfers (nachfolgend C) haben nach Überzeugung des Senats offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg, § 522 Abs. 2 Nr. 1 ZPO.

(...)

## A. Berufung des Beklagten zu 1)

**6 1.** Die Klägerin hat gegen den Beklagten zu 1 einen Anspruch auf Unterlassung der Verwertung des streitgegenständlichen Grundstücks, da die Erblasserin durch letztwillige Verfügung eine Teilungsanordnung in Bezug auf die Immobilie getroffen hat, an die der Beklagte zu 1 gebunden ist, sodass er zur Auflassung hälftigen Miteigentums an die Klägerin verpflichtet ist (§§ 2303, 2304, 2048 BGB).

**7 a)** Der Testamentsvollstrecker hat die letztwilligen Verfügungen des Erblassers auszuführen und diese dabei in eigener Verantwortung auszulegen (Palandt, § 2203 Rdnr. 4). Er ist gemäß § 2216 BGB zur ordnungsgemäßen Verwaltung des Nachlasses verpflichtet. Er hat die Auseinandersetzung unter mehreren Miterben nach § 2204 Abs. 1 BGB durch Aufteilung der Bestandteile des Reinnachlasses auf die einzelnen Miterben nach Tilgung der Nachlassverbindlichkeiten nach Maßgabe der §§ 2042 ff. BGB vorzunehmen (Palandt, § 2042 Rdnr. 1). Hierbei hat er Teilungsanordnungen des Erblassers gemäß § 2048 BGB zu beachten (Palandt/Weidlich, § 2204 Rdnr. 1, 2 m. w. N.).

**8 b)** So verhält es sich im Streitfall. Die Erblasserin hat im Streitfall eine Teilungsanordnung in Bezug auf die streitgegenständliche Immobilie testamentarisch verfügt, an die der Testamentsvollstrecker bei der Auseinandersetzung des Nachlasses gebunden ist.

**9** Die Erblasserin hat im Testament vom 24.10.2010 ihre beiden Kinder – die Klägerin und den Streithelfer – je zur Hälfte zu Miterben eingesetzt und hinsichtlich ihres Hausgrundstücks die Anordnung getroffen, dass beide Miterben die Immobilie zu gleichen Teilen erhalten sollen. Zutreffend hat das LG das in Bezug auf die Immobilie angeordnete „Vorausvermächtnis“ dahin gehend ausgelegt (§§ 133, 157 BGB), dass die Erblasserin ihren Kindern die Immobilie in Weßling zu gleichen Teilen und nicht lediglich deren Wert zuwenden wollte. Es hat im Ergebnis zutreffend angenommen, dass der Testamentsvollstrecker die Auseinandersetzung des Nachlasses hinsichtlich der streitgegenständlichen Immobilie durch dingliche Einzelübertragung des hälftigen Bruchteilseigentums an die Klägerin zu bewirken hat (§§ 2204, 2203 BGB).

**10 aa)** Das von der Erblasserin (...) angeordnete Vorausvermächtnis in Bezug auf die Immobilie ist wegen der divergierenden Interpretation der Parteien auslegungsbedürftig. Bei der Auslegung letztwilliger Verfügungen gemäß § 133 BGB kommt es auf den wirklichen Willen und die Vorstellungen des Erblassers an (BGH 80, 249; 86, 45). Der Richter darf der auslegenden Erklärung durchaus auch eine Deutung geben, die vom Wortsinn abweicht. Das setzt voraus, dass Umstände vorliegen, aus denen geschlossen werden kann, dass der Erklärende mit seinen Worten einen anderen Sinn verbunden hat, als es dem allgemeinen Sprachgebrauch entspricht. Bei formbedürftigen Erklärungen ist jedoch nur der Wille beachtlich, der unter Wahrung der vorgeschriebenen Form erklärt worden ist.

**11 bb)** Diese Grundsätze hat das LG beachtet und die getroffene (als „Vorausvermächtnis“ bezeichneten) Anordnung frei von Rechtsfehlern dahin gehend ausgelegt, dass die Erblasserin darin festgelegt habe, dass die beiden je zur Hälfte ein-

gesetzten Miterben des Nachlasses jeweils hälftiges (Bruchteils-)Eigentum an dem streitgegenständlichen Grundstück und nicht lediglich den hälftigen Wert des Grundstücks erhalten sollten. Der Senat hat die erstinstanzliche Auslegung vollumfänglich überprüft und ist ebenso wie das LG zu der Überzeugung gelangt, dass die Klägerin und deren Bruder nach dem Willen der Erblasserin je zur Hälfte Miteigentum an der Immobilie erlangen sollten.

**12 cc)** Die als „Vorausvermächtnis“ bezeichnete Anordnung der Erblasserin in Bezug auf die Immobilie ist rechtlich als Teilungsanordnung im Sinne von § 2048 BGB zu qualifizieren.

**13 (1)** Mit einer Teilungsanordnung will der Erblasser die Höhe der Erbteile und deren Wert nicht verschieben, sondern im Gegenteil unangetastet lassen (BGH, FamRZ 85, 62). Sie ist denknotwendig mit einer Erbeinsetzung verbunden. Der einzelne Erbe wird durch eine bloße Teilungsanordnung nicht wertmäßig begünstigt, weil der Erblasser mit ihr nur festgelegt hat, welche Gegenstände aus dem Nachlass der Miterbe bei der Auseinandersetzung erhalten soll.

**14 (2)** Von der Teilungsanordnung abzugrenzen ist ein vom Erblasser angeordnetes Vorausvermächtnis (§ 2150 BGB), mit welchem dieser bei Einsetzung der Miterben zu bestimmten Quoten einem Miterben darüber hinaus noch einen bestimmten Gegenstand zugewiesen hat, um diesen wertmäßig zu begünstigen. Für die Frage, ob eine Teilungsanordnung oder ein Vorausvermächtnis vorliegt, sind also ein Begünstigungswille und ein Vermögensvorteil die beiden wesentlichen Kriterien für die vom Erblasser gewollte wertmäßige Verteilung des Nachlasses (BGH, NJW 1995, 721; 1998, 682).

**15 (3)** Demgegenüber handelt es sich bei Verwaltungsanordnungen des Erblassers (§ 2216 Abs. 2 BGB) um besondere Anweisungen zur Verwaltung des Nachlasses, zum Beispiel Gebote und Verbote bestimmter rechtsgeschäftlicher Verfügungen oder Auszahlung von Einkünften, die der Testamentsvollstrecker zu befolgen hat (BGH, NJW 2013, 1879).

**16 (4)** Vor dem Hintergrund der vorstehenden Ausführungen handelt es sich bei der mit „Vorausvermächtnis“ bezeichneten Anordnung der Erblasserin in Bezug auf die Immobilie entgegen dem ausdrücklichen Wortlaut der Überschrift („Vorausvermächtnisse“) – eindeutig und offensichtlich um eine Teilungsanordnung im Sinne von § 2048 BGB, da die Erblasserin den einzelnen Erben unstreitig nicht wertmäßig begünstigen wollte, sondern mit ihr nur festgelegt hat, welche Gegenstände aus dem Nachlass die beiden Miterben bei der Auseinandersetzung erhalten sollen, wie das LG zutreffend – jedoch aufgrund einer anderen rechtlichen Würdigung – festgestellt hat.

**17** Unstreitig hat die Erblasserin im Testament vom 24.10.2010 die Klägerin und den Streithelfer je zur Hälfte als Erben ihres Nachlasses eingesetzt. Sie hat unter Ziffer 2 ihres Testaments angeordnet, dass beide Miterben die streitgegenständliche Immobilie zu gleichen Teilen erhalten sollen, und im Anschluss daran verfügt, dass beide Kinder auch den Wert der bei verschiedenen Banken bestehenden Konten ebenfalls zu gleichen Teilen erhalten sollen. Lediglich hinsichtlich der vorgenommenen Aufteilung der einzelnen Nachlassgegenstände (Aufstellung) hat die Erblasserin klargestellt, dass bei einem eventuell unterschiedlichen Wert der Nachlassgegenstände

zwischen den Erben kein Wertausgleich erfolgen soll. Hieraus ist ersichtlich, dass die Erblasserin keinen der Miterben wertmäßig begünstigen wollte, sodass eine Teilungsanordnung vorliegt.

**18** Der verwendete Begriff „Vorausvermächtnis“ steht dieser Auslegung nicht entgegen. Ob die Erblasserin von dem verwendeten Terminus eine zutreffende juristische Vorstellung hatte, ist nicht maßgeblich, da es bei der Auslegung von letztwilligen Verfügungen gemäß § 133 BGB auf den wirklichen Willen und die Vorstellungen des Erblassers ankommt (BGH 80, 249; 86, 45), sodass festzustellen ist, wie die Erklärung unter Berücksichtigung aller Umstände auszulegen ist. Bei einer Zusammenschau der von der Erblasserin getroffenen Erbeinsetzung der beiden Miterben sowie der auch hinsichtlich der Immobilie und der Konten angeordneten Aufteilung zwischen den Miterben zu gleichen Teilen kann kein Zweifel daran bestehen, dass die Erblasserin keinen der Erben wertmäßig besser stellen wollte und lediglich anordnen wollte, wie der Nachlass aufzuteilen ist. Der Einwand der Berufung, dass die Erblasserin lediglich die Verfügungen aus einem früheren Testament übernommen habe, die Anordnung eines Vorausvermächtnisses in Bezug auf die Immobilie im streitgegenständlichen Testament jedoch keinen Sinn mache, ist daher gleichfalls unbeachtlich.

**19 dd)** Eine andere Beurteilung ergibt sich auch nicht aufgrund der von der Erblasserin verwendeten Formulierung in der Anordnung der TV unter Ziffer 1 („[...] „Aufgabe des Testamentsvollstreckers ist, [...] und die Auseinandersetzung des Nachlasses unter Beachtung meiner Verfügung unter meinen Erben durchzuführen“). Soweit die Berufung geltend macht, dass die Erblasserin dort ausdrücklich die Auseinandersetzung des Nachlasses verfügt habe, für welche jedoch kein Raum mehr bestehe, wenn man vom Vorliegen von Anordnungen im Sinne von § 2216 Abs. 2 BGB ausgehe, ist die Rüge offensichtlich unbegründet. Zum einen hat die Erblasserin insoweit klar und eindeutig angeordnet, dass es „Aufgabe des Testamentsvollstreckers ist, die angeordneten Vermächtnisse zu erfüllen und die Auseinandersetzung des Nachlasses unter Beachtung meiner Verfügung unter meinen Erben durchzuführen“. Zum anderen handelt es sich entgegen der Auffassung der Beklagtenpartei auch dann begrifflich um eine „Auseinandersetzung“ des Nachlasses, wenn der Testamentsvollstrecker lediglich Anordnungen des Erblassers in seiner letztwilligen Verfügung ausführt.

**20** Bei sorgfältiger Ermittlung aller erkennbarer erheblicher Anhaltspunkte hätte der rechtskundige Beklagte zu 1 die (...) getroffene eindeutige und offensichtliche Anordnung der Erblasserin in Bezug auf die Immobilie daher als Teilungsanordnung auslegen müssen.

**21 ee)** Die Klägerin und der Streithelfer haben auch keine von der Teilungsanordnung der Erblasserin abweichende Teilung des Nachlasses vereinbart.

**22 (1)** Die Teilungsanordnung gemäß § 2048 BGB entfaltet nur eine schuldrechtliche Wirkung zwischen den Miterben; jeder Miterbe hat insoweit Anspruch auf Einhaltung des vom Erblasser angeordneten Teilungsmodus. Die Miterben können jedoch übereinstimmend eine davon abweichende Teilung ver-

einbaren und sich über die Teilungsanordnung des Erblassers hinwegsetzen (Staudinger/Samson, § 2048 Rdnr. 8; Palandt, § 2048 Rdnr. 4, § 2044 Rdnr. 2a). Die Teilungsanordnung der Erblasserin bleibt bei einverständlicher Vornahme einer abweichenden Aufteilung des Nachlasses beider Miterben weiterhin bestehen; eine abweichende dingliche Aufteilung durch die Miterben ist jedoch wirksam (Palandt, § 2048 Rdnr. 4).

**23 (2)** Zwar war die Klägerin – ebenso wie der Streithelfer – nach den Feststellungen des Erstgerichts zunächst mit der vom Beklagten zu 1 vorgeschlagenen Veräußerung des Grundstücks einverstanden, wie sich aus dem vorgelegten Schriftverkehr ergibt, sodass ein Einverständnis beider Miterben mit der Vornahme einer von der Teilungsanordnung der Erblasserin abweichenden Teilung des Nachlasses in Bezug auf die Immobilie vorlag. Mit anwaltlichem Schreiben hat die Klägerin dem Beklagten zu 1 die weitere Verwertung des Grundstücks jedoch untersagt und ihr Einverständnis mit dem Verkauf der Immobilie daher widerrufen.

**24 (3)** Das Einverständnis war seitens der Klägerin frei widerruflich.

**25** Soweit die Berufung unter Verweis auf § 744 BGB die Auffassung vertritt, dass einstimmig gefasste Beschlüsse nach der herrschenden Meinung zu § 744 BGB auch nur einstimmig wieder aufgehoben werden könnten, sodass das Einverständnis der Klägerin nicht mehr einseitig widerrufbar gewesen sei, trifft dies im Streitfall nicht zu, da die Miterben durch die Einsetzung des Beklagten zu 1 als Testamentsvollstrecker von der Verwaltung ausgeschlossen sind. Die von der Berufung zitierte Entscheidung des BGH (Urteil vom 16.3.1961, II ZR 190/59) ist daher nicht einschlägig, da sie zu einer einstimmig getroffenen Verwaltungsregelung einer ungeteilten Erbengemeinschaft gemäß § 744 BGB ergangen ist.

**26** Der Testamentsvollstrecker ist an die Teilungsanordnung der Erblasserin, nicht hingegen an abweichende Vereinbarungen der Erben gebunden (MünchKomm-BGB/Ann, § 2048 Rdnr. 9, beck-online). Die Teilungsanordnung der Erblasserin wird durch das Einverständnis der Erben, von der Anordnung abzuweichen und eine anderweitige Teilung vorzunehmen, nicht aufgehoben. Das erteilte Einverständnis ist daher frei widerruflich, da die Erben keine vertragliche Vereinbarung getroffen haben, die an die Stelle der Teilungsanordnung getreten ist, sodass die Klägerin gemäß § 145 BGB an ihren Antrag gebunden wäre. Nach Widerruf des Einverständnisses lagen die Voraussetzungen für eine abweichende Vornahme der Teilung ab diesem Zeitpunkt nicht mehr vor, sodass der Beklagte zu 1 an die Teilungsanordnung der Erblasserin gebunden war und die Immobilie daher nicht mehr verwerten durfte.

**27 ff)** Die angegriffene Entscheidung ist auch nicht deshalb rechtsfehlerhaft, weil der in Ziffer 1. tenorierte Unterlassungsanspruch zu weitreichend ist, wie die Berufung rügt. Denn maßgebender Zeitpunkt dafür, dass aufgrund des festgestellten Sachverhalts die begehrte Rechtsfolge in Ziffer 1 eintritt, ist der Schluss der mündlichen Verhandlung (Thomas/Putzo, ZPO, 39. Aufl., § 322 Rdnr. 35). Die materielle Rechtskraft der landgerichtlichen Entscheidung in Ziffer 1 ist daher auf diesen Zeitpunkt bezogen. Zutreffend hat das LG den Vortrag des

Beklagten zu 1, wonach Erbschaftsteuern und auch die Testamentsvollstreckervergütung zu zahlen seien, die ggf. nicht vom Barvermögen abgedeckt seien, sodass ein vollständiges Verwertungsverbot daher unzulässig und unbegründet sei, im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung nicht als schlüssig erachtet. Die Klägerin hat dieses Vorbringen bestritten. Es fehlt auch in der Berufung nach wie vor an substantiierten Sachvortrag des Beklagten zu 1 zur Höhe der zu zahlenden Erbschaftsteuer und der Testamentsvollstreckervergütung sowie an einer nachvollziehbaren Darlegung, weshalb das Barvermögen des Nachlasses hierfür nicht ausreicht.

## B. Berufung des Beklagten zu 2)

**28** Zutreffend hat das LG ferner angenommen, dass die Feststellungsklage gemäß § 256 Abs. 1 ZPO zulässig und ab dem Zeitpunkt des Widerrufs des Einverständnisses der Klägerin am 12.7.2016 auch begründet ist.

**29** 1. Eine Feststellungsklage ist zulässig, wenn die Schadensentwicklung noch nicht abgeschlossen ist und der Kläger seinen Anspruch deshalb ganz oder teilweise nicht beziffern kann (BGH, NJW 1984, 1552, 1554). Ist bereits ein Teil des Anspruchs bezifferbar, steht es dem Kläger frei, diesen Teil durch Leistungsklage und den Rest durch einen ergänzenden Feststellungsantrag geltend zu machen. Er darf stattdessen aber auch den gesamten Anspruch im Wege der Feststellungsklage einklagen (BGH, NJW 1984, 1552, 1554; NJW-RR 1988, 445). Dies gilt auch dann, wenn der Schaden bereits eingetreten ist, aber noch nicht geklärt ist, auf welche Weise und mit welchen Kosten er behoben werden kann (BGH, NJW-RR 2008, 1520), oder wenn der Kläger zwischen mehreren Möglichkeiten der Schadensbeseitigung wählen darf und nur einzelne davon schon durch Leistungsklage geltend gemacht werden könnten (BGH, NJW 1996, 2725, 2726). Ist eine Feststellungsklage nach diesen Grundsätzen zulässig erhoben worden, braucht der Kläger auch dann nicht zur Leistungsklage überzugehen, wenn im Laufe des Rechtsstreits der gesamte Schaden bezifferbar wird (BGH, NJW 2006, 439, 440; 2011, 3361 Rdnr. 16). Ist die Schadensentwicklung schon bei Klageerhebung abgeschlossen, steht dem Kläger jedoch grundsätzlich nur die Leistungsklage zur Verfügung.

**30** 2. Vor dem Hintergrund der vorstehenden Ausführungen ist die Feststellungsklage zulässig, da maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung, ob die Schadensentwicklung schon abgeschlossen war, der Zeitpunkt der Klageerhebung ist. Die Klägerin hat am 25.7.2016 Klage erhoben (Schriftsatz vom 25.7.2016). Erst kurz zuvor, am 12.7.2016, hat sie nach den Feststellungen des LG ihr früheres Einverständnis mit dem Verkauf der Immobilie gegenüber dem Beklagten zu 1 widerrufen. Ab diesem Zeitpunkt wäre der Beklagte zu 1 daher verpflichtet gewesen, einen ggfs. bereits erteilten Maklerauftrag zu kündigen (siehe vorstehend unter A.). Ob und ggf. in welcher Höhe Maklergebühren bis zu diesem Zeitpunkt angefallen waren, musste der Klägerin angesichts des kurzen Zeitraums zwischen Widerruf ihres Einverständnisses und Klageerhebung nicht bekannt sein, sodass sie sich insoweit jedenfalls in entschuldbarer Unkenntnis befand.

**31** Auch die weiteren Zulässigkeitsvoraussetzungen der Feststellungsklage gemäß § 256 Abs. 1 ZPO sind erfüllt. Zutref-

fend hat das LG angenommen, dass die Möglichkeit eines im Streitfall bereits eingetretenen Schadens besteht, und ein Feststellungsinteresse besteht.

**32** a) Die Klägerin hat mit dem Klageantrag II. die Feststellung der Verpflichtung des Beklagten zu 2 zum Ersatz aller Schäden an den Nachlass begehrt, die dadurch entstanden sind, dass der Beklagte zu 2 unter Verletzung seiner Pflichten als Testamentsvollstrecker das zum Nachlass gehörende Grundstück veräußern wollte. Der im Perfekt bzw. Praeteritum formulierte Feststellungsantrag („entstanden sind“, „wollte“) kann nach seinem klaren und eindeutigen Wortlaut nur dahin gehend verstanden werden (§§ 133, 157 BGB), dass die Klägerin den Schaden, der durch die nach ihrem Widerruf am 12.7.2016 betriebene Verwertung der Immobilie eingetreten ist, vom Beklagten zu 2 wegen vorsätzlicher Verletzung der ihm als Testamentsvollstrecker obliegenden Pflichten ersetzt verlangt. Für eine Auslegung des Feststellungsantrags – auch – auf Ersatz künftiger Schäden besteht daher entgegen der Auffassung der Berufung kein Raum.

**33** b) Zutreffend hat das LG daher angenommen, dass der Beklagte zu 1 zur Verwertung der Immobilie nach dem Widerruf des Einverständnisses seitens der Klägerin mit Schreiben vom 12.7.2016 nicht mehr berechtigt war. Soweit eine entsprechende zeitliche Einschränkung in Ziffer 2 des Tenors der angegriffenen Entscheidung des LG fehlt, handelt es sich nach Auffassung des Senats um ein Versehen, wie sich aus den Entscheidungsgründen ergibt, und daher um eine offensichtliche Unrichtigkeit, gemäß § 319 ZPO, die jederzeit vom Amts wegen berichtigt werden kann. Der Senat erwägt, zur Klarstellung einen entsprechenden Zusatz („ab 12.7.2016“) anzubringen.

**34** 3. Die Feststellungsklage ist auch begründet, da der Beklagte zu 2 der Klägerin für die nach Widerruf des Einverständnisses aufgrund der nicht autorisierten Verwertung der Immobilie entstandenen Schäden gemäß § 2219 BGB haftet.

**35** a) Der Beklagte zu 2 ist in eigener Person passivlegitimiert, da er gemäß § 2219 BGB persönlich aufgrund des gesetzlichen Schuldverhältnisses, das ihm mit dem Erben verbindet, haftet (MünchKomm-BGB/Zimmermann, § 2219 Rdnr. 4-5).

**36** b) Der Klägerin steht gegen den Beklagten zu 2 ein Anspruch auf Ersatz des Schadens wegen der nach dem 12.7.2016 betriebenen Verwertung des Grundstücks zu.

**37** aa) Gemäß § 2219 Abs. 1 BGB haftet der Testamentsvollstrecker bei schuldhafter Verletzung der ihm obliegenden Verpflichtungen den Erben für den daraus entstehenden Schaden. Die Pflichten ergeben sich aus dem Gesetz (§§ 2203 bis 2209 BGB) sowie den Erblasseranordnungen. Der Beklagte zu 2 war als von der Erblasserin eingesetzter Testamentsvollstrecker gemäß § 2203 BGB verpflichtet, deren letztwillige Verfügungen auszuführen und diese dabei in eigener Verantwortung auszuliegen. Grundsätzlich steht ihm bei Auslegungsfragen keine Entscheidungsmacht zu, sodass er zur Vermeidung einer Haftung bei einer Fehlinterpretation ggfs. Feststellungsklage erheben muss (Palandt, § 2203 Rdnr. 4).

**38** bb) Der Beklagte zu 2 war nach dem Widerruf des Einverständnisses mit einem Verkauf der Immobilie am 12.7.2016

wieder an die Teilungsanordnung der Erblasserin gebunden. Soweit der Beklagte zu 2 die als „Vorausvermächtnis“ bezeichnete Anordnung in Bezug auf die Immobilie wegen fehlender Sinnhaftigkeit als unmaßgeblich erachtet und die letztwillige Verfügung der Erblasserin dahin gehend ausgelegt hat, dass nach dem Willen der Erblasserin die angeordnete Testamentsvollstreckung im Vordergrund gestanden habe und der Beklagte daher zur Verwertung der Immobilie berechtigt gewesen sei, war diese Auslegung durch den rechtskundigen Beklagten zu 2 nicht vertretbar, siehe oben.

**39** Zwar fehlt ein Verschulden nach höchstrichterlicher Rechtsprechung bei Handlungen des Testamentsvollstreckers, die auf seiner Auslegung nicht eindeutiger letztwilliger Verfügungen des Erblassers beruhen, wenn er nach sorgfältiger Ermittlung aller erkennbarer erheblicher Anhaltspunkte zu einer immerhin vertretbaren Auslegung gelangt und auf dieser Grundlage die beanstandeten Verfügungen über Nachlassgegenstände vorgenommen hat (BGH, NJW-RR 92, 775). Der Beklagte zu 2 ist jedoch Rechtsanwalt. Die von ihm vorgenommene Auslegung widerspricht dem eindeutigen Wortlaut der in Bezug auf die Immobilie getroffenen Anordnung der Erblasserin, deren Wunsch es gewesen ist, dass beide Miterben jeweils hälftig Miteigentum an der Immobilie erhalten sollten (siehe oben unter A.), in jedem Fall hätte der Beklagte zu 2 bei dieser Sachlage vor der Verwertung des Grundstücks entweder eine Klärung mit den Erben herbeiführen oder Feststellungsklage zur Vermeidung einer Haftung bei einer Fehlinterpretation müssen (Palandt, § 2203 Rdnr. 4). Der Beklagte zu 2 hat daher durch die Verwertung des Grundstücks nach Widerruf des Einverständnisses seitens der Klägerin hat der Beklagte zu 2 seine Pflichten schuldhaft verletzt.

(...)

### C. Berufung des Streithelfers

**42** Aus den vorstehenden Gründen ist auch die Berufung des Streithelfers gemäß § 522 Abs. 2 Nr. 1 ZPO offensichtlich unbegründet. Auf die Ausführungen unter A. und B. wird insoweit Bezug genommen.

(...)

#### ANMERKUNG:

Von Notar a. D. Prof. Dr. **Wolfgang Reimann**, Regensburg

### 1. Sachverhalt

Der Hinweisbeschluss des OLG München vom 29.8.2018 betrifft die Auseinandersetzung einer Erbengemeinschaft bei vom Erblasser angeordneter Testamentsvollstreckung samt Teilungsanordnung. Es stellte sich im entschiedenen Fall – wie auch häufig in der gestaltenden Praxis – die Frage, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen der Testamentsvollstrecker von der Teilungsanordnung abweichen kann und darf und welche Rechte den Erben insoweit zustehen. Es geht also um die Verbindlichkeit einer Teilungsanordnung sowie die Wirkungen eines Verstoßes hiergegen. Es konkurrieren hierbei die Vorschriften des BGB zur Erbengemeinschaft und zur Testamentsvollstreckung.

### 2. Einordnung in die erbrechtliche Systematik

Ordnet man das Problem in die Systematik des Erbrechts ein, ergibt sich Folgendes:

- a) Bei einer Erbengemeinschaft kann jeder Erbe die Auseinandersetzung jederzeit verlangen (§ 2042 Abs. 1 BGB). Es handelt sich um einen Individualanspruch, er richtet sich gegen alle anderen Miterben. Der Anspruch auf Auseinandersetzung ist unverjährbar (§ 2042 Abs. 2, § 785 BGB). Das Verlangen kann durch Klage im Prozessweg geltend gemacht werden. Der Miterbe braucht vorher nicht die Auseinandersetzung im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit versucht zu haben.<sup>1</sup> Ist Testamentsvollstreckung angeordnet, ist der Testamentsvollstrecker Adressat des Teilungsbegehrens der Miterben gemäß § 2042 Abs. 1 BGB, es ist also nicht wie sonst an die anderen Erben zu richten.<sup>2</sup>
- b) Der Testamentsvollstrecker hat „die letztwilligen Verfügungen des Erblassers zur Ausführung zu bringen“ (§ 2203 BGB) und, wenn mehrere Erben vorhanden sind, die Auseinandersetzung „nach Maßgabe der §§ 2042 bis 2057a“ BGB zu bewirken (§ 2204 Abs. 1 BGB). § 2204 Abs. 1 BGB verweist damit auch auf § 2048 BGB. Eine vom Erblasser erlassene Teilungsanordnung ist somit vom Testamentsvollstrecker auszuführen. Die Verpflichtung hierzu hätte sich auch ohne die Verweisung in § 2204 Abs. 1 BGB bereits aus § 2203 BGB ergeben.<sup>3</sup> Der Testamentsvollstrecker ist bei Erbteilung unabhängig von den Weisungen der Erben.<sup>4</sup>
- c) Der Testamentsvollstrecker ist nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet, die Auseinandersetzung zu bewirken. Mit der Auseinandersetzungspflicht des Testamentsvollstreckers korrespondiert der subjektive Anspruch der Erben auf Auseinandersetzung. Dies ist eine Folge des gesetzlichen Schuldverhältnisses zwischen Testamentsvollstrecker und Erben. Jeder Erbe kann grundsätzlich jederzeit von ihm, nötigenfalls im Wege der Klage, verlangen, dass er die Auseinandersetzung vornimmt.<sup>5</sup> Widersetzt sich der Testamentsvollstrecker einem solchen Verlangen pflichtwidrig, haftet er gemäß § 2219 BGB für einen etwa hieraus entstehenden Schaden.<sup>6</sup> Prozessual stehen jedem Miterben die Feststellungsklage, die Unterlassungsklage und die Klage auf Leistung (Erfüllung) zur Verfügung. Zuständig ist das Prozessgericht, nicht das Nachlassgericht.<sup>7</sup>

1 Staudinger/Löhnig, Neub. 2016, § 2042 Rdnr. 44; Palandt/Weidlich, 78. Aufl. 2019, § 2242 Rdnr. 20.

2 RG, Urteil vom 4.10.1920, Rep. IV. 222/20, RGZ 100, 95; BayObLG, Beschluss vom 9. 6. 1967, BReg. 1 a Z 86/66, BayObLGZ 1967, 230, 239; Palandt/Weidlich, § 2042 Rdnr. 5.

3 Staudinger/Reimann, § 2203 Rdnr. 4.

4 BGH, Urteil vom 2.10.1957, IV ZR 217/57, BGHZ 25, 275, 280.

5 RG, Urteil vom 4.10.1920, Rep. IV. 222/20, RGZ 100, 95.

6 Staudinger/Reimann, §2204 Rdnr. 52.

7 Staudinger/Reimann, § 2203 Rdnr. 35 ff.



d) Hat der Erblasser eine Teilungsanordnung erlassen, richtet sich der Anspruch der Erben darauf, dass diese vom Testamentsvollstrecker ausgeführt wird. Der Anspruch kann aber nur realisiert werden, wenn auch die übrigen Voraussetzungen für die Teilung vorliegen, vor allem etwaige Fristvorgaben des Erblassers erfüllt sind. Fehlen diese, bestimmt der Testamentsvollstrecker im Rahmen seiner Verpflichtung zur ordnungsmäßigen Verwaltung (§ 2216 Abs. 1 BGB) den Zeitpunkt. Der Anspruch auf Teilung des Nachlasses ist daher erst danach durchsetzbar.<sup>8</sup>

e) Diese Fragen betreffen das schuldrechtliche Verhältnis zwischen dem Erben und dem Testamentsvollstrecker, also dessen rechtliches Dürfen. Unabhängig hiervon ist dessen rechtliches Können, also die Verfügungsbefugnis. Die Anordnung der Testamentsvollstreckung hat für die Erben zur Folge, dass sie selbst nicht Verfügungsbefugte sind (§ 2211 Abs. 1 BGB), die Verfügungsbefugnis liegt – abgesehen von unentgeltlichen Verfügungen – beim Testamentsvollstrecker (§ 2205 Satz 2 BGB). Damit ist den Erben die Möglichkeit genommen, sich über die Teilungsanordnung des Erblassers hinwegzusetzen, ohne dass der Testamentsvollstrecker zustimmt. Bei der gegebenen Sachlage – Erbengemeinschaft, Testamentsvollstreckung, Teilungsanordnung – ist der Testamentsvollstrecker zwar schuldrechtlich durch die Teilungsanordnung des Erblassers gebunden, er *darf* also nicht anders verfügen, er *kann* sich aber über dessen Willen hinwegsetzen, da er gemäß § 2205 Satz 2 BGB Verfügungsbefugte ist. Die Wirksamkeit der Verfügung ist nicht kausal bedingt durch den Willen des Erblassers; der Testamentsvollstrecker riskiert allerdings Schadensersatzansprüche der Erben. Will er diese vermeiden, muss er die Zustimmung aller Miterben zu der beabsichtigten Teilung einholen.

Anders ist die Rechtslage nur, wenn ein Fall des § 2208 BGB (dinglicher Entzug der Verfügungsbefugnis) vorliegt. Dies ist im Einzelfall durch Auslegung zu ermitteln, aber im Hinblick auf die schuldrechtlichen Wirkungen der Teilungsanordnung eher die Ausnahme. Liegt ein Fall des § 2208 BGB vor, würde die Verfügungsbefugnis dann auf die Erben übergehen, da ansonsten ein verfügungsloser Nachlass entstünde.<sup>9</sup> Dies würde gerade bei Erbauseinandersetzungen eine übermäßige Beeinträchtigung der Funktion des Testamentsvollstreckers bedeuten und kann daher im Regelfall nicht angenommen werden.

### 3. Fazit

Dem OLG München ist somit zuzustimmen. Es verweist – vgl. Tz. 26 – zutreffend darauf, dass die Teilungsanordnung des Erblassers nicht durch das Einverständnis der Erben aufgehoben wird, sondern dieses lediglich Schadensersatzansprüche vermeidet. Die Erben können ihr Einverständnis frei widerrufen, solange nicht vom Testamentsvollstrecker ein *Fait accompli* durch die Ausführung der umstrittenen

Verfügung geschaffen wurde. Liegt ein derartiger (rechtzeitiger) Widerruf eines Miterben vor, würde der Testamentsvollstrecker mit einer vom Willen des Erblassers abweichenden Teilung gegen seine Verpflichtungen aus §§ 2203, 2204 BGB verstoßen; er wäre dann den Erben zum Ersatz eines etwaigen Schadens verpflichtet (§ 2219 BGB). Das OLG München hat zutreffend auch die prozessualen Möglichkeiten der Erben beurteilt.

## 15. Auslegung einer Befreiung von § 181 BGB

OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 2.1.2018, 20 W 331/17

GBO §§ 18, 20, 71 Abs. 2  
BGB §§ 2147, 2203, 2223

### LEITSATZ:

**Ist in einer letztwilligen Verfügung der mit der Erfüllung von Grundstücksvermächtnissen beauftragte Testamentsvollstrecker ausdrücklich von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit, so spricht dies für die Auslegung, dass der Erblasser ihm nicht nur zur Erklärung der Auflassung für die Erben, sondern auch zur Annahme der Auflassung auf Seiten der Vermächtnisnehmer befugt sein soll.**

### SACHVERHALT:

1 I. Als Eigentümer des Eingangs bezeichneten Grundbesitzes sind im Grundbuch seit 4.5.2017 die Beschwerdeführer zu 1 bis 3 in Erbengemeinschaft aufgrund des notariellen Testamentes vom 19.6.2008 eingetragen.

2 Die Voreigentümerin A (im Folgenden: Erblasserin) hatte mit diesem notariellen Testament vom 19.6.2008 (UR-Nr. (...)/2008 des Notars B) die Beschwerdeführer zu 1 bis 3 zu ihren Erben zu gleichen Teilen eingesetzt.

3 Außerdem hatte sie dort Vorausvermächtnisse des Inhalts angeordnet, dass der Beschwerdeführer zu 3 das Grundstück (...) und die Beschwerdeführer zu 1 und 2 als Miteigentümer zu je ½ das Grundstück (...) erhalten sollten. Zusätzlich hatte sie Testamentsvollstreckung angeordnet und dem Testamentsvollstrecker als Aufgabe die Durchführung der Erbauseinandersetzung zwischen den Miterben und die Erfüllung der angeordneten Vermächtnisse unter Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB zugewiesen. In einem weiteren privatschriftlichen Testament vom selben Tage hatte sie den Urkundsnotar B zum Testamentsvollstrecker ernannt.

4 Unter dem 27.9.2017 reichte der hier verfahrensbevollmächtigte Notar seine UR-Nr. (...)/2017 mit näher bezeichneten Vollzugsanträgen bei dem Grundbuchamt ein. In dieser Urkunde hat der Testamentsvollstrecker in dieser Eigenschaft die beiden vorgenannten Grundstücke auf den Beschwerdeführer zu 3 bzw. die beiden Beschwerdeführer zu 1 und 2 als Miteigentümer übertragen, wobei er auch die Annahme der Eigentumsübertragung ausdrücklich jeweils für die Beschwerdeführer zu 1 bis 3 als Vermächtnisnehmer erklärte. Außerdem erklärte er als Testamentsvollstrecker die Auflassung und beantragte die Eigentumsumschreibung.

5 Der Rechtspfleger des Grundbuchamtes beanstandete mit Zwischenverfügung (...) die jeweils vom Testamentsvollstrecker allein erklärte Auflassung sei unwirksam, weil §§ 873, 925 BGB eine Einigung

<sup>8</sup> Reimann, DNotZ 2016, 769, 773.

<sup>9</sup> BGH, Urteil vom 25.9.1963, V ZR 130/61, BGHZ 40, 115, 118; BGH, Urteil vom 18.6.1971, V ZB 4/71, BGHZ 56, 275; Staudinger/Reimann, § 2208 Rdnr.7; Palandt/Weidlich, § 2208, Rdnr. 5; Keim, ZEV 2002, 132.

von Veräußerer und Erwerber, hier also von dem Testamentsvollstrecker einerseits und dem Beschwerdeführer zu 3 bzw. den Beschwerdeführern zu 1 und 2 andererseits erfordere.

**6** Gegen diese Beanstandungen (...) der Zwischenverfügung hat der verfahrensbevollmächtigte Notar (...) Beschwerde eingelegt. Zur Begründung wird unter Verweis auf im einzelnen zitierte Rechtsprechung im Wesentlichen geltend gemacht, der Testamentsvollstrecker habe die Auflassung nicht einseitig erklärt, sondern für die Erbengemeinschaft auf der einen und für die jeweiligen Vermächtnisnehmer auf der anderen Seite, sodass tatsächlich beiderseitige Einigungserklärungen über den Eigentumsübergang vorlägen. Die vom Testamentsvollstrecker erklärte Auflassung zur Erfüllung der Vorausvermächtnisse sei von dessen Verfügungsbefugnis gedeckt, sodass er in seiner Person auf beiden Seiten des Rechtsgeschäftes habe mitwirken können. Bei einer anderen Handhabung würden Sinn und Zweck sowie der Aufgabenkreis der angeordneten Testamentsvollstreckung vollkommen unterlaufen. Bei der vom Testamentsvollstrecker erklärten Auflassung handele es sich auch nicht um ein unzulässiges In-Sich-Geschäft gemäß § 181 BGB.

**7** Der Rechtspfleger des Grundbuchamtes hat der Beschwerde (...) nicht abgeholfen. Zur Begründung hat er im Wesentlichen ausgeführt, eine Kompetenz des Testamentsvollstreckers zur Vertretung des Vermächtnisnehmers bei der Entgegennahme der Auflassung bestehe nur, wenn der Testamentsvollstrecker nicht nur für die Vollziehung des Vermächtnisses zu sorgen habe, sondern auch auf Seiten des Vermächtnisnehmers eine entsprechende Aufgabe wahrnehmen müsse, sodass die Erfüllung des Vermächtnisses nur eine Art „zwingende Vorstufe“ sei. Eine solche beidseitige Erfüllungskompetenz sei in den von der Beschwerde zitierten Entscheidungen der OLG Hamm und München gegeben, nicht aber im vorliegenden Fall. Denn hier bestimme der Aufgabenbereich des Testamentsvollstreckers ausschließlich in der Erbaueinandersetzung und der Erfüllung der angeordneten Vermächtnisse.

## AUS DEN GRÜNDEN:

**8** II. Die Beschwerde, über welche nach der hier erfolgten Nichtabhilfeentscheidung des Grundbuchrechtspflegers gemäß §§ 72, 75 GBO der Senat als Beschwerdegericht zu entscheiden hat, ist zulässig.

**9** Dabei ist zunächst klarzustellen dass es sich entgegen der Formulierung im Beschwerdeschriftsatz nicht um eine Beschwerde des Notars handelt, dem zur Einlegung dieses Rechtsmittels im eigenen Namen die Beschwerdebefugnis fehlen würde, sondern im Wege der gebotenen Auslegung davon ausgegangen werden muss, dass der Notar die Beschwerde – auch wenn die allerdings wünschenswerte diesbezügliche Klarstellung fehlt – hier im Namen der eingangs bezeichneten Beschwerdeführer aufgrund der Ermächtigung des § 15 GBO eingelegt hat (vgl. *Demharter*, GBO, 30. Aufl., § 15 Rdnr. 20 m. w. N.).

**10** Der Anfechtung durch die Beschwerde unterliegen gemäß § 71 Abs. 1 GBO nur die Entscheidungen des Grundbuchamtes. Anfechtbar sind deshalb grundsätzlich nur die in der Sache ergehenden Entschlüsse. Bezogen auf einen Eintragungsantrag handelt es sich hierbei entweder um eine Zwischenverfügung im Sinne des § 18 Abs. 1 GBO oder eine sonstige abschließende Sachentscheidung, also eine Zurückweisung des Eintragungsantrages oder die Eintragung selbst, wobei für Letztere die Einschränkung des § 71 Abs. 2 GBO gilt. Sonstige Verfügungen des Grundbuchamtes, insbesondere bloße Vorbescheide oder Hinweise auf die Rechtslage,

sind nicht mit der Grundbuchbeschwerde anfechtbar, weil es sich hierbei nicht um Entscheidungen im Sinne des § 71 GBO handelt (vgl. *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 470 ff. m. w. N.; OLG München, Beschluss vom 11.4.2011, 34 Wx 160/11, Rpfleger 2011, 495; OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 4.9.1996, 20 W 299/96, NJW-RR 1997, 401 sowie Senatsbeschlüsse vom 25.8.2010, 20 W 282/10 und 2.4.2012, 20 W 108/12 n. v.).

**11** Zwar sind grundsätzlich Verfügungen, welche keine Zwischenverfügungen im Sinne des § 18 GBO darstellen, nicht mit der Beschwerde anfechtbar. Ob eine anfechtbare Zwischenverfügung vorliegt, ist aufgrund des objektiven Erklärungsinhalts der Verfügung zu beurteilen, wobei nicht allein maßgeblich ist, ob das Grundbuchamt seine Verfügung als Zwischenverfügung bezeichnet hat oder behandelt wissen will (vgl. hierzu die Nachweise bei *Demharter*, GBO, § 71 Rdnr. 19). Der Senat geht im vorliegenden Fall von einer Zwischenverfügung aus, weil der Rechtspfleger in der hier teilweise angefochtenen Verfügung eingangs die für eine Zwischenverfügung ganz typische Formulierung, dass dem Vollzug mehrere Hindernisse entgegenstünden, gewählt hat, zu deren Behebung eine Frist von einem Monat gesetzt hat, sodann nummeriert die von ihm angenommenen Hindernisse aufgezählt hat, sowohl in der nachfolgenden Rechtsmittelbelehrung als auch in seinem Nichtabhilfebeschluss die Verfügung ausdrücklich als Zwischenverfügung bezeichnet und durch die Vorlage an das OLG verfahrensmäßig auch so behandelt hat.

**12** Die somit zulässige Beschwerde führt auch in der Sache zum Erfolg, weil die Zwischenverfügung in dem hier angefochtenen Umfang betreffend deren Ziffern 1 und 2 schon aus formellen Gründen keinen Bestand haben kann.

**13** Gegenstand einer Zwischenverfügung kann nach § 18 GBO nur die dem jeweiligen Antragsteller gegenüber ergehende Angabe von Eintragungshindernissen sein, verbunden mit der Fristsetzung zu deren Beseitigung und der Ankündigung der Antragszurückweisung bei nicht fristgemäßer Beseitigung. Die Zwischenverfügung hat demnach die Angabe sämtlicher Hindernisse zu enthalten, die der Eintragung entgegenstehen, ferner die Bezeichnung sämtlicher Mittel oder Wege zur Beseitigung der Hindernisse, die klar aufgezeigt werden müssen und schließlich die Setzung einer Frist zur Beseitigung der konkret aufgezeigten Hindernisse (vgl. die Nachweise bei OLG Frankfurt a. M., Rpfleger 1994, 204; BayObLG 1997, 129; *Meikel/Böttcher*, GBO, 11. Aufl., § 18 Rdnr. 104 ff.). Wegen der rangwahrenden Wirkung, die der Zwischenverfügung nach § 18 Abs. 2 GBO zukommt, darf sie nur dann erlassen werden, wenn das Grundbuchamt nach Beseitigung der Hindernisse von der Eintragungsfähigkeit ausgeht (vgl. BGH, Beschluss vom 26.6.2014, V ZB 1/12, FGPrax 2014, 192; BayObLG, Beschluss vom 30.11.2000, 2 Z BR 120/00, FGPrax 2001, 13 und KG Berlin, Beschluss vom 22.10.1990, 24 W 4800/90, NJW-RR 1991, 465; OLG Hamm, MittRhNotK 1996, 225; OLG Schleswig, FGPrax 2010, 282; OLG Düsseldorf, RhNotZ 2009, 238; OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 16.1.1990, 20 W 501/89, NJW-RR 1990, 1042 und Beschluss vom 14.10.2005, 20 W 405/04, juris; OLG Schleswig, Beschluss vom 9.7.2010, 2 W 94/10, juris; *Demharter*, GBO, § 18 Rdnr. 8, 12, 32 und § 22 Rdnr. 31; *Meikel/Böttcher*,

GBO, § 18 Rdnr. 36, 37; BeckOK-GBO/Zeiser, Stand: 1.5.2017, § 18 Rdnr. 17, jeweils m. w. N.).

**14** Diesen Anforderungen entspricht die hier angefochtene Zwischenverfügung (...) nicht. Der Grundbuchrechtspfleger legt in (...) seiner Zwischenverfügung zwar jeweils dar, aus welchen materiellrechtlichen Gründen aus seiner Sicht die vom Testamentsvollstrecker erklärte Auffassung unwirksam sei. Es fehlt jedoch als zwingendem weiterem Bestandteil einer Zwischenverfügung an der Darlegung, auf welchem Weg und mit welchen Mitteln die angenommenen Hindernisse mit der Folge der sodann gegebenen Eintragungsfähigkeit des Antrages ausgeräumt werden könnten.

**15** Bereits aufgrund dieses formellen Mangels können die angefochtenen Ziffern (...) der angefochtenen Zwischenverfügung keinen Bestand haben und waren deshalb aufzuheben.

**16** Gegenstand des Beschwerdeverfahrens ist nur die Zwischenverfügung im angefochtenen Umfang, nicht jedoch der Eintragungsantrag selbst, über welchen nunmehr zunächst das Grundbuchamt in eigener Verantwortung zu entscheiden haben wird. Insoweit weist der Senat allerdings zunächst ohne zwingende Bindungswirkung für das Grundbuchamt darauf hin, dass das vom Grundbuchrechtspfleger in (...) der Zwischenverfügung angenommene Hindernis der Unwirksamkeit der von dem Testamentsvollstrecker jeweils erklärten Auflassung nicht gegeben sein dürfte.

**17** In Rechtsprechung und Literatur werden – allerdings zu inhaltlich jeweils unterschiedlichen Sachverhaltsausgestaltungen – verschiedene Auffassungen zu der Rechtsfrage vertreten, ob bei einem Grundstücksvermächtnis und angeordneter Testamentsvollstreckung sich die Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers, zu dessen Aufgabe die Erfüllung von Vermächtnissen gehört, auch auf die Entgegennahme der Auflassung durch den Vermächtnisnehmer erstreckt. Teilweise wird dies unter Hinweis darauf angenommen, dass der Anfall des Vermächtnisses keine Annahmeerklärung erfordere und eine Ausschlagung des Vermächtnisses dem Bedachten auch nach dessen Erfüllung durch den Testamentsvollstrecker noch möglich sei, ohne dass hierfür eine Frist bestehe (so wohl OLG München, Beschluss vom 25.2.2013, 34 Wx 30/13, NJW-RR 2013, 1231; OLG Hamm, Beschluss vom 27.7.2010, I-15 Wx 374/09, NJW-RR 2011, 11 = ZEV 2011, 198). In der Literatur wird diese Auffassung teilweise als zu weitgehend abgelehnt (sowohl Staudinger/Reimann, Neub. 2016, § 2223 Rdnr. 3; Muscheler, ZEV 2011, 1231; zweifelnd BeckOK-BGB/Mayer, § 2223 Rdnr. 6a; Zimmermann, Die Testamentsvollstreckung, 4. Aufl. 2014, juris Rdnr. 157).

**18** Der Senat ist der Auffassung, dass diese Rechtsfrage nicht generell beantwortet werden kann, sondern es einer Entscheidung im jeweiligen Einzelfall bedarf.

**19** Dabei kommt es entscheidend darauf an, welche Aufgaben und Befugnisse dem Testamentsvollstrecker in der letztwilligen Verfügung durch den Erblasser eingeräumt wurden. Hierzu bedarf es zunächst der Auslegung der letztwilligen Verfügung, in welcher sowohl das Vermächtnis als auch die Testamentsvollstreckung angeordnet wurden. Bei dieser Auslegung kann zwar nicht außer Acht gelassen werden, dass es grundsätzlich allein in der Entscheidungskompetenz des Ver-

mächtnisnehmers und nicht des Testamentsvollstreckers liegt, ob er das ihm vom Erblasser zugedachte Vermächtnis annimmt oder nicht. In diesem Zusammenhang spricht einiges für die von dem Grundbuchrechtspfleger in seiner Zwischenverfügung geäußerte Rechtsauffassung, dass eine im Testament angeordnete Testamentsvollstreckung dahin gehend auszulegen ist, dass sie den Testamentsvollstrecker nicht nur zur Erklärung der Auflassung aufseiten der Erbengemeinschaft berechtigt, sondern zugleich auch zur Annahme der Auflassung auf Seiten des jeweiligen Vermächtnisnehmers, wenn der als Vermächtnis zugewandte Vermögensgegenstand dem Bedachten nicht zur freien Verfügung überlassen werden soll, sondern diesbezüglich weitere Beschränkungen oder Belastungen durch das Testament angeordnet sind, etwa in Gestalt einer Dauertestamentsvollstreckung oder eines Nach- oder Untervermächtnisses. Denn in derartigen Fallgestaltungen kann nur bei einer solchen weiten Auslegung der dem Testamentsvollstrecker eingeräumten Befugnisse für eine baldige und vollständige Umsetzung des Willens des Erblassers gesorgt werden.

**20** Entgegen der Auffassung des Grundbuchrechtspflegers ist dies jedoch nicht die einzige Sachverhaltsgestaltung, in welcher eine solche Auslegung der letztwilligen Verfügung im Sinne einer Ermächtigung des Testamentsvollstreckers zur Erklärung der Auflassung nicht nur aufseiten der Erbengemeinschaft, sondern zugleich auch für den Empfänger des durch Vermächtnis zugewandten Gegenstandes in Betracht kommen kann. Vielmehr ist im vorliegenden Fall für die Auslegung auch von Bedeutung, dass der Testamentsvollstrecker in § 3 Abs. 4 des notariellen Testamentes vom 19.6.2008 ausdrücklich von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit wurde. Der Senat sieht hierin einen deutlichen Hinweis darauf, dass der Testamentsvollstrecker zur Erfüllung der hier angeordneten Vorausvermächtnisse für die Erben ohne deren Mitwirkung bei der Entgegennahme der Auflassung ermächtigt werden sollte. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der hier als Testamentsvollstrecker eingesetzte Rechtsanwalt und Notar in der letztwilligen Verfügung selbst weder als Erbe noch als Vermächtnisnehmer bedacht wurde, sodass es aus diesem Blickwinkel der Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB nicht bedurfte, im Unterschied zu der hier nicht gegebenen Sachverhaltsgestaltung, dass ein Miterbe zum Testamentsvollstrecker eingesetzt ist. Zu beachten ist weiterhin, dass vorliegend gerade keine Dauertestamentsvollstreckung angeordnet wurde, sondern die Aufgabe des Testamentsvollstreckers sich in der Durchführung der Erbauseinandersetzung zwischen den Miterben und der Erfüllung der angeordneten Vermächtnisse erschöpft. In diesem Zusammenhang macht die Befreiung des Testamentsvollstreckers von den Beschränkungen des § 181 BGB nur dann einen Sinn, wenn diesem damit die Möglichkeit der zügigen Erledigung seiner Aufgaben gerade auch bei der von der Erblasserin beabsichtigten Zuweisung der Grundstücke an die einzelnen Miterben als Vorausvermächtnisnehmer eingeräumt wird. Deshalb ist im vorliegenden Fall das notarielle Testament vom 19.6.2008 nach Auffassung des Senates dahin gehend auszulegen, dass hier zu den Aufgaben des Testamentsvollstreckers im Rahmen der Erfüllung der Vorausvermächtnisse auch die Erklärung der Auflassung auf Seiten der jeweiligen Miterben und Vorausvermächtnisnehmer gehört.

21 Ohne dass es rechtlich hierauf noch entscheidend ankäme, weist der Senat ergänzend darauf hin, dass von einer Annahme des Vorausvermächtnisses durch die Beschwerdeführer zu 1 und 2 bereits deshalb auszugehen ist, weil sie in Abschnitt D der notariellen Urkunde vom 19.9.2017 über das ihnen als Vorausvermächtnis zugewandte Grundstück als Nachlassgegenstand durch Verkauf und Übertragung an den Beschwerdeführer zu 3 verfügt haben. Der Beschwerdeführer zu 3 hat zwar in der notariellen Urkunde bezüglich des ihm als Vorausvermächtnis zugewandten Grundstückes selbst ausdrücklich keine rechtsgeschäftlichen Erklärungen abgegeben. Er hat jedoch ausweislich des Inhaltes der notariellen Urkunde bei deren Errichtung mitgewirkt und hierbei eigene rechtsgeschäftliche Erklärungen in Abschnitt D als Erwerber des den Beschwerdeführern zu 1 und 2 zugewandten Grundstückes abgegeben. In diesem Kontext wäre es bei lebensnaher Betrachtung schwer nachvollziehbar, dass er der in seiner Anwesenheit erfolgten Erklärung der Annahme der Auflassung des ihm durch Vorausvermächtnis zugewandten Grundstückes durch den Testamentsvollstrecker nicht widersprochen hat, wenn er zu einer Annahme dieses Vorausvermächtnisses nicht bereit gewesen wäre.

(...)

#### ANMERKUNG:

Von Notar Dr. **Dietmar Weidlich**,  
Roth b. Nürnberg

Die Entscheidung des OLG Frankfurt a. M. beschäftigt sich mit dem Umfang der Befugnisse des Testamentsvollstreckers in Bezug auf Vermächtnisgegenstände. Der Aufgabenumfang richtet sich dabei nach den Anordnungen des Erblassers.

#### 1. Aufgabenbereich des Testamentsvollstreckers

Die Vorschrift des § 2223 BGB stellt in Bezug auf den Vermächtnisvollstrecker nur klar, dass der Testamentsvollstrecker für den Vermächtnisnehmer tätig werden kann, und regelt die Ausführung der Beschwerden des Vermächtnisnehmers durch den Testamentsvollstrecker. Wie aus der Formulierung „auch“ erkennbar wird, ist die Regelung nicht abschließend und es sind andere Aufgabenbereiche der Testamentsvollstreckung in Bezug auf Vermächtnisgegenstände denkbar, zum Beispiel eine Verwaltungsvollstreckung hinsichtlich des Vermächtnisgegenstands entsprechend §§ 2209, 2210 BGB.<sup>1</sup> Im vorliegenden Fall sollte der Testamentsvollstrecker die Erbaueinandersetzung zwischen den Miterben durchführen und die angeordneten Vermächtnisse erfüllen, sodass von ihm letztendlich nur Aufgaben im Rahmen einer Abwicklungsvollstreckung nach §§ 2203, 2204 BGB zu erfüllen waren und sich mit Erfüllung des Vermächtnisses seine Aufgaben hinsichtlich des Vermächtnisgegenstands erledigten. Von der Erfüllung des

Vermächtnisses muss dessen Annahme unterschieden werden. Die Annahme des Vermächtnisses kann nur durch den Vermächtnisnehmer, nicht aber durch den Testamentsvollstrecker erklärt werden.<sup>2</sup>

#### 2. Auflassungskompetenz bei der Vermächtniserfüllung

Zur Eigentumsübertragung eines vermachten Grundstückes, welches zu einer aus mehreren Miterben bestehenden Erbengemeinschaft gehört, ist die dingliche Einigung (§§ 873, 925 BGB) sämtlicher Miterben (§ 2040 Abs. 1 BGB) auf der einen Seite und des Vermächtnisnehmers als Erwerber auf der anderen Seite erforderlich. Für die Erbengemeinschaft steht dem Testamentsvollstrecker die Auflassungskompetenz gemäß § 2205 Satz 2 BGB zu. Fraglich ist, ob dies auch in Bezug auf den Vermächtnisnehmer gelten kann, wobei es grundsätzlich unerheblich sein dürfte, ob es sich dabei um einen Miterben oder einen außerhalb der Erbengemeinschaft stehenden Dritten handelt. Die obergerichtliche Rechtsprechung, worauf auch das OLG Frankfurt a. M. Bezug nimmt, bejaht eine Auflassungskompetenz des Testamentsvollstreckers anstelle des Vermächtnisnehmers dann, wenn die Verwaltungsbefugnis des Testamentsvollstreckers auch nach der Vermächtniserfüllung fortbestehen soll, zum Beispiel weil eine Verwaltungsvollstreckung für den Vermächtnisnehmer angeordnet ist<sup>3</sup> oder weil der Testamentsvollstrecker für die Erfüllung eines Untervermächtnisses, mit dem der Vermächtnisnehmer beschwert ist, zu sorgen hat.<sup>4</sup> Die Vermächtniserfüllung ist insoweit nur eine Art „zwingende Vorstufe“, um die Erfüllung der weiteren Aufgaben des Testamentsvollstreckers als Träger eines privaten vom Erblasser übertragenen Amtes zu ermöglichen.<sup>5</sup>

Für eine Befugnis des Testamentsvollstreckers zur Abgabe der Auflassungserklärung spricht die dadurch gesicherte fortbestehende Verwaltungskompetenz des Testamentsvollstreckers. Würde die Auflassungskompetenz beim Vermächtnisnehmer verbleiben, so stellte sich die Frage, ab welchem Zeitpunkt der Testamentsvollstrecker die Verwaltungsbefugnis erlangt. Zieht man den Vergleich zu den Fällen einer irrtümlichen Freigabe durch den Testamentsvollstrecker nach § 2217 BGB, so würde ihm die Verwaltungsbefugnis erst ab dem Zeitpunkt zustehen, ab dem sie ihm vom Vermächtnisnehmer gesondert eingeräumt wird. Auch hingen die Schutzwirkung des § 2214 BGB sowie der Ausschluss der Verfügungsbefugnis des Vermächtnisnehmers entsprechend § 2211 BGB hiervon ab.<sup>6</sup> Dies wider-

1 Zu den Gestaltungsvarianten siehe *Lange*, DNotZ 2018, 804, 806 ff.

2 OLG München, Beschluss vom 25.2.2013, 34 Wx 30/13, NJW-RR 2013, 1231; BeckOK-BGB/*Lange*, Stand: 01.11.2018, § 2223 Rdnr. 7.

3 OLG Hamm, Beschluss vom 27.7.2010, I-15 Wx 374/09, NJW-RR 2011, 11.

4 OLG München, Beschluss vom 25.2.2013, 34 Wx 30/13, NJW-RR 2013, 1231.

5 *Lange*, DNotZ 2018, 804, 811 f. m. w. N.

6 Zur Anwendbarkeit der Vorschriften bei einer Vermächtnisvollstreckung siehe *Lange*, DNotZ 2018, 804, 808, 813; zu den Auswirkungen einer Freigabe siehe auch OLG Hamburg, Urteil vom 23.2.2016, 2 U 18/15, FamRZ 2016, 1965 Tz. 55; Palandt/*Weidlich*, 78. Aufl. 2019, § 2217 Rdnr. 6.

spricht ggf. den Zielsetzungen des Erblassers. Anders wäre dies nur, wenn man wie bei einer aufschiebend bedingt angeordneten Testamentsvollstreckung von einer mit Übereignung an den Vermächtnisnehmer automatisch eintretenden Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers ausgeht, was jedoch auch in den Bedingungsfällen noch weitestgehend ungeklärt ist.<sup>7</sup>

### 3. Auswirkungen der Auflassung

Unabhängig von der Verwaltungsbefugnis des Testamentsvollstreckers führt die Eigentumsübertragung des Grundstücks dazu, dass der Vermächtnisnehmer Eigentümer des Grundstücks wird, und zwar auch dann, wenn die Annahme des Vermächtnisses durch ihn noch nicht erklärt wurde. *Muscheler* spricht sich daher für eine Zuständigkeit des Vermächtnisnehmers zur Erklärung der Auflassung aus, da sich niemand gegen seinen Willen Eigentum aufdrängen lassen müsse.<sup>8</sup> Bei einer nachträglichen Ausschlagung, welche vorbehaltlich § 2307 Abs. 2 BGB nicht fristgebunden ist, müsste ansonsten das Grundstück gemäß § 812 BGB wieder auf den Erben zurück übertragen werden.<sup>9</sup> Soweit der Testamentsvollstrecker nicht nur für die Vollziehung des Vermächtnisses aus der Sicht des mit dem Vermächtnis Beschweren zu sorgen hat, sondern zugleich verpflichtet ist, im Rechtskreis des Vermächtnisnehmers eine entsprechende Aufgabe wahrzunehmen, wird dennoch überwiegend den Erblasserinteressen aufgrund der gewählten Form der Vermächtnisvollstreckung der Vorrang eingeräumt und das Risiko einer möglichen Rückübertragung in Kauf genommen.<sup>10</sup>

### 4. Auswirkungen einer Befreiung des Testamentsvollstreckers von den Beschränkungen des § 181 BGB

Das OLG Frankfurt a. M. erweitert in seiner Entscheidung die Auflassungskompetenz des Testamentsvollstreckers anstelle des Vermächtnisnehmers nunmehr auch für solche Fälle, in denen er vom Erblasser von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit wurde. Eine solche Befreiung soll je nach Einzelfall für eine Auslegung des Erblasserwillens dahin gehend sprechen, dass der Erblasser dem Testamentsvollstrecker eine derartige Befugnis verschaffen wollte. Wesentliches Argument war für das Gericht wohl, dass es ansonsten keinen Sinn in der Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB erkennen konnte. *Litzenburger* weist allerdings nicht zu Unrecht darauf hin, dass es sich bei der Befreiung des Testamentsvollstreckers von den Beschränkungen des § 181 BGB normalerweise eher um eine Stan-

dardformulierung als um eine vom Erblasser durchdachte Aufgabenumschreibung handelt.<sup>11</sup> Bei seiner Interpretation geht das OLG Frankfurt a. M. auch nicht auf diejenigen Stimmen in der Literatur ein, welche § 181 BGB in einem Fall der Vermächtniserfüllung für generell nicht anwendbar halten und die Vorschrift wegen der Amtsträgerstellung des Testamentsvollstreckers analog nur dann anwenden, wenn der Testamentsvollstrecker mit sich als Privatmann oder mit einem Dritten (d. h. einem Nachlassfremden) kontrahiert.<sup>12</sup> Folgt man dieser Auffassung, würde die Argumentation des OLG Frankfurt a. M. ins Leere gehen. Sieht man dies anders, so ist dem OLG Frankfurt a. M. entgegenzuhalten, dass sich bei Anordnung einer Abwicklungsvollstreckung gemäß §§ 2203, 2204 BGB eine Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB nicht als völlig sinnlos erweist. Formal handelt der Testamentsvollstrecker bei einer Erbauseinandersetzung für alle Miterben, sodass zumindest der Aspekt der Mehrfachvertretung berührt wird. Kommt es bei der Nachlassabwicklung zur Veräußerung von Nachlassgegenständen, so eröffnet eine Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB dem Testamentsvollstrecker die Möglichkeit, einen Nachlassgegenstand selbst zu erwerben. Auch sind beim Verkauf eines Nachlassgegenstands Situationen denkbar, in denen eine Befreiung von § 181 BGB eine Rolle spielen kann, zum Beispiel bei Erteilung von Vollmachten an den Käufer eines Grundstücks oder den Notar, um Vollzugsmaßnahmen zu erleichtern. Das OLG Frankfurt a. M. übersieht des Weiteren, dass das Vermächtnis eine Nachlassverbindlichkeit darstellt, die regelmäßig mit dem Erbfall entsteht (§ 2176 BGB). Besitzt der Testamentsvollstrecker auch für den Vermächtnisnehmer aufgrund einer ihm vom Erblasser eingeräumten Befugnis die Erfüllungskompetenz, wird er für beide Seiten in Erfüllung einer Verbindlichkeit tätig. Damit würde ein zulässiges In-sichgeschäft vorliegen, für das eine Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB gerade nicht erforderlich ist.<sup>13</sup> Der Sinn der Anordnung lässt sich daher nicht mit der Notwendigkeit einer Befreiung vom Verbot einer Mehrfachvertretung bzw. des Selbstkontrahierens in Bezug auf die Vermächtniserfüllung begründen, sondern muss in anderen Bereichen gesucht werden.

### 5. Maßnahmen zur endgültigen Vermächtniserfüllung

Folgt man dagegen der Auffassung des OLG Frankfurt a. M., besitzt auch der Abwicklungsvollstrecker, der nach Erfüllung seiner Aufgaben keine Verwaltungsbefugnis mehr haben soll, die Möglichkeit, den Vermächtnisgegenstand unter seiner vorläufig weiter bestehenden Verwaltung dem Vermächtnisnehmer zu übereignen. Eine endgültige Vermächtniserfüllung tritt dadurch noch nicht ein, da der Vermächtnisnehmer wegen der auch für ihn geltenden Vorschrift des § 2211 BGB noch keine uneingeschränkte Verfügungsbefugnis erlangt.

<sup>7</sup> Siehe hierzu *Hartmann*, RNotZ 2008, 150; *Wendt*, ErbR 2018, 242, 245.

<sup>8</sup> *Muscheler*, ZEV 2011, 230, 232.

<sup>9</sup> *Muscheler*, ZEV 2011, 230, 232; *Lange*, DNotZ 2018, 804, 811.

<sup>10</sup> So ausdrücklich OLG München, Beschluss vom 25.2.2013, 34 Wx 30/13, NJW-RR 2013, 1231 für den Fall, dass der Testamentsvollstrecker ein Untervermächtnis, mit dem der Vermächtnisnehmer beschwert ist, zu erfüllen hat; weitergehend wohl OLG Hamm, Beschluss vom 27.7.2010, I-15 Wx 374/09, NJW-RR 2011, 11; siehe auch *Lange*, DNotZ 2018, 804, 811.

<sup>11</sup> ZEV 2018, 524.

<sup>12</sup> *Muscheler*, ZEV 2011, 230, 233; *Keim*, ZEV 2011, 563, 568.

<sup>13</sup> So auch *Lange*, DNotZ 2018, 804, 811; OLG Hamm, Beschluss vom 27.7.2010, I-15 Wx 374/09, NJW-RR 2011, 11; OLG München, Beschluss vom 25.2.2013, 34 Wx 30/13, NJW-RR 2013, 1231.

Diese steht ihm erst dann zu, wenn das Amt des Testamentsvollstreckers, ohne dass Ersatztestamentsvollstrecker an seine Stelle treten, erlischt (§ 2225 BGB) oder der Testamentsvollstrecker ihm den Vermächtnisgegenstand gemäß § 2217 BGB zur freien Verfügung überlässt. Nach herrschender Meinung handelt es sich bei der Freigabe um ein einseitiges, abstraktes dingliches Rechtsgeschäft.<sup>14</sup> Sie geschieht durch eine empfangsbedürftige Erklärung des Verzichts auf das Verwaltungs- und Verfügungsrecht über den betreffenden Gegenstand.<sup>15</sup> Durch eine solche Freigabeerklärung würde der Vermächtnisnehmer unabhängig von seinem Willen und der Annahme des Vermächtnisses uneingeschränktes Eigentum erhalten, sofern man nicht von einer dinglich wirkenden Einschränkung der Freigabebefugnis nach § 2208 Abs. 1 Satz 1 BGB bei fehlender Annahme ausgeht.<sup>16</sup>

## 6. Fazit

Insgesamt erscheint eine Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB nicht als ausreichender Grund, um dem Vermächtnisnehmer einen Vermächtnisgegenstand aufzwingen zu können oder, sofern man einem dahin gehenden Erblasserwillen den Vorrang einräumen will, einen solchen zu vermuten. Dabei dürfte es sich um eine Überinterpretation des Erblasserwillens handeln. Aus der Notwendigkeit eines kontinuierlichen Fortbestands der Testamentsvollstreckung lässt sich ein derartiges Ergebnis nicht begründen. Auch Schutzaspekte des Vermächtnisnehmers, zum Beispiel die Gefahr eines vorherigen Zugriffs von Eigengläubigern des Erben, sprechen nicht für eine Erweiterung der bisher von der Rechtsprechung anerkannten Fallgruppen. Denn vor Eigengläubigern des Erben ist der Vermächtnisnehmer bei Anordnung einer Abwicklungsvollstreckung bereits aufgrund der Vorschrift des § 2214 BGB geschützt.

Für den Testamentsvollstrecker empfiehlt es sich zudem, in Bezug auf die Vermächtniserfüllung nicht vor Annahme des Vermächtnisses durch den Vermächtnisnehmer tätig zu werden. Ist wegen einer späteren Ausschlagung des Vermächtnisses die Rückübertragung des Vermächtnisgegenstands auf den Erben erforderlich, wird sich der Testamentsvollstrecker die Frage gefallen lassen müssen, ob die vorzeitige Vermächtniserfüllung einer ordnungsgemäßen Verwaltung (§ 2216 BGB) entsprochen hat und er für in diesem Zusammenhang entstandene Vermögensnachteile, insbesondere die Kosten der Hin- und Rückübertragung, nicht über § 2219 BGB einzustehen hat.

<sup>14</sup> OLG München, Beschluss vom 27.5.2011, 34 Wx 93/11, FGPrax 2011, 228 f.

<sup>15</sup> H. M., siehe Palandt/Weidlich, § 2217 Rdnr. 5; a. A. Muscheler, ZEV 1996, 401, der einen dinglichen Vertrag annimmt; für gemischten Realakt OLG Hamm, Beschluss vom 19.12.1972, 15 W 286/72, Rpfleger 1973, 133.

<sup>16</sup> Siehe hierzu Keim, ZEV 2012, 450; BGH, Beschluss vom 10.5.2017, XII ZB 614/16, ZEV 2017, 407, 408 m. krit. Anm. von Muscheler, ZEV 2018, 405.

# HANDELSRECHT, GESELLSCHAFTSRECHT, REGISTERRECHT

## 16. Beschlussfassung über die Einziehung eines Geschäftsanteils

BGH, Urteil vom 26.6.2018, II ZR 65/16 (Vorinstanz: OLG Dresden, Urteil vom 9.3.2016, 13 U 135/15)

*GmbHG § 30 Abs. 1, § 34 Abs. 3, § 61 AktG § 241 Nr. 3*

### LEITSATZ:

**Steht im Zeitpunkt der Beschlussfassung über die Einziehung eines Geschäftsanteils fest, dass das freie Vermögen der Gesellschaft zur Bezahlung des Einziehungsentgeltes nicht ausreicht, ist der Einziehungsbeschluss auch dann nichtig, wenn die Gesellschaft über stille Reserven verfügt, deren Auflösung ihr die Bezahlung des Einziehungsentgeltes ermöglichen würde (Fortführung von BGH, Urteil vom 24.1.2012, II ZR 109/11, BGHZ 192, 236).**

### HINWEIS DER SCHRIFTFÜHRUNG:

Der Volltext der Entscheidung ist erschienen in DNotZ 2019, 64.

## 17. Sozialversicherungspflicht eines Geschäftsführers einer UG

BSG, Beschluss vom 5.4.2018, B 12 R 68/17 B (Vorinstanz: LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 17.10.2017, L 9 R 445/17)

*SGG § 160 Abs. 2 Nr. 1, § 160a Abs. 2 Satz 3 SGB IV § 7 GmbHG § 5 Abs. 1, § 5a Abs. 1*

### LEITSATZ:

**Fremdgeschäftsführer einer GmbH sind stets abhängig beschäftigt. (Leitsatz der Schriftleitung)**

## 18. Liquidationslose Löschung einer GmbH

OLG Celle, Beschluss vom 17.10.2018, 9 W 80/18

GmbHG § 60 Nr. 7, §§ 65, 73, 74  
FamFG § 394

### LEITSATZ:

**Der Liquidator und der Notar können im Regelfall nicht durchsetzen, dass das Handelsregister eine GmbH ohne vorangehende Anmeldung der Auflösung, Veröffentlichung und Einhaltung des Sperrjahres aus dem Register löscht, wenn der Liquidator allein versichert, dass kein verteilbares Vermögen vorhanden sei, keine Einlagen ausstünden, keine Prozesse gegen die GmbH anhängig seien und Insolvenzgründe nicht vorlägen.**

### SACHVERHALT:

1 I. Der Liquidator der betroffenen Gesellschaft, der zugleich deren vormaliger Geschäftsführer und laut der in den Registerordner aufgenommenen Gesellschafterliste Alleingesellschafter ist, hat unter dem 14.5.2018 unter anderem zum Handelsregister angemeldet, dass die Gesellschaft durch Beschluss aufgelöst sei sowie:

„5. Eine Liquidation ist nicht erforderlich, da ein Gesellschaftsvermögen nicht mehr vorhanden ist.

Dazu werden die tatsächlichen Verhältnisse wie folgt dargestellt: Die Firma übt seit ca. 4 Jahren keinen Geschäftsbetrieb mehr aus. Vermögen oder Verbindlichkeiten der Gesellschaft sind nicht vorhanden, insbesondere stehen keine Zahlungen auf Geschäftsanteile aus. Auch sind keine Ausschüttungen bzw. Auszahlungen des Gesellschaftsvermögens an Gesellschafter über einen ordentlichen Gewinnverteilungsplan hinaus erfolgt.

Es sind keine gerichtlichen Rechtsstreite anhängig, an welchen die Gesellschaft beteiligt ist. Ein Fall der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung der Gesellschaft liegt nicht vor.

Dies wird hiermit ausdrücklich versichert.“

2 Das Registergericht hat diese Anmeldung dahin verstanden, dass die sofortige Löschung der GmbH aus dem Register beantragt worden sei, und hat zunächst darauf hingewiesen, eine Löschung könne nicht erfolgen, da das FA Bedenken angemeldet habe und die Gesellschaft zudem Komplementärin einer Kommanditgesellschaft sei. In seiner Antwort hat der Notar sich dieses Antragsverständnis des Registergerichts zu eigen gemacht und gemeint, seinem Löschantrag sei unverzüglich stattzugeben.

3 Daraufhin hat das Registergericht die angefochtene Zwischenverfügung erlassen. Mit der fristgerecht eingelegten Beschwerde verfolgt der Notar seinen Rechtsstandpunkt weiter.

(...)

### AUS DEN GRÜNDEN:

5 II. Die Beschwerde des Notars bleibt ohne Erfolg.

6 1. Die Beschwerde des Notars ist fristgerecht eingelegt; der Notar ist auch beschwerdeberechtigt (vgl. BGH, II ZB 6/10, juris Rdnr. 9 f.), weil die Zurückweisung eines von ihm gestellten und befürworteten Antrags stets den Inhalt hat, er habe seine Amtspflichten fehlerhaft ausgeübt.

7 Ob die Beschwerde im Streitfall überhaupt statthaft ist, erscheint jedoch zweifelhaft, denn das GmbHG sieht das vom Notar in Anspruch genommene Verfahren einer sofortigen Lö-

schung einer GmbH, wenn deren Liquidator deren Vermögenslosigkeit allein versichert, nicht vor. Vielmehr kennt das GmbHG ohne vorhergehende – gesondert anzumeldende – Auflösung (§ 65 GmbHG) die Löschung der Gesellschaft gemäß § 60 Nr. 7 GmbHG i. V. m. § 394 FamFG von Amts wegen im Falle von Vermögenslosigkeit. Die Löschung auf Antrag hingegen kennt das Gesetz nur nach Durchführung des im GmbH-Gesetz vorgesehenen Liquidationsprozesses, Veröffentlichung der Auflösung der Gesellschaft und Aufforderung an die Gläubiger gemäß § 65 Abs. 2 GmbHG im Bundesanzeiger, Einhaltung des Sperrjahres und gesonderter Anmeldung des Schlusses der Liquidation gemäß § 74 GmbHG.

8 Nachdem im Streitfall das Liquidationsverfahren nicht durchlaufen wurde, besteht ein Anspruch auf Löschung der Gesellschaft aus dem Handelsregister wegen Erfüllung der dafür vorgesehenen Prozedur und deren Voraussetzungen in keinem Fall. Ob ein Beschwerderecht bestehen kann, wenn – wie im Streitfall – das Registergericht einer bloßen Löschanregung der GmbH nicht nachkommt, erscheint zweifelhaft. Diese Frage muss jedoch nicht abschließend entschieden werden, denn im Streitfall bleibt die Beschwerde jedenfalls in der Sache ohne Erfolg.

9 2. Bei der betroffenen Gesellschaft liegen die Voraussetzungen einer Löschung von Amts wegen aufgrund zur Überzeugung des Registergerichts feststehender Vermögenslosigkeit nicht vor. Zutreffend hat das Registergericht darauf abgestellt, dass die hier betroffene GmbH Komplementärin einer Kommanditgesellschaft ist und mithin deren Geschäfte zu führen hat. In dieser Eigenschaft als vollhaftende und geschäftsführende Gesellschafterin obliegt es der hier betroffenen GmbH, die Kommanditgesellschaft gegenüber dem FA zu vertreten und deren Pflichten nachzukommen. Das FA hat mitgeteilt, dass für die Kommanditgesellschaft eine Steuererklärung noch aussteht. Es ist nicht Sache des Registergerichts, sondern vielmehr Sache der Gesellschaft, die ihre Löschung aus dem Register erstrebt, durch Erfüllung aller fiskalischen Pflichten die Löschungsfähigkeit herbeizuführen; daran fehlt es hier.

10 Ebenso steht im Streitfall der Löschung der GmbH entgegen, dass dadurch, dass sie vollhaftende Gesellschafterin einer Kommanditgesellschaft ist, jederzeit neue Forderungen und insbesondere neue Verbindlichkeiten, die auch noch eine Insolvenz der betroffenen GmbH auslösen können, entstehen könnten.

11 3. Soweit der Beschwerdeführer im Streitfall annimmt, es bestehe ein Löschananspruch der Gesellschaft ohne Einhaltung der Voraussetzungen einer ordnungsgemäßen Liquidation (insbesondere Anmeldung der Auflösung und Einhaltung der Veröffentlichungsvoraussetzungen des § 65 Abs. 2 GmbHG) allein auf der Grundlage der in der Anmeldung enthaltenen Versicherung des Liquidators, es gebe keine Rechtsstreite gegen die GmbH und weder liege Zahlungsunfähigkeit noch Überschuldung der Gesellschaft vor, dringt er damit nicht durch.

12 Der Senat teilt schon die vom Beschwerdeführer für die erstrebte Rechtsfolge in Anspruch genommenen Rechtssätze nicht. Diese werden – offenbar im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung – von den Registergerichten im Anschluss

an eine Entscheidung des OLG Hamm vom 30.8.2016, 27 W 63/16, und daran anknüpfende Mitteilungen des DNotI [Anmerkung der Schriftleitung: auf Nachfrage handelt es sich dabei lediglich um die Veröffentlichung der Entscheidung durch das DNotI] (...) vertreten.

**13** Nach dem Dafürhalten des Senats ist – entgegen der Position der DNotI-Redaktion – ein Verfahren, welches einen Lösungsanspruch ohne Liquidation auf Antrag bei lediglich durch den Liquidator versicherter Vermögenslosigkeit eröffnet, mit dem GmbHG nicht in Einklang zu bringen.

**14** Deshalb kann im Streitfall dahinstehen, ob die Voraussetzungen eines solchen Anspruchs im Streitfall überhaupt vorliegen und zureichend vorgetragen sein möchten. Feststellungen zu nicht existenten Rechtssätzen müssen nicht getroffen werden. Nach dem Dafürhalten des Senats spräche allerdings im Streitfall manches dafür, dass der Liquidator mindestens auch dazu vortragen müsste, ob gegen die von der betroffenen GmbH vertretene Kommanditgesellschaft offene Forderungen von Gläubigern geltend gemacht werden und Rechtsstreitigkeiten anhängig sind, denn für diese würde die GmbH (womöglich mit Insolvenzfolge) haften.

(...)

**16** IV. Die Zulassung der Rechtsbeschwerde gründet sich auf die grundsätzliche Bedeutung, die das vorliegende Verfahren dadurch erlangt, dass die Registergerichte allgemein (die Auswirkung solcher „Blitzlöschungen“ [Begriff von *Wachter*, Anm. zu II ZR 158/16, GmbHR 2018, 570, 577] werden auch deutlich in der Entscheidung BGH II ZR 158/16) und das DNotI – anders als der Senat – einen Lösungsanspruch im Sinne der Ausführungen unter II. 3 zunehmend bejahen und damit das Gesetzesrecht in wesentlichen Teilen untergraben.

## 19. Umfang der Versicherungspflichten eines Geschäftsführers bei der Registeranmeldung

OLG Hamm, Beschluss vom 27.9.2018, 27 W 93/18

*GmbHG § 6 Abs. 2 Satz 2, § 39 Abs. 3*  
*StGB §§ 263, 264, 265c, 265d, 266*

### LEITSATZ:

**Bei der Anmeldung einer Änderung in der Person des Geschäftsführers nach § 39 GmbHG zum Handelsregister muss sich die Versicherung des Geschäftsführers nach § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 e) GmbHG nicht auf die seit dem Inkrafttreten des 51. Strafrechtsänderungsgesetzes (BGBl. I 2017, S. 815) geltenden Straftatbestände der §§ 265c bis 265 d StGB erstrecken (Abweichung von OLG Oldenburg, Beschluss vom 8.1.2018, 12 W 126/17, FGPrax 2018, 21 f.).**

### HINWEIS DER SCHRIFTLICHTUNG:

Der Volltext der Entscheidung erscheint demnächst in der DNotZ.

## 20. Auflösung einer Komplementär-Limited

LG Bonn, Beschluss vom 28.11.2017, 33 T 944/15

*HGB § 15 Abs. 1 und 3, §§ 128, 130, 131, 161 Abs. 1, §§ 264, 264a Abs. 1 Nr. 1, §§ 325, 335a Abs. 1*

### LEITSÄTZE:

- 1. Die Auflösung („dissolution“) einer englischen Limited führt nach englischem Gesellschaftsrecht unmittelbar zur Beendigung der Gesellschaft. Dies hat bei einer Ltd & Co. KG den Wegfall der Komplementärin zur Folge.**
- 2. Kraft Rechtsformzwang wandelt sich eine Kommanditgesellschaft im Fall des Wegfalls des einzigen Komplementärs in eine offene Handelsgesellschaft, wenn dies im Gesellschaftsvertrag geregelt ist, die Gesellschafter keinen neuen Komplementär aufnehmen oder diese die Liquidation nicht nachhaltig betreiben.**

### SACHVERHALT:

**1** I. Die Beschwerdeführerin wendet sich gegen die Festsetzung eines Ordnungsgeldes i. H. v. 2.500 € wegen verspäteter Einreichung ihrer Rechnungslegungsunterlagen 2012 bei dem Betreiber des elektronischen Bundesanzeigers.

(...)

### AUS DEN GRÜNDEN:

**6** II. Die gemäß § 335a Abs. 1 HGB statthafte und auch im Übrigen zulässige Beschwerde gegen die Ordnungsgeldentscheidung ist begründet.

**7** Die Beschwerdeführerin war nicht gemäß §§ 264 ff. HGB zur Erstellung eines Jahresabschlusses für das Geschäftsjahr mit dem Ende 31.12.2012 und zu dessen Offenlegung gegenüber dem Betreiber des elektronischen Bundesanzeigers gemäß §§ 325 ff. HGB verpflichtet.

**8** Die Voraussetzungen des § 264a Abs. 1 Nr. 1 HGB liegen nicht vor. Nach dieser Regelung sind die §§ 264 ff., 325 ff. HGB auch anzuwenden auf offene Handelsgesellschaften und Kommanditgesellschaften, bei denen nicht wenigstens ein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist.

**9** Zwar handelte es sich bei der Beschwerdeführerin ursprünglich um eine Kommanditgesellschaft ohne eine natürliche Person als persönlich haftender Gesellschafter, nämlich um eine Ltd. & Co. KG. In dem Zeitpunkt des hier streitgegenständlichen Abschlussstichtages, mithin am 31.12.2012 (zum Zeitpunkt siehe Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Böcking/Gros, HGB, 3. Aufl. 2014, § 264a Rdnr. 7), hatte sich die Beschwerdeführerin nach ihrer vorherigen Auflösung jedoch in eine offene Handelsgesellschaft mit natürlichen Personen als persönlich haftende Gesellschafter verwandelt. Im Einzelnen:

**10** Ursprünglich war persönlich haftende Gesellschafterin der Beschwerdeführerin die am 30.8.2006 im Vereinigten Königreich gegründete und unter der Registernummer (...) in dem vom D (www. D. co. uk) in D2 geführten Register eingetragene



M Ltd., bei der es sich um eine „private limited company“ (nachfolgend: „Limited“) handelte. Diese Gesellschaft ist jedoch seit dem 18.8.2009 nicht mehr existent.

**11** Aus den in der Akte des Bundesamts für Justiz befindlichen Unterlagen des D geht hervor, dass die M Ltd. mit Wirkung zum 18.8.2009 aufgelöst („dissolved“) wurde. Die Folgen dieser Auflösung („dissolution“) richten sich vorliegend nach dem englischen Gesellschaftsrecht. Nach der Rechtsprechung des EuGH und des BGH zur Freizügigkeit von Gesellschaften ist für Gesellschaften innerhalb der Europäischen Union das Recht ihres Gründungssitzes maßgeblich. Dies gilt nicht nur für den Fall, in dem eine Gesellschaft nach ihrer Gründung ihren Sitz in einen anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union verlegt, sondern auch dann, wenn es sich um eine sog. Scheinauslandsgesellschaft handelt, die zwar ihren Gründungs- und satzungsmäßigen Verwaltungssitz in einem Mitgliedstaat hat, tatsächlich aber allein in einem anderen Mitgliedstaat wirtschaftlich tätig ist (EuGH, Centros, NJW 1999, 2027; Überseering, NJW 2002, 3614; Inspire Art, NJW 2003, 3331; BGH, NJW 2005, 1648).

**12** Die Auflösung („dissolution“) einer englischen Limited kann im Anschluss an ihre Abwicklung („winding-up“) eintreten (siehe sec. 201-205 Insolvency Act 1986) oder dadurch, dass sie – entweder auf eigenen Antrag oder von Amts wegen – im Register des D gelöscht wird („striking off the register“) und dies in dem Amtsblatt „H“ veröffentlicht wird (siehe sec. 1000-1011 M Act 2006). Eine Löschung von Amts wegen ist insbesondere möglich, wenn Anlass zu der Annahme besteht, dass die Gesellschaft nicht mehr aktiv tätig ist (siehe sec. 1000 M Act 2006). Ist eine Limited aufgelöst („dissolved“), hat dies unmittelbar zur Folge, dass ihr gesamtes etwaig noch vorhandenes Vermögen im britischen Hoheitsgebiet als sog. „bona vacantia“ (herrenloses Gut) gilt und der englischen Krone anfällt (siehe sec. 1012 M Act 2006; siehe zum Ganzen auch FG Münster, Gerichtsbescheid vom 26.7.2011, 9 K 3871/10 K, BeckRS 2011, 96596).

**13** Hieraus folgt, dass die Auflösung („dissolution“) einer englischen Limited nach dem englischen Gesellschaftsrecht unmittelbar zur Beendigung der Gesellschaft führt, diese also nicht mehr existent ist (ebenso FG Münster, Gerichtsbescheid vom 26.7.2011, 9 K 3871/10 K, BeckRS 2011, 96596; KG, Beschluss vom 15.10.2009, 8 U 34/09; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10.5.2010, I-24 U 160/09; LG Duisburg, NZG 2007, 637, 638).

**14** Für das Fortbestehen der M Ltd. als eine sog. „Restgesellschaft“ in Deutschland (vgl. hierzu KG, Beschluss vom 15.10.2009, 8 U 34/09; OLG Thüringen, Beschluss vom 22.8.2007, 6 W 244/07) gibt es vorliegend keine Anhaltspunkte. Es ist nicht ersichtlich, dass die M Ltd. noch über Vermögen in der Bundesrepublik Deutschland verfügt.

**15** Die Auflösung („dissolution“) der M Ltd. hat nach den vorstehenden Grundsätzen zum Wegfall der persönlich haftenden Gesellschafterin der Beschwerdeführerin geführt. Folge des Ausscheidens des einzigen Komplementärs aus einer mehrgliedrigen Kommanditgesellschaft ist nach der herrschenden Meinung, dass die Kommanditgesellschaft aufgelöst und abzuwickeln ist, weil sie die Anforderungen des § 161

Abs. 1 HGB nicht mehr erfüllt (BGH, Versäumnisurteil vom 16.2.1978, II ZR 53/76; OLG Rostock, Urteil vom 3.9.2009, 3 U 271/08; MünchKomm-HGB/K. Schmidt, 3. Aufl. 2011, § 131 Rdnr. 46; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Lorz, a. a. O., § 131 Rdnr. 29; Baumbach/Hopt/Roth, HGB, 37. Aufl. 2016, § 131 Rdnr. 36). Die Liquidatoren sind in diesem Fall ausschließlich die Kommanditisten (MünchKomm-HGB/K. Schmidt, a. a. O., § 131 Rdnr. 46; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Lorz, a. a. O., § 131 Rdnr. 29). Zwar liegt in diesem Fall eine Personengesellschaft ohne einen unbeschränkt haftenden Gesellschafter vor (MünchKomm-HGB/K. Schmidt, a. a. O., § 131 Rdnr. 46). Dieser Zustand wird aber vor dem Hintergrund angenommen, dass die Liquidation der Kommanditgesellschaft regelmäßig innerhalb kurzer Zeit erfolgt (Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Lorz, a. a. O., § 131 Rdnr. 30; Staub/Schäfer, HGB, 5. Aufl. 2009, § 131 Rdnr. 46).

**16** Die Beschwerdeführerin war am streitgegenständlichen Abschlussstichtag des 31.12.2012 demgegenüber keine Kommanditgesellschaft in Liquidation, sondern hatte sich vielmehr in eine offene Handelsgesellschaft gewandelt. Kraft Rechtsformzwang wandelt sich die Kommanditgesellschaft im Fall des Wegfalls des einzigen Komplementärs in eine offene Handelsgesellschaft mit der Folge der zwingenden und unbeschränkbar Haftung nach §§ 128, 130 HGB für alle entstandenen und neu entstehenden Gesellschaftsverbindlichkeiten um, wenn dies gesellschaftsvertraglich geregelt ist, die Gesellschafter keinen neuen Komplementär aufnehmen oder die Liquidation nicht nachhaltig betreiben (OLG Rostock, Urteil vom 3.9.2009, 3 U 271/08; MünchKomm-HGB/K. Schmidt, a. a. O., § 131 Rdnr. 46; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Lorz, a. a. O., § 131 Rdnr. 30; Staub/Schäfer, a. a. O., § 131 Rdnr. 46; vgl. auch BGH, NJW 1979, 1705, 1706; Jacoby/Bork, ZGR 2005, 611, 615). Vorliegend haben die in der Gesellschaft verbleibenden Kommanditisten die Liquidation seit dem Wegfall der Komplementärin im Jahr 2009 nicht nachhaltig betrieben. Die Beschwerdeführerin hat vorgetragen, dass einer der Kommanditisten seit dem 31.5.2007 nicht mehr erreichbar sei. Dieser sei eventuell ausgewandert. Eine Liquidation konnte vor diesem Hintergrund nicht erfolgen. Es kann dabei dahingestellt bleiben, ob die Liquidation schon dann nicht nachhaltig betrieben wird, wenn sie nicht innerhalb von drei Monaten begonnen bzw. betrieben wird (so Staub/Schäfer, a. a. O., § 131 Rdnr. 46; Jacoby/Bork, ZGR 2005, 611, 615, in Anlehnung an § 27 Abs. 2, § 139 Abs. 3 HGB). Denn am 31.12.2012 war seit dem Wegfall der Komplementärin bereits ein Zeitraum von über drei Jahren verstrichen. Angesichts dieses Zeitraumes kann nicht davon gesprochen werden, dass die Kommanditisten die Liquidation der Beschwerdeführerin nachhaltig betrieben hätten.

**17** Da die ehemaligen Kommanditisten der Beschwerdeführerin die persönlich haftenden Gesellschafter der entstandenen offenen Handelsgesellschaft sind, handelte es sich bei der Beschwerdeführerin im Zeitpunkt des Abschlussstichtages am 31.12.2012 weder um eine Kommanditgesellschaft noch um eine offene Handelsgesellschaft ohne eine natürliche Person als persönlich haftender Gesellschafter im Sinne des § 264a Abs. 1 Nr. 1 HGB.

18 Etwas anderes ergibt sich auch nicht gemäß § 15 Abs. 1, 3 HGB aufgrund des Umstandes, dass die Beschwerdeführerin nach wie vor unter der Firma M Ltd. & Co. KG im Handelsregister des AG X unter der Registernummer HRA (...) eingetragen ist. Denn § 15 Abs. 1 und 3 HGB gelten nicht für Ansprüche aus Vorgängen ohne einen Zusammenhang mit dem Geschäftsverkehr (BFH, NJW 1978, 1944; Baumbach/Hopt/Hopt, a. a. O., § 15 Rdnr. 8, 22).

(...)

## INTERNATIONALES PRIVATRECHT

### 21. Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26.6.2018, I-3 Wx 214/16

EGBGB Art. 14 Abs. 1 Nr. 2 und 3, Art. 15 Abs. 1, Art. 25 BGB §§ 1371, 1925 Abs. 1, § 1931 Abs. 1 und 3

#### LEITSATZ:

**Der gewöhnliche Aufenthalt nach Art. 14 Abs. 1 Nr. 2 EGBGB a. F. ist der Ort, an dem der Schwerpunkt aller sozialen, kulturellen und wirtschaftlichen Beziehungen einer Person, also ihr Daseinsmittelpunkt, liegt. In erster Linie ist der gewöhnliche Aufenthalt aus nach außen zutage getretenen, objektiven Merkmalen eines längeren Aufenthalts zu schließen. Auch bei einer längeren Verweildauer ist aber nicht von einem gewöhnlichen Aufenthalt auszugehen, wenn der Betreffende dort unter Umständen lebt, die erkennen lassen, dass er sich an diesem Ort nur vorübergehend aufhält. (Leitsatz der Schriftleitung)**

#### SACHVERHALT:

1 I. Der Erblasser war seit Anfang der 90er Jahre als selbstständiger Diplomb-Ingenieur weltweit tätig. Er war Inhaber des „Ingenieurbüro A“ in Stadt 1. Etwa seit dem Jahr 2000 bewohnte er in der (...)Straße (...) in Stadt 1 eine Mietwohnung, die er im Jahr 2010 erwarb. Unter dieser Anschrift hatte er bis zu seinem Tod seinen Wohnsitz angemeldet.

2 In China unterhielt der Erblasser einen Gewerbebetrieb namens X1. Dazu hatte er in Stadt 2/China Räume angemietet, in denen er auch wohnte. Von dort war er weiterhin beruflich sowohl innerhalb von China als auch in anderen Ländern unterwegs und kehrte mehrmals zu mehrmonatigen Aufenthalten nach Deutschland zurück. Im November 2012 erlitt der Erblasser eine Lungenembolie und eine Beinvenenthrombose und wurde in Deutschland medizinisch behandelt.

3 Die Beteiligte zu 1 ist chinesische Staatsangehörige und die Ehefrau des Erblassers. Sie arbeitete schon vor der Hochzeit seit 2011 im Betrieb des Erblassers in China. Am 28.1.2013 heirateten der Erblasser und die Beteiligte zu 1 in Stadt 2 und bewohnten gemeinsam die dortige Wohnung des Erblassers. Eine dauerhafte Aufenthaltsgenehmigung für China beantragte der Erblasser nicht, obwohl dies nach seiner Eheschließung möglich gewesen wäre. Er verfügte lediglich über sog. „Business-Visa“ bzw. „Tourist-Visa“. Seit dem 6.10.2014 war die Beteiligte zu 1 unter der Anschrift (...)Straße (...) in Stadt 1 gemeldet. Nach dem Tod des Erblassers bewohnte sie die zum Nachlass gehörende Eigentumswohnung alleine. Am 15.12.2015 meldete sie sich bei der Meldebehörde nach China ab.

4 Die Beteiligte zu 2 ist die Nichte des Erblassers. Zwischen beiden bestand nahezu kein Kontakt mit Ausnahme einer E-Mail-Korrespondenz seit dem Jahr 2012 wegen eines anderen Erbfalls.

5 Mit Schriftsatz vom 1.9.2015 hat die Beteiligte zu 2 Erteilung eines Erbscheins nach gesetzlicher Erbfolge beantragt, der sie und die Beteiligte zu 1 als Erbinnen zu je ½ ausweist. Die Beteiligte zu 1 hat mit Schriftsatz vom 30.11.2015 beantragt, einen Erbschein nach gesetzlicher Erbfolge zu erteilen, nach dem sie Erbin zu ¾ und die Beteiligte zu 2 Erbin zu ¼ geworden ist. Die Beteiligte zu 1 geht davon aus, dass zu ihren Gunsten die güterrechtliche Erhöhung um ¼ Anteil gemäß § 1931 Abs. 3, § 1371 BGB zum Tragen kommt; die Beteiligte zu 2 stellt dies in Abrede.

6 Mit Beschluss vom 29.4.2016 hat das Nachlassgericht den Antrag der Beteiligten zu 1 zurückgewiesen und die zur Begründung des Antrags der Beteiligten zu 2 erforderlichen Tatsachen für festgestellt erachtet. Es hat ausgeführt, die Verstärkung der erbrechtlichen Stellung des Ehegatten gemäß § 1371 Abs. 1 BGB setze die Anwendung des deutschen ehelichen Güterrechts voraus. Nach dem hier anzuwendenden Art. 15 EGBGB unterlägen die güterrechtlichen Wirkungen dem für die allgemeinen Wirkungen der Ehe maßgeblichen Recht. Nach Art. 14 Nr. 2 EGBGB unterlägen die allgemeinen Ehwirkungen dem Recht des Staates, in dem beide Ehegatten ihren gewöhnlichen Aufenthalt hätten oder zuletzt gehabt hätten, wenn einer von ihnen dort noch seinen gewöhnlichen Aufenthalt habe. Zum Zeitpunkt der Auflösung der Ehe durch den Tod des Erblassers hätten beide Ehegatten ihren gewöhnlichen Aufenthalt in China gehabt. Daran änderten auch die häufigen berufsbedingten Abwesenheitszeiten des Erblassers nichts, da sie ihn stets zurück zu seinem gemeinsamen Wohnort mit der Beteiligten zu 1 in China geführt hätten. Ob die Eheleute beabsichtigt hätten, ihren künftigen Aufenthalt in Deutschland zu begründen, könne dahinstehen, weil Art. 14 Abs. 1 Nr. 3 EGBGB nur zur Anwendung komme, wenn die Voraussetzungen des Art. 14 Abs. 1 Nr. 2 EGBGB nicht erfüllt seien.

7 Dagegen richtet sich die Beschwerde der Beteiligten zu 1. (...)

#### AUS DEN GRÜNDEN:

(...)

13 Die Beschwerde ist auch begründet. Den Beteiligten ist ein Erbschein entsprechend dem Antrag der Beteiligten zu 1 zu erteilen, nach dem die Beteiligte zu 1 den Erblasser zu ¾ und die Beteiligte zu 2 ihn zu ¼ beerbt hat. Die Beteiligte zu 2 hat mit ihrem Erbscheinsantrag keinen Erfolg.

14 Zunächst ist festzustellen, dass gemäß Art. 25 EGBGB a. F. die Rechtsnachfolge von Todes wegen dem Recht des Staates unterliegt, dem der Erblasser im Zeitpunkt seines Todes angehörte. Da der Erblasser die deutsche Staatsangehörigkeit hatte, kommt hier deutsches Recht zur Anwendung.

15 Nach deutschem Recht hat die Beteiligte zu 1 den Erblasser neben der Beteiligten zu 2 als Erbin zweiter Ordnung zunächst zur Hälfte beerbt, § 1931 Abs. 1, § 1925 Abs. 1 BGB. Daneben kommt zugunsten der Beteiligten zu 2 die güterrechtliche Erhöhung um ¼ gemäß § 1931 Abs. 3, § 1371 BGB zur Anwendung, weil sich auch das Güterrechtsstatut des Erblassers nach deutschem Recht richtet. Gemäß Art. 15 Abs. 1 EGBGB unterliegen die güterrechtlichen Wirkungen der Ehe dem bei der Eheschließung für die allgemeinen Wirkungen der Ehe maßgeblichen Recht. Weil die Beteiligte zu 1 und der Erblasser für die güterrechtlichen Wirkungen ihrer Ehe keine Rechtswahl getroffen haben (Art. 15 Abs. 2 EGBGB), sind die allgemeinen Ehwirkungen nach Art. 14 Abs. 1 EGBGB zu bestimmen.

**16** Dabei scheidet die Anwendung des Art. 14 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB im vorliegenden Fall aus, weil der Erblasser und die Beteiligte zu 1 weder bei der Eheschließung noch zu einem späteren Zeitpunkt eine gemeinsame Staatsangehörigkeit besaßen.

**17** Entgegen der Auffassung des Nachlassgerichts lässt sich auch ein gemeinsamer gewöhnlicher Aufenthalt der Ehegatten in China mit der Folge, dass gemäß Art. 14 Abs. 1 Nr. 2 EGBGB für das Güterrechtsstatut des Erblassers chinesisches Recht zur Anwendung käme, nicht feststellen. Der gewöhnliche Aufenthalt wird definiert als der Ort, an dem der Schwerpunkt aller sozialen, kulturellen und wirtschaftlichen Beziehungen einer Person, also ihr Daseinsmittelpunkt, liegt. An die Feststellung des gewöhnlichen Aufenthalts dürfen keine zu geringen Anforderungen gestellt werden (BGH, NJW 1993, 2047). In erster Linie ist der gewöhnliche Aufenthalt aus „nach außen zutage tretenden, objektiven Merkmalen eines längeren Aufenthalts zu schließen. Den gewöhnlichen Aufenthalt hat jemand dort, wo er sich unter Umständen aufhält, die erkennen lassen, dass er an diesem Ort oder in diesem Gebiet nicht nur vorübergehend verweilt“ (BT-Drucks. 10/504, S. 41 unter Hinweis auf § 9 Satz 1 AO; vgl. Staudinger/*Bausback*, Neub. 2013, Art. 5 EGBGB Rdnr. 43 f.).

**18** Im vorliegenden Fall sprechen für ein nicht nur vorübergehendes Verweilen des Erblassers in China die folgenden Umstände: Er hatte in Stadt 2/China eine Wohnung angemietet, in der er gemeinsam mit der Beteiligten zu 1 lebte. Dort war auch der Sitz der X1, mit der er seinen Lebensunterhalt verdiente. (...)

**19** Demgegenüber bestehen allerdings zahlreiche Anhaltspunkte, die belegen, dass der Erblasser niemals vorhatte, auf Dauer in China zu bleiben, sondern dass sein Aufenthalt von vornherein nur vorübergehend angelegt war. Dies ergibt sich aus folgenden Umständen: Der Erblasser besaß die deutsche Staatsangehörigkeit und hatte seinen Wohnsitz in Deutschland angemeldet. Eine dauerhafte Aufenthaltsgenehmigung für China beantragte er nicht, obwohl die Voraussetzungen dafür nach seiner Eheschließung vorgelegen haben dürften. Vielmehr reiste er jeweils mit sog. „Business-Visa“ bzw. „Tourist-Visa“ nach China ein. Noch im Jahr 2010 hatte er die in Stadt 1 angemietete Wohnung als Eigentumswohnung erworben. Auch in den Folgejahren hatte er nicht die Absicht, diese aufzugeben; vielmehr teilte er im April 2012 einem Wohnungsnachbarn in Stadt 1 in einer E-Mail mit, dass er die Wohnung nicht verkaufen werde. (...) Auch der Umstand, dass er in dieser E-Mail seine anstehende Reise nach Deutschland als „Rückreise“ bezeichnete, zeigt, dass er seinen Lebensmittelpunkt nicht in China sah. Ab dem Jahr 2012 hielt sich der Erblasser jeweils nur noch für wenige Wochen bzw. Monate in Folge in China auf. Zwischenzeitlich reiste er nach Südafrika, Vietnam und Deutschland, wo er sich nach seiner Erkrankung im November 2012 medizinisch behandeln ließ.

**20** Es bestanden konkrete Planungen, mit der Beteiligten zu 1 und ihrem Sohn nach Deutschland überzusiedeln. Dies ergibt sich aus einer E-Mail vom August 2012 (...) an seinen Wohnungsnachbarn in Stadt 1, die mit „Deine neue Nachbarin!“ überschrieben ist. Darin teilt der Erblasser mit, der Zeitpunkt seiner „Rückreise“ sei noch offen. Im November werde er in

Stadt 1 sein – aber noch ohne die Beteiligte zu 1. Ferner berichtet er über die geplante umfangreiche Renovierung und Umgestaltung seiner Wohnung. (...)

**21** Im Hinblick auf den geplanten Umzug hatten die Beteiligte zu 1 und ihr Sohn bereits begonnen, Deutsch zu lernen, wie sich aus einer E-Mail von Juni 2014 (...) ergibt, in der sich der Erblasser bei einer Bekannten für „die chinesisch-deutschen Flashcards“ bedankt und hinzufügt, diese könnten hilfreich für die Beteiligte zu 1 und ihren Sohn sein, um Deutsch zu lernen. Der geplante Umzug wird dadurch bestätigt, dass die Beteiligte zu 1 seit dem 6.10.2014 unter der Anschrift (...) Straße (...) in Stadt 1 gemeldet war und die Wohnung nach dem Tod des Erblassers zunächst alleine bewohnte.

(...)

**23** Nachdem die Planungen des Erblassers und der Beteiligten zu 1 hinreichend durch E-Mails belegt sind, bedarf es hierzu keiner Beweisaufnahme durch Vernehmung der von der Beteiligten zu 1 benannten Zeugen. Es lässt sich danach nicht feststellen, dass der Erblasser den Willen gehabt hätte, sich dauerhaft sozial und wirtschaftlich in China zu integrieren. Auch bei einer längeren Verweildauer ist aber nicht von einem gewöhnlichen Aufenthalt auszugehen, wenn der Betreffende dort unter Umständen lebt, die erkennen lassen, dass er sich an diesem Ort nur vorübergehend aufhält (vgl. Staudinger/*Bausback*, Art. 5 EGBGB Rdnr. 43 ff.).

**24** Ob der Erblasser stattdessen seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland hatte, bedarf hier keiner Entscheidung. Denn eine Person muss nicht stets einen gewöhnlichen Aufenthalt haben. Vielmehr ist es auch möglich, dass eine Person ihren bisherigen gewöhnlichen Aufenthalt aufgibt, ohne einen neuen gewöhnlichen Aufenthalt zu begründen (vgl. BGH, NJW 1993, 2047; jurisPK-BGB/*Ludwig*, 8. Aufl. 2017, Art. 14 EGBGB Rdnr. 60). Nachdem der Erblasser bereits seit Anfang der 90er Jahre als Diplomingenieur weltweit tätig war, erscheint es durchaus nahe liegend, dass er „in der ganzen Welt zu Hause war“, d. h. dass es ihm leicht fiel, sich an neuen Aufenthaltsorten zurechtzufinden und einzurichten, ohne dass er an einem bestimmten Ort seinen Daseinsmittelpunkt begründet hätte. Entscheidend ist im vorliegenden Fall aber, dass der Erblasser jedenfalls nicht in China seinen gewöhnlichen Aufenthalt begründet hatte, sodass ein gemeinsamer gewöhnlicher Aufenthalt mit der Beteiligten zu 1 in China weder bei der Eheschließung noch zu einem späteren Zeitpunkt bestanden hat, mit der Folge, dass sich die Ehwirkungen nicht nach Art. 14 Abs. 1 Nr. 2 EGBGB richten.

**25** Dagegen kommt Art. 14 Abs. 1 Nr. 3 EGBGB zur Anwendung, wonach die allgemeinen Wirkungen der Ehe dem Recht des Staates unterliegen, mit dem die Ehegatten auf andere Weise gemeinsam am engsten verbunden sind. Diese Bestimmung ist für die Fälle in das Gesetz aufgenommen worden, in denen – wie im vorliegenden Fall – die in Art. 14 Abs. 1 Nr. 1 und 2 EGBGB geregelten Anknüpfungen nicht eingreifen. Eine solche Verbindung kann beispielsweise begründet werden durch den Verlauf der ehelichen Lebensgemeinschaft, den Ort der Eheschließung, sofern dieser nicht als rein zufällig erscheint oder die gemeinsame soziale Bindung der Ehegatten an einen Staat durch die berufliche Tätigkeit (vgl. BGH,

a. a. O.). Des Weiteren kann auch die gemeinsame Verbundenheit der Eheleute durch die beabsichtigte Begründung eines ersten gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalts in einem Staat eine solche Verbindung begründen. Das gilt auch dann, wenn es letztlich nicht zur Verwirklichung dieser Absicht gekommen ist. (vgl. BeckOK-BGB/Mörsdorf, Stand: 15.6.2017, Art. 14 EGBGB Rdnr. 39; OLG Köln, FamRZ 1998, 1590).

**26** Im vorliegenden Fall bestand die engste gemeinsame Verbindung des Erblassers und der Beteiligten zu 1 mit dem Recht der Bundesrepublik Deutschland. Denn beide hatten von vornherein geplant, dort ihren gemeinsamen Wohnsitz zu begründen. Nach der Eheschließung hat der Erblasser, der sich immer nur für einige Wochen bzw. Monate in Folge in China aufhielt, konkrete Schritte unternommen, um den Umzug nach Deutschland in die Wege zu leiten. Seit Oktober 2014 war die Beteiligte zu 1 in der Wohnung in Stadt 1 gemeldet und bewohnte diese zunächst auch noch nach dem Tod des Erblassers. Die Verbindungen der Eheleute nach China durch den Ort der Eheschließung, die dort gemietete Wohnung und die berufliche Tätigkeit im Unternehmen des Erblassers haben dagegen vorläufigen Charakter, denn es war von vornherein geplant, den Aufenthalt dort zu beenden, um dauerhaft in Deutschland zu leben. Im Hinblick darauf unterliegen die allgemeinen Ehwirkungen gemäß Art. 14 Abs. 1 Nr. 3 EGBGB deutschem Recht mit der Folge, dass sich auch das Güterrechtsstatut des Erblassers nach deutschem Recht richtet.

(...)

## ZWANGSVOLLSTRECKUNGS- UND INSOLVENZRECHT

### 22. Zur Voraussetzung der Androhung der Vollstreckung bei Bestehen einer Sicherungsabrede aus der Urkunde

OLG München, Beschluss vom 13.4.2018, 34 Wx 381/17

BGB § 307 Abs. 1, § 747 Satz 1, §§ 780, 1115, 1184, 1193, 1234

ZPO §§ 172, 191, 724, 725, 726 Abs. 1, § 750 Abs. 1, §§ 751, 766, 793, 794 Abs. 1 Nr. 5, § 795 Satz 1, § 867 Abs. 1 Satz 2, §§ 895, 949

GBO §§ 13, 22 Abs. 1, §§ 44, 53 Abs. 1 Satz 1, § 71

#### LEITSATZ:

**Im Verfahren der Eintragung einer Zwangshypothek aufgrund eines vollstreckbaren abstrakten Schuldversprechens hat das Grundbuchamt auch dann, wenn sich das Bestehen einer Sicherungsabrede aus der Urkunde ergibt, nicht zu prüfen, ob die Vollstreckung mindestens sechs Monate vor Antragstellung angedroht worden ist (Fortsetzung zu OLG München, Beschluss vom 23.6. 2016, 34 Wx 189/16; Abgrenzung zu BGH, Beschluss vom 30.3.2017, V ZB 84/16).**

#### SACHVERHALT:

**1** I. Im Grundbuch sind die Beteiligten zu 2 und 3 als Miteigentümer von Grundbesitz zu je halben Bruchteilen eingetragen. Mit Schreiben vom 24.8.2017, eingegangen beim Grundbuchamt am 28.8.2017, beantragte die Beteiligte zu 1, ein Kreditinstitut mit Sitz in Deutschland, die Eintragung einer Zwangshypothek über 35.000 € nebst 15 % Jahreszinsen seit 1.1.2014 am Hälfteanteil des Beteiligten zu 2.

**2** Sie legte eine am 8.11.2013 der Beteiligten zu 1 erteilte (zweite) vollstreckbare Ausfertigung der notariellen Urkunde vom 5.11.2013 vor. Darin sind als von S M namens der Beteiligten zu 2 und 3 abgegebene Erklärungen beurkundet:

- die Bestellung und Bewilligung einer Gesamt-Buchgrundschuld im Betrag von 157.000 € nebst Jahreszinsen von 15 % ab Eintragungsbewilligung zugunsten der Beteiligten zu 1 und lastend auf einem von den Beteiligten zu 2 und 3 erworbenen Wohnungseigentum in Berlin (Ziffer I.) nebst Sicherungsabrede (im sog. „Vorspann“) und Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung (Ziffer I.),
- die gesamtschuldnerische persönliche Haftungsübernahme zur Zahlung eines Geldbetrages in Höhe der Grundschuld zuzüglich Zinsen und Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung wegen dieser persönlichen Haftung in das gesamte Vermögen (Ziffer II.),
- Bewilligung und Antrag, der Gläubigerin sofort eine vollstreckbare Ausfertigung dieser Urkunde in vollem Umfang zu erteilen, auch für den Grundschuldbetrag und die Zinsen ohne Fälligkeitsnachweis.

**3** Mit dieser Urkunde waren Zustellungsnachweise verbunden, und zwar eine Postübergabeurkunde des Gerichtsvollziehers vom 21.6.2016 mit Postzustellungsurkunde über die im Auftrag der Beteiligten zu 1 erfolgte Zustellung an den Beteiligten zu 2 am 23.6.2016 sowie die Postübergabeurkunde des Gerichtsvollziehers vom 13.7.2016 mit Postzustellungsurkunde über die erfolgte Zustellung an die Beteiligte zu 3 am 14.7.2016. Aus der mit der Ausfertigung außerdem verbundenen gerichtlichen Bescheinigung vom 3.8.2017 über die Zuteilung eines Zwangsversteigerungserlöses ergibt sich, dass die dinglichen Zinsen des Zeitraums 5.11.2013 bis 2.8.2017 sowie ein Teilbetrag des Kapitals i. H. v. 37.399,31 € durch Zahlung gedeckt wurden.

**4** Am 29.8.2017 trug das Grundbuchamt am Anteil des Beteiligten zu 2 eine Zwangshypothek über 35.000 € nebst Jahreszinsen (nur) seit dem 3.8.2017 auf der Grundlage der notariellen Urkunde ein.

**5** Gegen die Eintragung wandten sich die anwaltlich vertretenen Beteiligten zu 2 und 3 mit Beschwerde vom 8.9./21.9.2017, mit der sie beantragten, die Zwangshypothek wegen Fehlens von Vollstreckungsvoraussetzungen zu löschen. Vor Vollstreckungsbeginn seien nur die Bestellungsurkunde, nicht aber die in Bezug genommene Vollmachtsurkunde, mithin nicht der vollständige Vollstreckungstitel zugestellt worden. Außerdem dürfe der Erfolg einer mit der Beteiligten zu 1 geführten und auf erhebliche Bedenken gegen den Bestand des Titels gestützten Auseinandersetzung nicht durch die Schaffung vollendeter Tatsachen unterlaufen werden.

**6** Das Grundbuchamt trug am 15.9.2017 von Amts wegen einen Widerspruch gegen die Zwangshypothek ein und erläuterte in einem Schreiben an die Beteiligten bzw. deren anwaltliche Vertreter, dass der zur Eintragung des Amtswiderspruchs führende Zustellungs-mangel grundsätzlich durch Nachholung heilbar sei.

**7** Am 21.9.2017 hat die Beteiligte zu 1 die Löschung des Amtswiderspruchs beantragt. Zum Beleg für die Zustellung der vom 26.10.2013 datierenden notariellen Vollmachtsurkunde an den Beteiligten zu 2 hat sie die Postübergabeurkunde des Gerichtsvollziehers vom 21.6.2016 sowie die Postzustellungsurkunde vom 23.6.2016 (verbunden außerdem mit der Postübergabeurkunde des Gerichtsvollziehers vom 13.7.2016 und Postzustellungsurkunde vom 14.7.2016 über die erfolgte Zustellung an die Beteiligte zu 3 eingereicht. Danach wurde

die Vollmachtsurkunde im Auftrag der Beteiligten zu 1 am 23.6.2016 dem Beteiligten zu 2 zugestellt.

**8** Daraufhin hat das Grundbuchamt am 22.9.2017 die Löschung des Amtswiderspruchs unter gleichzeitiger Rötung desselben eingetragen.

**9** Hiergegen wenden sich die anwaltlich vertretenen Beteiligten zu 2 und 3 mit der Beschwerde. Sie tragen vor, die Löschung des Widerspruchs sei aufzuheben, weil die Eintragung des Widerspruchs zu Recht erfolgt sei. Vor Beginn der Zwangsvollstreckung sei der Titel nicht vollständig zugestellt gewesen; eine Heilung durch Nachholung der Zustellung sei nicht möglich. Auch aus weiteren Gründen fehle es an den allgemeinen Vollstreckungsvoraussetzungen. Das Grundschuldkapital sei nämlich nicht gekündigt worden; die Beteiligte zu 1 habe die sechsmontatige Wartefrist seit Kündigung bis zur Antragstellung nicht eingehalten; die Zustellung von Titel und Kündigung sei trotz bekannter Mandatierung der anwaltlichen Vertreter nicht an die Verfahrensbevollmächtigten, sondern an den Schuldner persönlich erfolgt.

**10** Das Grundbuchamt hat nicht abgeholfen. Aufgrund der nachträglichen Mängelbehebung durch Nachweis der Zustellung der Vollmachtsurkunde sei der Amtswiderspruch zu löschen gewesen. Vollstreckungsmängel außerhalb des formellen Nachweises von Titel, Klausel und Zustellung seien im Eintragungsverfahren nicht zu beachten.

**11** Die Beteiligte zu 1 hat Gelegenheit zur Äußerung erhalten.

## AUS DEN GRÜNDEN:

**12** II. Das Rechtsmittel hat keinen Erfolg.

**13** 1. Unzulässig ist das Rechtsmittel, soweit es von der Miteigentümerin, der Beteiligten zu 3, eingelegt ist. Dieser fehlt es nämlich an der Beschwerdeberechtigung.

**14** Beschwerdeberechtigt ist nur, wessen Rechtsstellung durch die Entscheidung oder Eintragungstätigkeit des Grundbuchamts unmittelbar oder mittelbar beeinträchtigt wäre, falls diese in dem mit der Beschwerde behaupteten Sinn unrichtig wäre. Genügen würde auch ein rechtlich geschütztes Interesse. Rein wirtschaftliche Interessen genügen hingegen nicht (*Demharter*, GBO, 30. Aufl., § 71 Rdnr. 58; *Hügel/Kramer*, GBO, 3. Aufl., § 71 Rdnr. 178-180).

**15** Nach diesen Maßstäben begründet die allein am Anteil des Beteiligten zu 2 erfolgte Eintragung einer Zwangshypothek keine Beschwerdeberechtigung für die Beteiligte zu 3. Miteigentumsanteile an Grundstücken sind als Belastungsgegenstand rechtlich selbstständig (§ 1008 BGB, § 864 Abs. 2 ZPO); jeder Teilhaber ist allein Verfügungsberechtigter (vgl. § 747 Satz 1 BGB). Deshalb kann sich die Beteiligte zu 3 nicht aus ihrer eigenen Mitberechtigung am Grundstück gegen die Belastung des Bruchteils des anderen Miteigentümers wenden (Senat vom 1.3.2016, 34 Wx 70/16, juris; *Bauer/von Oefele/Budde*, GBO, 3. Aufl., § 71 Rdnr. 74; *Ermann/Aderhold*, BGB, 15. Aufl., Vor § 1008 Rdnr. 5). Wie die Zwangshypothek an dem Anteil des Beteiligten zu 2 berührt auch die Löschung des diesbezüglich eingetragenen Amtswiderspruchs den Anteil der Beteiligten zu 3 rechtlich nicht.

**16** 2. Hingegen kann der Beteiligte zu 2 als Betroffener gegen die erfolgte Löschung des Amtswiderspruchs gegen die Zulasten seines Hälfteanteils eingetragene Zwangshypothek nach § 11 Abs. 1 RPfG, § 71 Abs. 2 Satz 2 GBO Beschwerde mit dem Ziel einlegen, gemäß § 53 Abs. 1 Satz 1 GBO die Eintra-

gung eines Widerspruchs gegen die beanstandete Löschung des Amtswiderspruchs herbeizuführen (*Demharter*, GBO, § 53 Rdnr. 31; *Hügel/Holzer*, GBO, § 53 Rdnr. 89 und § 71 Rdnr. 138 mit 141; *KEHE/Briesemeister*, GBO, 7. Aufl., § 71 Rdnr. 58 je m. w. N.).

**17** Die Beschwerde nach § 71 GBO – und nicht die Erinnerung nach § 766 ZPO oder die sofortige Beschwerde nach § 793 ZPO – ist nämlich auch dann der zutreffende Rechtsbehelf gegen die im Rahmen einer Zwangsvollstreckung entfaltete Eintragungstätigkeit des Grundbuchamts, wenn der (Mit-)Eigentümer – wie hier – das Fehlen von Vollstreckungsvoraussetzungen beanstandet (*Hügel/Kramer*, GBO, § 71 Rdnr. 71; *Thomas/Putzo/Seiler*, ZPO, 38. Aufl., § 765 Rdnr. 8b; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 2199). Unschädlich ist, dass sich die Beschränkung des Rechtsmittels auf das zulässige Beschwerdeziel nicht ausdrücklich aus dem Beschwerdevorbringen ergibt. Vielmehr ist regelmäßig und auch hier davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer das Rechtsmittel mit dem zulässigen Inhalt einlegen will (*Demharter*, GBO, § 71 Rdnr. 55).

**18** 3. Das Rechtsmittel hat allerdings in der Sache keinen Erfolg, weil das Grundbuchamt zutreffend dem Antrag der Beteiligten zu 1 auf Grundbuchberichtigung durch Löschung des gegen die Zwangshypothek eingetragenen Amtswiderspruchs stattgegeben hat.

**19** a) Der nach § 53 Abs. 1 Satz 1 GBO eingetragene Widerspruch kann auf Antrag (§ 13 GBO) des durch den Widerspruch Betroffenen im Weg der Grundbuchberichtigung nach § 22 Abs. 1 GBO gelöscht werden. Hierfür ist der Nachweis erforderlich, aber auch ausreichend, dass die Voraussetzungen für die Eintragung des Amtswiderspruchs nicht (mehr) vorliegen, d. h. entweder die angenommene Unrichtigkeit des Grundbuches nicht mehr glaubhaft erscheint, die Eintragung (doch) nicht unter einem Gesetzesverstoß erfolgt war oder wenn – was hier jedoch nicht in Betracht kommt – zwar beide zuvor genannten Voraussetzungen vorliegen, der Grundbuchberichtigungsanspruch aber gar nicht dem eingetragenen Berechtigten zusteht (vgl. *KEHE/Schrandt*, GBO, § 53 Rdnr. 34 mit Rdnr. 24; *Hügel/Holzer*, GBO, § 53 Rdnr. 49 f.; *Demharter*, GBO, § 53 Rdnr. 41).

**20** b) Nach diesen Maßstäben ist die mit der Beschwerde angegriffene Löschung nicht zu beanstanden.

**21** aa) Zur Antragstellung war die Beteiligte zu 1 als Betroffene befugt, denn der Amtswiderspruch war gegen ein zu ihren Gunsten eingetragenes Recht gerichtet.

**22** bb) Die Voraussetzungen für Eintragung eines Amtswiderspruchs lagen im Lösungszeitpunkt nicht mehr vor.

**23** Die Eintragung eines Amtswiderspruchs setzt gemäß § 53 Abs. 1 Satz 1 GBO voraus, dass das Grundbuchamt unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften eine Eintragung vorgenommen hat, durch die das Grundbuch unrichtig geworden ist (*Hügel/Holzer*, GBO, § 53 Rdnr. 24). Dabei müssen die Gesetzesverletzung feststehen und die Unrichtigkeit des Grundbuchs glaubhaft sein (*Demharter*, GBO, § 53 Rdnr. 28).

**24** Im Zeitpunkt der Löschung des Amtswiderspruchs waren diese Voraussetzungen nicht mehr erfüllt. Zwar war die Eintra-

gung der Zwangshypothek unter Gesetzesverstoß erfolgt; eine Grundbuchunrichtigkeit ist jedoch nicht mehr glaubhaft, weil der im fehlenden Zustellungsnachweis bestehende Vollstreckungsmangel nachträglich behoben wurde und auch die übrigen Vollstreckungs- und sonstigen Eintragungsvoraussetzungen vorliegen.

**25** (1) Nach § 794 Abs. 1 Nr. 5, § 795 Satz 1 und § 750 Abs. 1 ZPO darf die Zwangsvollstreckung aus dem in der Urkunde verbrieften persönlichen Schuldversprechen (§ 780 BGB) des Beteiligten zu 2 nur erfolgen, wenn an ihn die Urkunden zugestellt wurden, aus denen sich seine (wirksame) Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung ergibt. Hat – wie hier – ein Vertreter die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung erklärt, ist die Zwangsvollstreckung grundsätzlich nur zulässig, wenn die Vollmacht des Vertreters (oder die Genehmigung seitens des Vertretenen) durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden dem Schuldner zugestellt worden sind oder mit dem Beginn der Vollstreckung zugestellt werden (BGH, NJW-RR 2007, 358, 359; NJW-RR 2008, 1018, 1019; LG Bonn, Rpfleger 1990, 374).

**26** Weil das bei der Eintragung von Zwangshypotheken als Vollstreckungsorgan tätige Grundbuchamt das Vorliegen dieser Voraussetzungen zu prüfen hat, hätte mangels Nachweises über die Zustellung auch der Vollmachtsurkunde die Zwangshypothek nicht eingetragen werden dürfen. Die dennoch erfolgte Eintragung war mithin unter Gesetzesverstoß erfolgt.

**27** (2) Der im fehlenden Zustellungsnachweis liegende Vollstreckungsmangel liegt jedoch nicht mehr vor, denn die Beteiligte zu 1 hat mit dem Berichtigungsantrag durch Vorlage der mit der Vollmachtsurkunde verbundenen Zustellungsurkunden im Original formgerecht nachgewiesen, dass auch die Vollmachtsurkunde dem Beteiligten zu 2 zugestellt worden ist und hier bereits bei Beantragung der Zwangshypothek unter Einhaltung der zweiwöchigen Wartefrist gemäß § 798 ZPO zugestellt war.

**28** Diese Zustellung an den Beteiligten zu 2 persönlich ist – ebenso wie die an den Beteiligten zu 2 persönlich bewirkte Zustellung der vollstreckbar ausgefertigten Unterwerfungserklärung – wirksam, denn die gemäß § 191 ZPO auf Parteizustellungen grundsätzlich entsprechend anwendbare Vorschrift des § 172 ZPO (vgl. Zöller/Schultzky, ZPO, 32. Aufl., § 191 Rdnr. 2) war in der hier gegebenen Verfahrenslage nicht einschlägig. Nach § 172 Abs. 1 Satz 1 ZPO sind in einem anhängigen Gerichtsverfahren Zustellungen an den für den Rechtszug bestellten Prozessbevollmächtigten vorzunehmen. Dies gilt nach § 172 Abs. 1 Satz 2 (letzte Alt.) ZPO auch für Prozesshandlungen, die das Verfahren vor diesem Gericht infolge eines neuen Vorbringens in dem Verfahren der Zwangsvollstreckung betreffen, wobei gemäß § 172 Abs. 1 Satz 3 ZPO das Verfahren vor dem Vollstreckungsgericht zum ersten Rechtszug gehört. Nach ihrem eindeutigen Wortlaut und Sinn ist die Vorschrift aber nur auf ein bereits anhängiges gerichtliches Verfahren bezogen (vgl. BGH, NJW 2011, 1005, 1006). Zweck der Vorschrift ist es nämlich, im Interesse der Prozessökonomie und der Privatautonomie sicher zu stellen, dass der von der Partei bestellte Prozessbevollmächtigte, in dessen Verantwortung die Prozessführung liegt, über den gesamten

Prozessstoff informiert wird und sich somit in dessen Hand alle Fäden des Prozesses vereinigen (BGH, Rpfleger 2011, 214, 215). Weil vorliegend aber im Zeitpunkt der Zustellung von Vollstreckungstitel einschließlich Vollmachtsurkunde an den Beteiligten zu 2 am 23.6.2016 das gerichtliche Verfahren noch nicht anhängig war, kam § 172 ZPO nicht zur Anwendung. Anhängig wurde das gerichtliche Verfahren erst mit der Antragseinreichung beim Grundbuchamt am 28.8.2017 (vgl. auch OLG Nürnberg, FGPrax 2018, 14). Darauf, dass der Beteiligte zu 1 als Gläubigerin der Darlehensforderung bereits mit Schreiben vom 12.12.2014 die anwaltliche Vertretung der Schuldner angezeigt worden war, kommt es deshalb nicht an.

**29** (3) Deshalb ist eine Grundbuchunrichtigkeit nicht mehr glaubhaft.

**30** Zwar entsteht die Zwangshypothek nach § 867 Abs. 1 Satz 2 ZPO als bürgerlich-rechtliche Sicherheitshypothek (§§ 1115, 1184 BGB) erst mit ordnungsgemäßer Eintragung (§ 44 GBO; § 867 Abs. 1 Satz 2 ZPO). Verfahrensmängel führen jedoch nur ausnahmsweise zur endgültigen Nichtigkeit der Hypothek, nämlich dann, wenn es sich um schwerwiegende Mängel wie zum Beispiel das Fehlen eines wirksamen Vollstreckungstitels handelt (vgl. Senat vom 15.4.2016, 34 Wx 34/16, NJW 2016, 2815). Liegen hingegen andere, heilbare Mängel vor, ist die Hypothek zwar – soweit es sich nicht um bloße Verstöße gegen grundbuchrechtliche Voraussetzungen oder Ordnungsvorschriften handelt – vorläufig unwirksam, aber durch Nachholen der Vollstreckungsvoraussetzungen heilbar (BayObLG, NJW-RR 2003, 1668, 1669; OLG Hamm, NJW-RR 1998, 87, 88; Stein/Jonas/Bartels, ZPO, 23. Aufl., § 867 Rdnr. 18; Musielak/Voit/Becker, ZPO 14. Aufl., § 867 Rdnr. 7; Wieczorek/Schütze, ZPO, 4. Aufl., § 867 Rdnr. 40-42; Dümig, Rpfleger 2004, 1, 3 f.; für eine unbedingte Entstehung bereits mit Eintragung: Staudiger/Wolfsteiner, Neub. 2105, Vor §§ 1113 ff. Rdnr. 58 und 109).

**31** In der Regel können sogar Mängel bei der Titelmzustellung wie eine unterbliebene Zustellung der Vollmacht für eine Vollstreckungsunterwerfung durch Nachholung geheilt werden (BGH, NJW 1976, 851, 852; NJW-RR 2008, 1018, 1019 f.; NJW-RR 2010, 1100, 1102). Erst recht heilt der nachträglich erbrachte Nachweis der wirksamen Zustellung den der Vollstreckungsmaßnahme anhaftenden Mangel (Musiellak/Voit/Becker, ZPO, § 867 Rdnr. 7).

**32** Der nach dem Eintragungszeitpunkt liegende Entstehungszeitpunkt der Zwangshypothek hat auf den Rang des Rechts mangels zwischenzeitlicher rechtsändernder Eintragungen keine Auswirkung. Schon deshalb ist auch hinsichtlich der Rangverhältnisse eine Grundbuchunrichtigkeit nicht glaubhaft.

**33** (4) Dem stehen die gegen die Eintragung erhobenen übrigen Rügen nicht entgegen, denn die behaupteten Vollstreckungsmängel bestehen nicht.

**34** (i) Ob das Grundschnuldkapital unter Einhaltung der gemäß § 1193 Abs. 2 Satz 2 BGB bei Sicherungsgrundschnulden nicht abdingbaren sechsmonatigen Frist gekündigt war, ist nicht erheblich. Die Beteiligte zu 1 vollstreckt vorliegend nicht aus der Sicherungsgrundschnuld, sondern aus der persönlichen Forderung nebst Vollstreckungsunterwerfung. Die Forderung aus dem persönlichen Schuldversprechen gemäß

§ 780 BGB (vgl. BGH, WM 2007, 588 Rdnr. 12) aber ist – ohne Kündigung – mangels abweichender Vereinbarung sofort fällig (§ 271 BGB), weshalb es eines gesonderten Fälligkeitsnachweises nach § 751 ZPO nicht bedarf.

**35** (ii) Unerheblich ist weiter, ob die Beteiligte zu 1 die Vollstreckung aus dem abstrakten Schuldversprechen vor Beantragung der Zwangshypothek unter Einhaltung einer sechsmonatigen Wartefrist angedroht hat, denn die Frage der „Verwertungsreife“ stellt sich hier nicht.

**36** Aus der Rechtsprechung des BGH (BGH, NJW 2017, 2469), wonach zur Schließung einer Gesetzes- und Schutzlücke die Versteigerung aus den dinglichen Grundschuldzinsen in Anlehnung an §§ 1234, 1193 Abs. 1 Satz 3 BGB unter Einhaltung einer sechsmonatigen Wartefrist angedroht werden muss, wenn eine Kündigung des Grundschuldkapitals (zunächst) unterbleibt, kann nicht abgeleitet werden, dass die Eintragung einer Sicherungshypothek zugunsten des aus der persönlichen Forderung vollstreckenden Gläubigers eine Vollstreckungsandrohung unter Einhaltung einer sechsmonatigen Frist voraussetzt. Zwar hat der BGH obiter dicta ausgeführt, von dem Erfordernis einer Versteigerungsandrohung bzw. einer Kündigung des Kapitals und des Verstreichens der Wartefrist könne nach § 307 Abs. 1 BGB auch nicht durch die Vereinbarung eines vollstreckbaren abstrakten Schuldanerkenntnisses zugunsten des Grundschuldgläubigers abgewichen werden, weshalb diese Erfordernisse auch dann gälten, wenn der Gläubiger einer Grundschuld die Zwangsversteigerung (Hervorhebung durch den Senat) wegen einer persönlichen Forderung aufgrund eines vollstreckbaren abstrakten Schuldversprechens zu seinen Gunsten betreibt (BGH, NJW 2017, 2469 Rdnr. 31). Die Eintragung einer Sicherungshypothek steht jedoch als (dritte) selbstständige Immobilienvollstreckungsmöglichkeit neben der Zwangsversteigerung und der Zwangsverwaltung (§ 866 Abs. 3 ZPO). Auf sie bezieht sich die Aussage des BGH nach ihrem klaren Wortlaut nicht.

**37** Eine Erstreckung dieser Aussage auf die Eintragung einer Zwangshypothek ist wegen der Verschiedenheit von Zwangshypothek und Zwangsversteigerung nicht angezeigt. Während die Zwangsversteigerung dem Gläubiger Befriedigung aus dem Verwertungserlös und die Zwangsverwaltung Befriedigung aus den Erträgen des Grundstücks verschafft, bewirkt die Zwangshypothek lediglich eine Sicherung zugunsten des Gläubigers (Musielak/Voit/Becker, ZPO, § 866 Rdnr. 2). Zwar kann der Gläubiger einer Zwangshypothek – ggf. erst ab Verwertungsreife (str.; so wohl BGH, NJW 2017, 2469 Rdnr. 31; Clemente, ZfIR 2008, 589, 596; a. A. LG Lübeck, Rpfleger 2009, 451, 452; Staudinger/Wolfsteiner, Neub. 2017, § 1193 Rdnr. 10 und Vor §§ 1191 ff. Rdnr. 206; MünchKomm-BGB/Lieder, 7. Aufl., § 1193 Rdnr. 13; Langenbucher, NJW 2008, 3169, 3172; Schmid/Voss, DNotZ 2008, 740, 751 f.; Dieckmann, NZM 2008, 865, 868; Derleder, ZIP 2009, 2221, 2227; Volmer, MittBayNot 2009, 1, 5; Kessler, NJW 2017, 2442, 2444; Volmer, MittBayNot 2017, 560, 563; Böttcher, ZfIR 2018, 121, 124) – gemäß § 867 Abs. 3 ZPO die Zwangsversteigerung des Grundstücks in Vollstreckung der Sicherungshypothek auf der Grundlage des der Hypothek zugrunde liegenden persönlichen Titels betreiben, ohne sich zusätzlich einen dinglichen Duldungstitel verschaffen zu müssen. Die

Zwangshypothek selbst stellt sich aber nur als Vorstufe einer möglichen, nicht zwingenden, späteren Verwertung dar. Schon deshalb erzeugt die eingetragene Zwangshypothek für den Schuldner keinen vergleichbaren Handlungsdruck wie ein eingetragener Zwangsversteigerungsvermerk. Die Verwertbarkeit des Grundstücks wird durch die eingetragene Zwangshypothek nicht beeinträchtigt. Auf die wirtschaftlichen Handlungsmöglichkeiten des Schuldners wirkt sich die Zwangshypothek nicht in vergleichbarer Weise aus wie ein eingetragener Versteigerungsvermerk, der dazu führen kann, dass potenzielle Käufer von ihrem marktgerechten Angebot wegen der Aussicht auf die Möglichkeit eines günstigen Erwerbs im Rahmen einer Zwangsversteigerung Abstand nehmen (vgl. Volmer, MittBayNot 2017, 560, 564). Der sich um eine Umfinanzierung bemühende Schuldner ist ohnehin verpflichtet, potenzielle Finanzierungsgeber umfassend und zutreffend über seine finanziellen Verhältnisse zu informieren.

**38** Auch aus den parlamentarischen Unterlagen zum Entwurf eines Gesetzes zur Begrenzung der mit Finanzinvestitionen verbundenen Risiken (RisikobegrenzungsGesetz; BT-Drucks. 16/9821) ergibt sich nicht, dass der Gesetzgeber einen derart weitreichenden Schuldnerschutz beabsichtigt hätte. Mit § 1193 Abs. 2 Satz 2 BGB sollte vielmehr nach dem Willen des Gesetzgebers sichergestellt werden, dass dem Schuldner einer Sicherungsgrundschuld die Kündigungsfrist von sechs Monaten ungeschmälert erhalten bleibt und er diesen Zeitraum nutzen kann, um sich ohne den zusätzlichen Druck eines laufenden Zwangsversteigerungsverfahrens und unabhängig von den Rechtsbehelfen im Zwangsversteigerungsverfahren auf die durch die Kündigung des Kapitals der Grundschuld entstandene Situation einzustellen (vgl. auch BGH, NJW 2017, 2469 Rdnr. 17). Zu seinem Schutz vor unberechtigter Zwangsversteigerung wurde darüber mit § 769 Abs. 1 Satz 2 ZPO die gesetzliche Grundlage für eine einstweilige Einstellung ohne Sicherheitsleistung erweitert (BT-Drucks. 16/9821, S. 18).

**39** Die vom Beteiligten zu 2 vertretene Rechtsmeinung geht weit über den mit der Gesetzesnovellierung verfolgten Rahmen hinaus. Müsste bereits die Eintragung einer Zwangshypothek mit einer sechsmonatigen Vorlauffrist angedroht werden, so würde dem Schuldner die Möglichkeit eröffnet, Vermögen durch Übertragung oder Beleihung zum Nachteil des Titelgläubigers beiseite zu schaffen, sodass der Gläubiger auf die Durchführung von Anfechtungsprozessen mit den damit verbundenen Risiken und Erschwernissen angewiesen wäre. Die persönliche Forderung, die dem Gläubiger den Vollstreckungszugriff auf das gesamte Vermögen des Schuldners eröffnet und zur Sicherheitenverstärkung neben die Grundschuld tritt (vgl. BGH, WM 1990, 1927, 1929; WM 2000, 1058, 1059; WM 2007, 588 Rdnr. 14), würde deshalb in ihrem Wert erheblich beeinträchtigt.

**40** (iii) Davon unabhängig obliegt nicht dem als Vollstreckungsorgan befassen Grundbuchamt die der Sache nach dem Klauselerteilungsverfahren zugeordnete Prüfung, ob die – einfache – Vollstreckungsklausel nach §§ 724, 725 ZPO zu Recht erteilt wurde oder als qualifizierte Klausel nach § 726 Abs. 1 ZPO (vgl. MünchKomm-BGB/Lieder, § 1193 Rdnr. 6 a. E.; Staudinger/Wolfsteiner, § 1193 Rdnr. 11; Derleder, ZIP 2009, 2221, 2226; Böttcher, NJW 2010, 1647, 1650 f.;

*Clemente*, ZfIR 2017, 523, 525) hätte erteilt werden müssen verbunden mit dem Hinweis, dass die Zwangsvollstreckung erst nach Ablauf einer datumsmäßig bestimmten oder bestimmbaren Frist zulässig sei (eingehend zur eingeschränkten Prüfungskompetenz des Grundbuchamts als Vollstreckungsorgan bei Eintragung einer Zwangshypothek: Senat vom 23.6.2016, 34 Wx 189/16, Rpfleger 2017, 23 m. Anm. *Wagner*, EWIR 2017, 255 und *Everts*, DNotZ 2017, 343). Das Vollstreckungsorgan hat im Allgemeinen nur nachzuprüfen, ob eine Klausel vorhanden ist und ob sie ordnungsgemäß erteilt wurde, nicht hingegen, ob sie erteilt werden durfte. Nur in ganz besonders gelagerten Ausnahmefällen kann eine Nichtigkeit der Klausel anzunehmen und dies auch vom Grundbuchamt oder sonstigen Vollstreckungsorgan zu beachten sein (BGH, NJW-RR 2012, 1146 Rdnr. 15-17 sowie 1148 Rdnr. 12; NJW-RR 2013, 437 Rdnr. 9; NJW-RR 2017, 510 Rdnr. 13; Senat vom 11.9.2013, 34 Wx 314/13, Rpfleger 2014, 133; vom 23.6.2016, 34 Wx 189/16, Rpfleger 2017, 23; LG Hamburg vom 18.4.2013, 328 T 32/13, juris; LG Meiningen, Rpfleger 2013, 691, 692; LG Stade vom 11.6.2015, 7 T 73/15, juris; LG Hamburg, Rpfleger 2016, 305, 306; Zöller/*Seibel*, ZPO, § 726 Rdnr. 10; MünchKomm-BGB/*Wolfsteiner*, § 724 Rdnr. 4 f.; *Staudinger/Wolfsteiner*, Vor §§ 1113 ff. Rdnr. 43.1; *Böttcher*, ZfIR 2017, 161, 162 f. m. w. N.).

**41** Soweit den Ausführungen des BGH (NJW 2017, 2469 Rdnr. 32 a. E.) zu entnehmen ist, dass bei einer Vollstreckung der dinglichen Zinsen einer Sicherungsgrundschuld das Versteigerungsgericht als Vollstreckungsorgan auch bei erteilter Klausel die Verwertungsreife, nämlich die fristgerechte Androhung der Versteigerung, zu prüfen und zu beachten hat, kann dies auf die nur der Sicherung dienende Eintragung einer Zwangshypothek aus den unter (ii) dargestellten Gründen nicht übertragen werden.

**42** (4) Sonstige Vollstreckungsmängel sind nicht ersichtlich.

**43** Insbesondere geht aus der mit der Urkunde verbundenen gerichtlichen Bescheinigung über die Erlöszuteilung klar hervor, dass die Gläubigerin zur Vollstreckung aus der persönlichen Forderung wegen eines bestimmt bezifferbaren Restbetrags, mindestens in Höhe der Zwangshypothek, berechtigt ist (vgl. BGH, WM 1990, 1927, 1928; WM 1992, 132, 133).

**44** Ob dem Beteiligten zu 2 materiellrechtliche Gegenansprüche gegen den titulierten Anspruch zustehen, ist vom Vollstreckungsorgan nicht zu prüfen. Mögliche Einreden aus dem Darlehensverhältnis und dem Sicherungsvertrag können nur gemäß §§ 895, 949 ZPO mit der Vollstreckungsgegenklage geltend gemacht werden.

**45** Neben den zwangsvollstreckungsrechtlichen Voraussetzungen (Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 2169-2179) liegen auch die grundbuchrechtlichen Voraussetzungen (Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 2180-2183) für die Eintragung der Zwangshypothek vor.

(...)

## ANMERKUNG:

Von Notar **Ralf Rebhan**, Cadolzburg

Der BGH hat mit Beschluss vom 30.3.2017<sup>1</sup> entschieden, dass für die Vollstreckung wegen der dinglichen Zinsen einer Sicherungsgrundschuld in Rechtsanalogie zu §§ 1234, 1193 Abs. 1 Satz 3 BGB die Androhung der Zwangsversteigerung oder die Kündigung des Grundschuldkapitals und das Verstreichen einer Wartefrist von sechs Monaten erforderlich ist („Verwertungsreife“ von Grundschuldzinsen). Diese Entscheidung überzeugt im Ergebnis, auch wenn es näher liegender gewesen wäre, statt der Rechtsanalogie zu §§ 1234, 1193 Abs. 1 Satz 3 BGB ein vorläufiges Vollstreckungsverbot aus dem Verbot unzulässiger Rechtsausübung (§ 242 BGB) herzuleiten, wenn der Gläubiger aus den Grundschuldzinsen Vollstreckungsmaßnahmen einleitet, obwohl dies aus dem Grundschuldkapital mangels Kündigung oder Ablauf der Kündigungsfrist noch nicht möglich wäre.<sup>2</sup> Denn zum einen ist die Vorschrift des § 1234 BGB selbst abdingbar; zum anderen ist der Pfandverkauf beweglicher Sachen nicht mit dem stark formalisierten Vollstreckungsverfahren vergleichbar, das immer eine vorherige Zustellung des Titels voraussetzt und deshalb eine isolierte „Androhung“ entbehrlich macht.<sup>3</sup>

Für Aufregung gesorgt hat ein obiter dictum des BGH in der vorgenannten Entscheidung: Danach könne von den Erfordernissen der Verwertungsreife gemäß § 307 Abs. 1 BGB nicht durch die Vereinbarung eines vollstreckbaren abstrakten Schuldanerkenntnisses zugunsten des Grundschuldgläubigers abgewichen werden; diese Erfordernisse gälten nämlich auch, wenn der Gläubiger einer Grundschuld die Zwangsversteigerung wegen einer persönlichen Forderung aufgrund eines vollstreckbaren abstrakten Schuldversprechens zu seinen Gunsten betreibe.<sup>4</sup> Das OLG München stellt hierzu in zwei nahezu gleichlautenden Entscheidungen klar, dass jedenfalls die Eintragung einer Zwangshypothek aufgrund eines vollstreckbaren abstrakten Schuldversprechens möglich ist, ohne dass die vom BGH für die Verwertung von Grundschuldzinsen aufgestellten Anforderungen an die Verwertungsreife abgewartet werden müssen.<sup>5</sup> Den Entscheidungen des OLG München lag dabei jeweils ein Sachverhalt zugrunde, bei dem aus einem in einer Grundschuldbestellungsurkunde mitbeurkundeten gemäß § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO vollstreckbaren und sofort fälligen abstrakten Schuldanerkenntnis eine Zwangshypothek an einem nicht mit der Grundschuld belasteten Grundbesitz eingetragen werden sollte. Das OLG München unterscheidet lehrbuchmäßig zwischen den drei Möglichkeiten der Immobilienvollstreckung nach § 866 ZPO: Danach erfolgt die

1 BGH, Beschluss vom 30.3.2017, V ZB 84/16, MittBayNot 2017, 618, dazu *Volmer*, MittBayNot 2017, 560.

2 BeckOGK-BGB/*Rebhan*, Stand: 15.05.2018, § 1193 Rdnr. 23; *Rebhan*, ZNotP 2018, 132, 134.

3 So zu Recht *Volmer*, MittBayNot 2017, 560, 562; auch *Lieder/Wernert*, WuB 2017, 546, 549.

4 BGH, Beschluss vom 30.3.2017, V ZB 84/16, MittBayNot 2017, 618, 621 f.

5 So auch OLG Nürnberg, Beschluss vom 12.10.2017, 15 W 1742/17, FGPrax 2018, 14.



Zwangsvollstreckung in ein Grundstück durch Eintragung einer Sicherungshypothek, durch Zwangsversteigerung oder durch Zwangsverwaltung. Die Zwangsversteigerung verschaffe dem Gläubiger Befriedigung aus dem Verwertungserlös, wohingegen bei der Zwangsverwaltung eine Befriedigung aus den Erträgen erfolge und die Zwangshypothek zunächst der (Rang-)Sicherung des Vollstreckungsgläubigers diene. Das OLG München nimmt die vom BGH getroffene Aussage zunächst wörtlich: Auch der BGH habe sich in seinem obiter dictum nur auf die Zwangsversteigerung, nicht aber auf die Zwangsverwaltung und die Eintragung einer Sicherungshypothek bezogen. Das OLG München bleibt bei dieser „Wortlautauslegung“ des BGH nicht stehen, sondern begründet das so gefundene Ergebnis auch noch überzeugend: Die Zwangshypothek sei als Vorstufe einer möglichen, aber nicht zwingenden Verwertung nur eine Sicherung zugunsten des Gläubigers; sie erzeuge keinen mit einem eingetragenen Zwangsversteigerungsvermerk vergleichbaren Handlungsdruck. Nur ein eingetragener Zwangsversteigerungsvermerk, nicht aber eine Zwangshypothek würde potenzielle Käufer von einem Angebot wegen der Aussicht auf einen günstigen Erwerb in der Zwangsversteigerung abhalten. Würde dem Vollstreckungsgläubiger zudem die sofortige Vollstreckung durch Eintragung einer Zwangshypothek untersagt, bestünde für den Vollstreckungsschuldner die Möglichkeit, die Vollstreckung zu vereiteln oder zu erschweren, indem Vermögen beiseite geschafft würde, zum Beispiel durch Übertragung oder Beleihung zum Nachteil des Titelgläubigers. Zudem droht die Gefahr von vorrangigen Vollstreckungsmaßnahmen weiterer Vollstreckungsgläubiger sowie die Insolvenz des Vollstreckungsschuldners; nur die Eintragung einer Zwangshypothek gewährleistet in diesen Fällen ausreichend Schutz durch Rangsisicherung bzw. das Recht zur abgesonderten Befriedigung gemäß § 49 InsO, ohne dass sich der Vollstreckungsschuldner unmittelbar der Gefahr des Verlustes seines Eigentums oder der hieraus zu erzielenden Früchte ausgesetzt sieht.<sup>6</sup>

Das OLG München liegt damit auf der gleichen Linie wie *Volmer*, der das obiter dictum des BGH ebenfalls dahingehend interpretiert hat, dass es nur gegen eine Beschlagnahme des pfandbelasteten Grundstücks gerichtet ist, die weiteren Vollstreckungsmöglichkeiten aber ohne Einschränkung zulässt.<sup>7</sup> Beiden ist zuzustimmen: Dem Vollstreckungsgläubiger muss der zügige Vollstreckungszugriff auf weiteres Vermögen des Schuldners<sup>8</sup> möglich sein, zum Beispiel zur Pfändung von Lohn- und Gehaltsansprüchen, aber eben auch durch die Eintragung rangwahrender Zwangshypotheken, um die Rechtsposition des Vollstreckungsgläubigers gegenüber weiteren Vollstreckungsgläubigern nicht zu verschlechtern.<sup>9</sup> Eine sechsmonatige Wartefrist auch für die Vollstreckung in das sonstige Vermögen würde die Personalsicherheit, die vor dem Vollstreckungszugriff durch

Eintragung einer Zwangshypothek im Insolvenz- und Zwangsvollstreckungsverfahren kein Recht auf abgesonderte Befriedigung gewährt und keinen Rang sichert, empfindlich entwerten.<sup>10</sup> Der Gesetzgeber des Risikobegrenzungsgesetzes hat mit § 1193 BGB eine zunächst nur für die Realsicherheit Grundschild geltende Regelung getroffen, die nicht unbesehen auf die Personalsicherheit des abstrakten Schuldversprechens übertragbar ist,<sup>11</sup> sondern eben nur, soweit dadurch das zwingende Kündigungserfordernis des § 1193 Abs. 2 Satz 2 BGB umgangen werden könnte.

Auffallend ist, dass den zu besprechenden Entscheidungen des OLG München ein in einer Grundschuldbestellungsurkunde enthaltenes gemäß § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO sofort vollstreckbares abstraktes Schuldanerkenntnis zugrunde lag, ohne dass das OLG München eine Unwirksamkeit des gesamten Schuldanerkenntnisses gemäß § 307 BGB thematisiert hätte<sup>12</sup> – und auch darin ist dem OLG München zuzustimmen. Der BGH weist in seinem obiter dictum zwar auf § 307 BGB hin, sachgerecht ist es dagegen, im Einzelfall auf § 242 BGB in Verbindung mit dem Verbot unzulässiger Rechtsausübung zurückzugreifen – denn die Unwirksamkeit des gesamten Schuldanerkenntnisses aufgrund des Verbots der geltungserhaltenden Reduktion kann kaum gewollt sein.<sup>13</sup> Sinn und Zweck der vom BGH aufgestellten Anforderungen an die Verwertungsreife bei der Versteigerung aus Grundschuldzinsen war es, eine Umgehung des zwingenden Kündigungserfordernisses für die Kündigung des Grundschuldkapitals gemäß § 1193 Abs. 2 Satz 2 BGB bei Sicherungsgrundschulden zu vermeiden; und mit dem obiter dictum sollte der nahe liegenden weiteren Umgehung durch einen Zwangsversteigerungsantrag aus dem abstrakten Schuldanerkenntnis oder einer Verwertung aus einer nachrangig an dem belasteten Grundbesitz eingetragenen Zwangshypothek ein Riegel vorgeschoben werden. § 242 BGB in Verbindung mit dem Verbot unzulässiger Rechtsausübung steht dieser Umgehung entgegen, solange weder das Grundschuldkapital fällig noch eine Zwangsversteigerung aus den Grundschuldzinsen möglich wäre, weil die Anforderungen des BGH an die Verwertungsreife von Grundschuldzinsen noch nicht vorliegen. § 307 BGB ist dagegen nicht anwendbar, weil allein in der abstrakten Möglichkeit, aufgrund des vollstreckbaren abstrakten Schuldanerkenntnisses auch die Zwangsversteigerung des mit der Grundschuld belasteten Grundbesitzes zu betreiben, keine unan-

6 *Giesen*, ZfIR 2018, 743, 744; *Kessler*, NJW 2018, 2138.

7 *Volmer*, MittBayNot 2017, 260, 263.

8 Vgl. *Hecht*, Die Struktur der Grundpfandrechte nach dem Risikobegrenzungsgesetz, 2012, 191 f.

9 *Rebhan*, ZNotP 2018, 132, 135.

10 OLG Nürnberg, FGPrax 2018, 14, 14; Palandt/*Herrler*, 78. Aufl. 2019, § 1193 Rdnr. 4; *Rebhan*, ZNotP 2018, 132, 135; *Giesen*, ZfIR 2018, 743, 744 f.; a.A. *Bülow*, Recht der Kreditsicherheiten, 9. Aufl. 2017, Rdnr. 177a, der dem Sicherungsvertrag ein Subsidiaritätsprinzip entnimmt, wonach der Gläubiger zunächst aus der Grundschuld vollstrecken muss, bevor er aus dem abstrakten Schuldanerkenntnis vorgehen darf.

11 MünchKomm-BGB/*Lieder*, 7. Aufl. 2017, § 1193 Rdnr. 13; *Erman/Wenzel*, BGB, 15. Aufl. 2017, § 1193 Rdnr. 7; HK-BGB/*Staudinger*, 10. Aufl. 2018, § 1193, Rdnr. 3; a. A. *Clemente*, ZfIR 2008, 589, 596.

12 Darauf weist auch *Kessler*, DAI-Skript Jahresarbeitsstagung des Notariats, S. 230, hin.

13 *Kessler*, DAI-Skript Jahresarbeitsstagung des Notariats, S. 230; *Kessler*, NJW 2018, 2138; *Rebhan*, ZNotP 2018, 132, 135.

gemessene Benachteiligung liegt;<sup>14</sup> dies zeigt sich schon daran, dass es bei einem isolierten gemäß § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO vollstreckbaren abstrakten Schuldanerkenntnis, das nicht in einer Grundschuldbestellungsurkunde enthalten ist – und übrigens auch allen weiteren in § 794 Abs. 1 ZPO genannten Vollstreckungstiteln – ohne Weiteres möglich ist, die Zwangsversteigerung ohne Anforderungen an eine Verwertungsmöglichkeit zu betreiben, ohne dass hier der Anwendungsbereich des § 1193 BGB oder eine Rechtsanalogie gemäß §§ 1234, 1193 Abs. 1 Satz 3 BGB überhaupt in Betracht kämen und deshalb auch § 307 BGB insoweit nicht einschlägig sein kann.

Fazit: Nur der Zwangsversteigerung des mit der Grundschuld belasteten Pfandbesitzes aufgrund des vollstreckbaren Schuldanerkenntnisses steht deshalb vor Fälligkeit des Grundschuldkapitals § 242 BGB in Verbindung mit dem Verbot unzulässiger Rechtsausübung entgegen.<sup>15</sup> Im Übrigen ist eine Vollstreckung zulässig, sei es durch Vollstreckung in weitere, nicht mit der Grundschuld belastete Vermögenswerte, sei es durch Eintragung von Zwangshypotheken oder die Anordnung einer Zwangsverwaltung. Die in der Praxis bislang üblichen Formulierungen verstoßen – anders als dies der BGH in seinem obiter dictum angedeutet hatte – nicht gegen § 307 BGB.

14 Im Ergebnis so auch *Kessler*, DAI-Skript Jahresarbeitstagung des Notariats, S. 230.

15 BeckOGK-BGB/*Rebhan*, § 1193 Rdnr. 26.

## 23. Zustimmungserfordernis nach § 1365 Abs. 1 BGB für den Insolvenzverwalter

OLG Naumburg, Beschluss vom 1.11.2017, 12 Wx 54/17

GBO § 53 Abs. 1 Satz 1, § 71 Abs. 2 Satz 2

WEG § 12 Abs. 1

WGV § 3 Abs. 2

BGB § 1365 Abs. 1

### LEITSATZ:

**Das Erfordernis der Zustimmung des Ehegatten nach § 1365 Abs. 1 BGB gilt nicht für den Insolvenzverwalter über das Vermögen des anderen Ehegatten.**

### SACHVERHALT:

1 I. Der Beteiligte zu 1 ist als Eigentümer zu 131/1000 Miteigentumsanteil an dem Grundstück eingetragen, verbunden mit dem Sondereigentum an der Wohnung Nr. 1 des Aufteilungsplanes. Mit Beschluss wurde Rechtsanwalt Dr. H R zum Insolvenzverwalter über das Vermögen des Beteiligten zu 1 bestellt. Mit notariellem Kaufvertrag des Notars Dr. L vom 22.5.2017 veräußerte dieser in seiner Eigenschaft als Insolvenzverwalter den Miteigentumsanteil an dem Grundstück an den Beteiligten zu 2 zu einem Kaufpreis von 45.000 €. In der notariellen Urkunde bewilligte und beantragte der Insolvenzverwalter eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs des Käufers auf Übertragung des Eigentums in das Grundbuch einzutragen. Dieser schloss sich diesem Antrag an. Die Auflassungsvormerkung wurde darauf am 2.6.2017 im Grundbuch eingetragen.

2 Mit Schreiben vom 28.4.2017 erhob der Beteiligte zu 1 „Widerspruch“ gegen die bereits beantragte oder noch erfolgende Beantragung der Auflassung durch den vollziehenden Notar wegen Unwirksamkeit des zugrunde liegenden Rechtsgeschäfts. Zur Begründung führte er aus, dass ein Verstoß gegen das Veräußerungsverbot aus § 12 WEG vorliege. Mit weiterem Schreiben vom 17.7.2017 führte er ergänzend aus, dass ein weiterer Grund für einen solchen „Widerspruch“ in der Tatsache zu sehen sei, dass er schon seit Jahrzehnten (...) im gesetzlichen Güterstand mit seiner Ehefrau lebe und es sich bei dem Miteigentumsanteil um sein gesamtes, auf jeden Fall aber weit überwiegende Vermögen im Sinne des § 1365 BGB handele. Bisher habe seine Ehefrau aber ihre Zustimmung zur Veräußerung gemäß § 1365 Abs. 1 BGB nicht erteilt. Der Anspruch auf Eintragung eines Amtswiderspruchs sei somit gegeben und werde hiermit ergänzend beantragt.

3 Mit Beschluss hat das AG – Grundbuchamt – dem Rechtsmittel des Beteiligten zu 1 nicht abgeholfen und die Sache dem OLG zur Entscheidung vorgelegt. Zur Begründung hat es ausgeführt, dass das Schreiben des Beteiligten zu 1 vom 17.7.2017 im Zusammenhang mit dem am 28.4.2017 eingegangenen Widerspruch als Rechtsmittel gegen die am 2.6.2017 erfolgte Eintragung einer Auflassungsvormerkung ausgelegt werde. Dieses sei als Beschwerde zu werten, die nach § 71 GBO form- und fristgerecht eingelegt worden, jedoch nicht begründet sei.

4 Der Beteiligte zu 1 stütze sein Rechtsmittel auf die fehlenden Zustimmungen des Verwalters nach § 12 WEG sowie seiner Ehefrau nach § 1365 BGB. Diese seien hier jedoch nicht erforderlich. Mangels Vereinbarung nach § 12 WEG sei eine Verfügungsbeschränkung nicht gegeben. Auch die Regelung aus § 1365 BGB greife nicht ein, weil der Insolvenzverwalter kraft Amtes zum Wohl der Gesamtheit der Gläubiger gehandelt habe.

### AUS DEN GRÜNDEN:

5 II. 1. Die Beschwerde ist unter Auslegung des Beschwerdebegehrens mit dem Inhalt zulässig, das Grundbuchamt anzuweisen, einen Widerspruch nach § 53 GBO einzutragen oder eine Löschung vorzunehmen (§ 71 Abs. 2 Satz 2 GBO).

6 2. Sie ist jedoch nicht begründet. Nach § 53 Abs. 1 Satz 1 GBO ist von Amts wegen ein Widerspruch in das Grundbuch einzutragen, wenn eine Eintragung unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften erfolgt und das Grundbuch hierdurch unrichtig geworden ist. Das ist hier jedoch nicht der Fall.

7 Das Grundbuchamt hat die beantragte Auflassungsvormerkung zu Recht eingetragen. Dieser Eintragung steht auch nicht die Veräußerungsbeschränkung aus § 12 Abs. 1 WEG entgegen. Danach kann eine solche Beschränkung zwar als Inhalt des Sondereigentums vereinbart werden, sie muss aber ausdrücklich in das Grundbuch eingetragen werden (§ 3 Abs. 2 WGV). Dies ist hier nicht geschehen, wobei weder vorgebracht wurde noch sonst ersichtlich ist, dass eine solche Beschränkung bei der Begründung des Wohnungseigentums überhaupt vereinbart worden ist. Aus (...) der Teilungserklärung der Notarin A ergibt sich vielmehr, dass das Wohnungseigentum frei veräußerlich und vererblich sein sollte.

8 Auch eine fehlende Zustimmung der Ehefrau des Beteiligten zu 1 nach § 1365 Abs. 1 BGB rechtfertigt keine Eintragung eines Amtswiderspruchs. Denn dieses Zustimmungserfordernis gilt nicht für den Insolvenzverwalter (zum Beispiel Uhlenbruck/*Mock*, InsO, § 80 Rdnr. 260).

(...)

## BEURKUNDUNGS- UND NOTARRECHT

### 24. Pflichtverstoß bei Amtshandlungen mit wirtschaftlichem Vorteil für Personal

BGH, Beschluss vom 13.11.2017, NotSt (Brgf) 3/17  
(Vorinstanz: OLG Celle, Urteil vom 16.3.2017, Not 11/16)

*BDG § 35 Abs. 3, § 64 Abs. 2 Satz 2*  
*BNotO § 14 Abs. 1 Satz 2, Abs. 3 Satz 2, §§ 28, 95, § 97 Abs. 1 Satz 1, § 105*  
*VwGO § 124 Abs. 2, § 124a Abs. 5 Satz 2*  
*BeurkG §§ 3, 7, 27*

#### LEITSÄTZE:

- Eine auf die Verletzung des Beschleunigungsgrundsatzes in Disziplinarangelegenheiten gestützte Verfahrenseinstellung kommt allenfalls in extrem gelagerten Ausnahmefällen in Betracht. Vorrangig ist die Berücksichtigung bei der gegen den Betroffenen zu verhängenden Sanktion.**
- Ein Notar verstößt grundsätzlich gegen seine Pflichten aus § 14 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. Abs. 3 Satz 2 BNotO, wenn er eine Amtshandlung vornimmt, durch die unmittelbar oder mittelbar wirtschaftliche Vorteile für bei ihm beschäftigtes Personal (im Sinne von § 14 Abs. 4 Satz 2 BNotO) begründet werden.**

#### SACHVERHALT:

1 I. Der als Rechtsanwalt zugelassene Kläger ist seit 1982 Notar mit Amtssitz in O. Er ist disziplinarrechtlich bereits mehrfach in Erscheinung getreten und für Dienstvergehen, denen unterschiedliche Amtspflichtverletzungen zugrunde lagen, mit Geldbußen sanktioniert worden.

2 Durch Disziplinarverfügung hatte die Präsidentin des LG Bückeburg gegen den Kläger wegen eines einheitlichen Dienstvergehens aufgrund mehrfacher schuldhafter Verletzungen seiner Amtspflichten aus § 14 Abs. 3 Satz 2, § 28 BNotO eine Geldbuße in Höhe von 5.000 € verhängt. Im Rahmen des Widerspruchsverfahrens hat der Beklagte mit eigener Verfügung die vorgenannte Disziplinarverfügung aufgehoben und stattdessen wegen der Amtspflichtverletzungen eine Geldbuße in Höhe von 8.500 € festgesetzt. Der Widerspruch des Klägers gegen diese Disziplinarverfügung des Beklagten ist ohne Erfolg geblieben. Das OLG hat auf die dagegen gerichtete Klage die Disziplinarverfügung des Beklagten in der Gestalt von dessen Widerspruchsbescheid bei Klageabweisung im Übrigen in der Höhe abgeändert und eine Geldbuße in Höhe von 5.000 € verhängt. Dem einheitlichen Dienstvergehen liegen nach Auffassung des Beklagten und des OLG Amtspflichtverletzungen bei insgesamt 54 im Zeitraum zwischen 2011 und 2014 beurkundeten Testamentsvollstreckungen zugrunde. Der Kläger hatte bei diesen Beurkundungen jeweils die A UG als Testamentsvollstreckerin eingesetzt. Geschäftsführerin der A UG war im genannten Zeitraum die Büroleiterin der Partnerschaftsgesellschaft, der der Kläger als Rechtsanwalt und Partner angehört.

#### AUS DEN GRÜNDEN

3 II. Der Antrag ist unbegründet. Ein Grund für die Zulassung der Berufung gemäß § 105 BNotO, § 64 Abs. 2 Satz 2 BDG i. V. m. § 124a Abs. 5 Satz 2, § 124 Abs. 2 VwGO ist nicht gegeben.  
(...)

22 2. Auch die Voraussetzungen des Zulassungsgrundes aus § 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO sind nicht gegeben. Ernstliche Zweifel (zum Maßstab Senat, Beschluss vom 23.11.2015, NotSt(Brgf) 5/15, DNotZ 2016, 311, 312 m. w. N.) an der Richtigkeit des angefochtenen Urteils bestehen nicht. Selbst wenn Zweifel an der Richtigkeit einzelner Rechtssätze oder tatsächlicher Feststellungen bestehen, füllen sie den Zulassungsgrund erst dann aus, wenn sie sich auch auf die Richtigkeit des Ergebnisses auswirken (Senat, a. a. O. m. w. N. sowie BVerwG, Beschluss vom 10.3.2004, 7 AV 4/03, NVwZ-RR 2004, 542 f.). Bei Anlegung dieses Maßstabs für den Zulassungsgrund bestehen keine sich auf die Richtigkeit des Ergebnisses auswirkenden Zweifel an dem angefochtenen Urteil.

23 a) Das einheitliche Dienstvergehen (§ 95 BNotO) ist aus den vom OLG genannten Gründen nicht verjährt.

24 b) Dieses hat im Ergebnis zutreffend die Vornahme von Beurkundungen, in denen als Testamentsvollstreckerin die A UG eingesetzt worden war, als Verstöße gegen die Pflicht des Klägers bewertet, sein Notaramt unabhängig und unparteiisch auszuüben (§ 14 Abs. 1 Satz 2 BNotO) sowie bei der Amtsführung jeglichen Anschein mangelnder Unabhängigkeit und Unparteilichkeit zu vermeiden (§ 14 Abs. 3 Satz 2 BNotO) und zudem geeignete Vorkehrungen zu deren Wahrung zu treffen (§ 28 BNotO). Das Vorliegen von Pflichtverletzungen gilt auch für die vier Beurkundungen, in denen auf die Geschäftsführerstellung der Büroleiterin in der Urkunde hingewiesen ist. Es bedarf keiner Entscheidung, ob – wie das OLG angenommen hat – Verstöße gegen das Anscheinsverbot des § 14 Abs. 3 Satz 2 BNotO, ggf. in Verbindung mit der Pflicht aus § 28 BNotO, sich als eigenständige Amtspflichtverletzungen erweisen können (zweifelnd Eylmann/Vaasen/Frenz, BNotO, 4. Aufl., § 14 Rdnr. 16; siehe aber BT-Drucks. 13/4184, S. 24 linke Spalte „Amtspflicht“). Denn der Kläger hat jedenfalls gegen seine Pflicht zur unabhängigen und unparteilichen Amtsführung verstoßen, wobei bei der Bestimmung der konkreten Pflichtverstöße das Anscheinsverbot aus § 14 Abs. 3 Satz 2 BNotO und dessen Ausfüllung durch Ziffer VIII. 1. der Richtlinien der Notarkammer Celle zu berücksichtigen sind (zur Bedeutung der Richtlinien für die Amtspflicht § 14 Abs. 3 Satz 2 BNotO siehe BT-Drucks 14/4184, S. 24 linke Spalte).

25 aa) § 14 Abs. 1 Satz 2 BNotO legt dem Notar als Träger eines öffentlichen Amtes (§ 1 BNotO) die Pflicht auf, seine Aufgaben als unabhängiger und unparteilicher Betreuer der Beteiligten wahrzunehmen. Die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit sind die wichtigsten Prinzipien des notariellen Berufsrechts und rechtfertigen überhaupt erst das Vertrauen, das dem Notar entgegengebracht wird; sie bilden mithin das Fundament des Notarberufs (Senat, Beschlüsse vom 22.3.2004, NotZ 26/03, BGHZ 158, 310, 316 f. und vom 23.11.2015, NotSt(Brgf) 5/15, DNotZ 2016, 311, 315; siehe auch BVerfG, Beschluss vom 9.4.2015, 1 BvR 574/14, NJW 2015, 2642, 2645). Das gilt sowohl für die Ausübung des Amtes als Notar als auch für die als Anwaltsnotar (vgl. Senat, Beschluss vom 5.12.1988, NotZ 6/88, BGHZ 106, 212, 218). Zur Sicherung der Unabhängigkeit und der Unparteilichkeit enthält das notarielle Berufsrecht neben der grundlegenden Statuierung in § 14 Abs. 1 Satz 2 BNotO eine Vielzahl von Einzelregelungen (etwa § 9 Abs. 1 Satz 1, § 14 Abs. 4 Satz 1 BNotO), aus denen

sich das Bestreben des Gesetzgebers ableiten lässt, die Unabhängigkeit des Notaramts soweit wie irgend möglich zu sichern und jeder Beeinflussung der Unparteilichkeit durch wirtschaftliche Interessen entgegenwirken zu wollen (Senat, Beschluss vom 5.12.1988, NotZ 6/88, BGHZ 106, 212, 217 f.; siehe auch BVerfG, Beschluss vom 23.9.2002, 1 BvR 1717/00 u. a., DNotZ 2003, 65, 66 sowie Arndt/ Lerch/Sandkühler/Sandkühler, BNotO, 8. Aufl., § 14 Rdnr. 45 und 77). Wegen der fundamentalen Bedeutung der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit für das Notaramt verpflichtet § 14 Abs. 3 Satz 2 BNotO den Notar zudem dazu, jedes Verhalten zu vermeiden, das auch nur den Anschein des Verstoßes gegen die ihm gesetzlich auferlegten Pflichten erzeugt, insbesondere den Anschein der Abhängigkeit und der Parteilichkeit (Senat, Beschlüsse vom 26.11.2012, NotSt(Brfg) 2/12, DNotZ 2013, 310, 313 und vom 23.11.2015, NotSt(Brfg) 5/15, DNotZ 2016, 311, 315).

**26** (1) Zur Sicherung der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Notars sieht das notarielle Berufsrecht – wie vorstehend skizziert – verschiedene, nach Art und Wirkung abgestufte Beschränkungen notarieller Tätigkeit vor (vgl. näher *Mihm*, DNotZ 1999, 8 ff.). Dazu gehören neben den Ausschlussgründen aus §§ 6, 7 BeurkG auch die Mitwirkungsverbote gemäß § 3 Abs. 1 BeurkG sowie die Ablehnungs- bzw. Selbstablehnungsrechte nach § 3 Abs. 2 und 3 BeurkG sowie § 16 Abs. 2 BNotO. Im Hinblick auf Gefahren für die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit, die von wirtschaftlichen Eigeninteressen des Notars im Zusammenhang mit der Ausübung des Amtes ausgehen, sind dem Notar zudem in § 14 Abs. 4 BNotO Tätigkeitsverbote auferlegt. Das Vermittlungsverbot aus § 14 Abs. 4 Satz 1 BNotO soll verhindern, dass der Notar an dem Zustandekommen eines Geschäfts, das er in amtlicher Funktion unabhängig und unparteilich zu führen hat, ein eigenes persönliches oder wirtschaftliches Interesse hat (Senat, Beschluss vom 31.7.2000, NotZ 13/00, ZNotP 2000, 437, 439; BGH, Urteil vom 22.2.2001, IX ZR 357/99, BGHZ 147, 39, 41; vgl. auch Arndt/ Lerch/Sandkühler/Sandkühler, a. a. O., § 14 Rdnr. 311; Schippel/Bracker/Kanzleiter, BNotO, 9. Aufl., § 14 Rdnr. 62). Durch das Vermittlungsverbot soll bereits die abstrakte Gefahr, dass der Anschein der Parteilichkeit entstehen könnte, vermieden werden (BGH, jeweils a. a. O.). Wegen des bei möglichen wirtschaftlichen Eigeninteressen besonders nahe liegenden Anscheins fehlender Unabhängigkeit und Parteilichkeit gibt § 14 Abs. 4 Satz 2 BNotO dem Notar zudem auf, Sorge dafür zu tragen, dass sich bei ihm beschäftigte Personen ebenfalls nicht mit dem Verbot aus Satz 1 unterfallenden Geschäften befassen. Zu dem Kreis der bei dem Notar „beschäftigten Personen“ gehören im Fall des Anwaltsnotariats auch diejenigen Beschäftigten, die ausschließlich für den anwaltlichen Bereich eingesetzt werden (vgl. Arndt/ Lerch/Sandkühler/Sandkühler, a. a. O., § 14 Rdnr. 329).

**27** (2) Insbesondere aus der letztgenannten Regelung lässt sich ableiten, dass der Gesetzgeber Gefahren für die Wahrung der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit notarieller Amtsführung nicht ausschließlich im Verhalten des Notars selbst, sondern auch in Tätigkeiten seines Personals sowie darauf bezogenen Verhaltens des Notars sieht. Diese Gefahr ist ausweislich der hinter § 14 Abs. 4 Satz 2 BNotO stehenden Wertung bei generalisierender Betrachtung dann besonders groß, wenn im

Zusammenhang mit der Amtstätigkeit wirtschaftliche Interessen des Notars und seiner Beschäftigten betroffen sind. Die hier maßgeblichen Richtlinien der Notarkammer Celle berücksichtigen diese Gefahren durch die in Ziffer VIII. 1. getroffene Anordnung, die dem Notar aufgibt, die Beziehungen zu seinen Mitarbeitern so zu gestalten, dass seine Unabhängigkeit und Unparteilichkeit nicht gefährdet werden.

**28** (3) Solche Gefährdungen aufgrund wirtschaftlicher Eigeninteressen bei der Ausübung des Notaramts bestehen jedoch nicht ausschließlich in solchen Konstellationen, hinsichtlich derer spezifische Tätigkeitsbeschränkungen des Notars oder – mittelbar – seiner Beschäftigten gesetzlich verankert sind. Vielmehr können sich erhebliche Gefahren für die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Notars auch aus anderen, nicht durch gesonderte Tätigkeitsbeschränkungen erfassten Gründen ergeben. So kann es sich etwa bei der wirtschaftlichen Macht eines immer wieder die Tätigkeit eines Notars in Anspruch nehmenden Mandanten (Konstellation des sog. „Hausnotars“) verhalten (vgl. dazu BVerfG, Beschluss vom 23.9.2003, 1 BvR 1717/00, DNotZ 2003, 65, 68 m. w. N.; siehe auch Arndt/ Lerch/Sandkühler/Sandkühler, a. a. O., § 14 Rdnr. 50). Aus dem Vorhandensein spezifischer, jeweils der Sicherung der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit notarieller Tätigkeit dienender gesetzlicher Regelungen in Gestalt von Tätigkeitsbeschränkungen kann daher nicht rückgeschlossen werden, von solchen ausdrücklichen Beschränkungen nicht erfasste Verhaltensweisen bei der Ausübung der notariellen Amtstätigkeit seien mit der allgemeinen Pflicht zu unabhängiger und unparteilicher Amtsführung von vornherein vereinbar. Der Gesetzgeber hat durch die Statuierung des Anscheinsverbots in § 14 Abs. 3 Satz 2 BNotO dem Notar auch außerhalb von spezifischen Tätigkeitsverboten und -beschränkungen auferlegt, jegliches Verhalten zu vermeiden, durch das der Anschein der Abhängigkeit oder der Parteilichkeit entstehen könnte. Bei der Frage, ob aus der maßgeblichen Sicht des objektiven, mit den konkreten Gegebenheiten vertrauten Beobachters (Arndt/ Lerch/Sandkühler/Sandkühler, a. a. O., § 14 Rdnr. 49) ein solcher Anschein entstehen kann, sind allerdings die in die gesetzlichen Tätigkeitsverbote und -beschränkungen eingeflossenen gesetzgeberischen Wertungen über die mit der fraglichen Tätigkeit generell verbundenen Gefahren für die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Notars zu berücksichtigen (vgl. BVerfG, Beschluss vom 23.9.2003, 1 BvR 1717/00, DNotZ 2003, 65, 67 bzgl. der Entscheidung des Gesetzgebers, die Mitgliedschaft eines Notars in einem Aufsichtsrat nicht in das Beurkundungsverbot aus § 3 Abs. 1 Nr. 6 BeurkG aufzunehmen). Darüber hinaus fließen in die aus dem Anscheinsverbot folgenden Verhaltensanforderungen Konkretisierungen durch die jeweiligen Richtlinien der Notarkammern ein. Wie das OLG zutreffend angenommen hat, kommt vorliegend Ziffer VIII. 1. der Richtlinien der Notarkammer Celle solche konkretisierende Bedeutung zu. Danach ist der Notar gehalten, die Beziehungen zu seinen Mitarbeitern so zu gestalten, dass seine Unabhängigkeit und Unparteilichkeit nicht gefährdet wird.

**29** bb) Nach Maßgabe des vorstehend Ausgeführten hat das OLG im Ergebnis zu Recht jeweils in der Einsetzung der A UG als Testamentsvollstreckerin Verstöße gegen den Kläger treffenden Amtspflichten gesehen. Durch die Bestimmung des

Unternehmens als Testamentsvollstreckerin ist diesem schon wegen des damit verbundenen Vergütungsanspruchs (§ 2221 BGB) unmittelbar ein nicht unerheblicher wirtschaftlicher Vorteil entstanden. Zugleich ist dadurch jeweils die Büroleiterin der Rechtsanwaltsgesellschaft, der der Kläger als Partner angehört, als im hier fraglichen Zeitraum vertretungsberechtigte Geschäftsführerin der A UG wenigstens mittelbar durch die Vornahme der Beurkundungen wirtschaftlich bevorteilt worden. Wie sich aus der hinter § 14 Abs. 4 Satz 2 BNotO stehenden Wertung ergibt, stellen eigene wirtschaftliche Interessen von bei dem Notar beschäftigtem Personal an dessen Amtstätigkeit eine erhebliche Gefahrenquelle für die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Notars dar. Dass sich die Regelung unmittelbar lediglich auf Vermittlungsgeschäfte bezieht, ändert daran nichts. Das Verbot der Durchführung solcher Geschäfte greift wegen des damit durchgängig verbundenen Anscheins fehlender Unabhängigkeit und Unparteilichkeit in Folge eigener Interessen, etwa solchen am Erhalt einer Provision, auch dann ein, wenn das Vermittlungsgeschäft nicht im Zusammenhang mit einer Amtshandlung des Notars steht. Derselbe Anschein entsteht aber auch bei der Ausübung von Amtstätigkeit, die außerhalb des Gebührenanspruchs mit wirtschaftlichen Vorteilen für den Notar oder bei ihm beschäftigtes Personal verbunden ist. Für den objektiven Beobachter entsteht gerade wegen des wirtschaftlichen Vorteils regelmäßig der Eindruck, die Vornahme der konkreten Amtshandlung sei durch die ökonomischen Eigeninteressen des Notars oder seines Personals geprägt. Ein Notar verstößt daher grundsätzlich gegen seine Pflichten aus § 14 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. Abs. 3 Satz 2 BNotO, wenn er eine Amtshandlung vornimmt, durch die unmittelbar oder mittelbar wirtschaftliche Vorteile für bei ihm beschäftigtes Personal begründet werden.

**30 cc)** Aus dem Tätigkeitsverbot aus § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 BeurkG folgt nichts Gegenteiliges. Die Vorschrift normiert ein Mitwirkungsverbot des Notars hinsichtlich solcher Amtsgeschäfte, an denen Angehörige des erfassten Personenkreises (dazu Eylmann/Vaasen/Miermeister/de Buhr, a. a. O., BeurkG § 3 Rdnr. 33) beteiligt sind. Das der Sicherstellung der Unparteilichkeit des Notars dienende Verbot knüpft im Grundsatz (zu engen Ausnahmen *Winkler*, a. a. O., § 3 Rdnr. 79) ausschließlich an die Person des Beteiligten, nicht aber an Inhalt und Gegenstand des beurkundeten Geschäfts an. Die hier fragliche Verletzung der Amtspflichten resultiert aber nicht aus der (mittelbaren) Beteiligung der ohnehin nicht in den personalen Anwendungsbereich von § 3 Abs. 1 Nr. 4 BeurkG fallenden Büroleiterin der Rechtsanwaltsgesellschaft des Klägers, sondern aus dem Inhalt der vorgenommenen Beurkundungen. Wird Beschäftigten mittelbar oder unmittelbar durch die Beurkundung ein wirtschaftlicher Vorteil eingeräumt, kommt dies wegen der mit einem solchen Vorgang verbundenen erheblichen Gefährdung des Vertrauens in die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Notars nicht in Betracht. Die hier vorliegende Konstellation der Gewährung von wirtschaftlichen Vorteilen zugunsten von Beschäftigten durch die Beurkundung ist nicht Gegenstand der vom Kläger für sich in Anspruch genommenen Beiträge von *Winkler* (a. a. O., § 3 Rdnr. 79 sowie *ders.*, FS Geimer, 2002, S. 1509, 1510). Daher liegt auch bei den vier verfahrensgegenständlichen Beurkundungen, bei denen in der jeweiligen Urkunde auf das Beschäftigungsverhält-

nis hingewiesen worden ist eine Verletzung der Amtspflicht zu unabhängiger und unparteilicher Amtsführung vor.

**31** Der Senat weist darauf hin, dass nach den vom OLG getroffenen Feststellungen im Hinblick auf die gemeinsame Nutzung von Räumlichkeiten mit der als Testamentsvollstreckerin eingesetzten A UG ein Beurkundungsverbot aus § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 BeurkG in Betracht kommt (dazu näher *Winkler*, a. a. O., § 3 Rdnr. 76 m. w. N.). Darüber ist aber im vorliegenden Nichtzulassungsverfahren nicht zu entscheiden.

**32 dd)** Ebenso wenig stehen §§ 7, 27 BeurkG der Annahme einer Amtspflichtverletzung durch die Einsetzung von bei dem Notar oder der Anwaltskanzlei, der der Anwaltsnotar angehört, beschäftigtem Personal entgegen. Zwar soll die Beurkundung, durch die ein Sozius des Notars zum Testamentsvollstrecker ernannt wird, nicht gegen die genannten Vorschriften verstoßen, die Ernennung daher nicht unwirksam sein (BGH, Beschluss vom 18.12.1996, IV ZB 9/96, DNotZ 1997, 466 f.). Jedoch verstößt der Notar bei der Vornahme einer solchen Beurkundung gegen das Mitwirkungsverbot aus § 3 Abs. 1 Nr. 4 BeurkG. Das begründet zwar nicht die Unwirksamkeit der Einsetzung, stellt sich aber als Amtspflichtverletzung dar. Aus den vorstehend dargelegten Gründen liegt eine solche auch bei Einsetzung von Beschäftigten des Notars vor.

**33 ee)** Ob in dem festgestellten Verhalten des Klägers auch ein Verstoß gegen die Amtspflicht aus § 17 Abs. 1 Satz 4 Alt. 1 BNotO, dem Verbot der Vorteilsgewährung im Zusammenhang mit einem Amtsgeschäft liegt, kann im Rahmen dieses Nichtzulassungsverfahrens nicht geprüft werden, weil eine solche mögliche Pflichtverletzung weder von der Dienstaufsicht noch vom Gericht erster Instanz zum Gegenstand des Disziplinarverfahrens gemacht worden war.

**34 c)** Gegen die Richtigkeit des Urteils bestehen auch keine rechtlichen Zweifel im Hinblick auf die Beurteilung der Anwendung von § 35 Abs. 3 Satz 1 BDG seitens des Beklagten in Gestalt seiner Disziplinarverfügung. Der Beklagte war durch § 35 Abs. 3 Satz 1 BDG berechtigt, die Disziplinarverfügung der Präsidentin des LG Bückeberg aufzuheben und eine eigene Verfügung mit einer höheren Geldbuße zu erlassen. (...) Die eigene Disziplinarverfügung ist (...) innerhalb der dreimonatigen Frist aus § 35 Abs. 3 Satz 3 BDG ergangen. Vor dem Ergehen seiner Verfügung hat der Beklagte die Aufhebung der Verfügung der Präsidentin des LG und die geplante Verschärfung der Sanktion angekündigt sowie dem Kläger eine Frist zur Stellungnahme eingeräumt. Das schließt die vom Kläger im Zulassungsverfahren beanstandete Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör aus.

**35** Die Inanspruchnahme des Rechts aus § 35 Abs. 3 Satz 1 BDG war dem Beklagten nicht versagt. Durch die in Ziffer 2 der Verfügung des Beklagten ausgedrückte Entscheidung, von dem Recht aus § 35 Abs. 3 BDG keinen Gebrauch zu machen, ist kein Verlust des genannten Rechts eingetreten. Ein berechtigtes Vertrauen des Klägers auf ein Ausbleiben der Änderung der Disziplinarverfügung der Präsidentin des LG seitens des Beklagten ist dadurch schon deshalb nicht eingetreten, weil es sich bei der fraglichen Verfügung um einen rein verwaltungsinternen Vorgang handelt, der zudem dem Kläger

vor dem Ankündigungsschreiben und der nachfolgenden Disziplinarverfügung nicht bekannt geworden ist. Eine Selbstbindung der Verwaltung (zu den Voraussetzungen Stelkens/Bonk/Sachs/Sachs, VwVfG, 8. Aufl., § 40 Rdnr. 105-122) konnte ebenfalls nicht begründet werden. Angesichts dessen kann offenbleiben, ob der Beklagte, wie das OLG meint, verpflichtet war, in der Begründung seiner Disziplinarverfügung darzulegen, warum er, anders als zunächst in den Akten vermerkt, von seinem Recht auf Verböserung Gebrauch gemacht hat. Denn das OLG hat den nach seiner Auffassung darin liegenden Ermessensfehler zum Anlass genommen, die Geldbuße auf die Höhe zu begrenzen, die bereits in der aufgehobenen Ausgangsverfügung der Präsidentin des LG festgesetzt worden war. Dadurch ist der Kläger ersichtlich nicht nachteilig betroffen. Da die Voraussetzungen aus § 35 Abs. 3 BDG – wie ausgeführt – vorlagen, war eine weitergehende Rechtsfolge nicht veranlasst.

**36 d)** Das OLG hat zudem zutreffend einen fahrlässig begangenen und damit schuldhaften Verstoß gegen die Pflichten aus § 14 Abs. 1 Satz 2, Abs. 3 Satz 2, § 28 BNotO bejaht. Aufgrund der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu der fundamentalen Bedeutung der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Notars bei der Ausübung seines Amtes war für den Kläger erkennbar, dass die wirtschaftliche Begünstigung von Beschäftigten durch die Vornahme von Beurkundungen mit den genannten Amtspflichten nicht in Einklang zu bringen war. Die vom Kläger für sich in Anspruch genommene, § 3 Abs. 1 Nr. 4 BeurkG betreffende Auffassung, das dortige Mitwirkungsverbot werde nicht verletzt, wenn der Notar auf die maßgeblichen Umstände hinweise und darüber einen Vermerk in die Urkunde aufnehme (*Winkler*, a. a. O., § 3 Rdnr. 79 und *ders.*, FS Geimer, S. 1509, 1510), führt zu keinem anderen Ergebnis. Wie bereits ausgeführt, knüpft das Mitwirkungsverbot an die Person der Beteiligten und nicht an den Inhalt der Urkunde an. Gerade auf Letztgenanntem beruhen die hier fraglichen Pflichtverletzungen. Im Übrigen hätte der Kläger bei 50 der verfahrensgegenständlichen Beurkundungen das vom ihm selbst als erforderlich erachtete Vorgehen nicht eingehalten, weil es jeweils an Vermerken über einen Hinweis auf die Beschäftigung der Geschäftsführerin der A UG als Büroleiterin der Rechtsanwaltsgesellschaft des Klägers fehlt.

**37 e)** Im Hinblick auf die Auswahl und die Bemessung der für das einheitliche Dienstvergehen (§ 95 BNotO) verhängten Geldbuße (§ 97 Abs. 1 Satz 1 BNotO) bestehen gleichfalls keine Zweifel an der Richtigkeit des angefochtenen Urteils. Das OLG hat eine umfassende Würdigung der für die Höhe der zu verhängenden Geldbuße maßgeblichen Umstände angestellt und dabei u. a. auch den langen zeitlichen Abstand zwischen der Begehung eines Teils der Amtspflichtverletzungen sowie der disziplinarischen Ahndung berücksichtigt. Eine weitere Milderung aufgrund der Dauer des Disziplinarverfahrens war aus den vom OLG genannten Gründen nicht veranlasst.

(...)

## ANMERKUNG:<sup>1</sup>

Von Notar a. D. Dr. **Florian Meininghaus**, München

Der vom BGH zu entscheidende Disziplinarfall ist rasch zusammengefasst: Der belangte Notar ist Anwaltsnotar in einer Partnerschaftsgesellschaft. In einem Zeitraum von vier Jahren beurkundete der Notar 54 letztwillige Verfügungen, in deren Rahmen Testamentsvollstreckung angeordnet wurde. Als Testamentsvollstrecker wurde eine UG (haftungsbeschränkt) eingesetzt, deren Geschäftsführerin die Büroleiterin des Notars war. In vier Urkunden wurde die Geschäftsführerin der UG als Büroleiterin bezeichnet. In einem Fall wurde die Bestimmung einer Testamentsvollstreckung auf Wunsch der Beteiligten aufgehoben.<sup>2</sup> Weitere Sachverhaltsdetails sind nicht bekannt. Bei lebensnaher Betrachtung erscheint vorstellbar, dass der Notar oder der befasste Sachbearbeiter den Beteiligten die UG als Testamentsvollstreckerin nahegelegt hat. Dabei wurde die Büroleiterin offenbar an der Notarstelle für die UG tätig, da der BGH annimmt, dass die Geschäftsräume gemeinsam von der UG und dem Notar genutzt wurden.<sup>3</sup>

Das notarielle Berufsrecht kennt ein abgestuftes System der Tätigkeitsbeschränkungen.<sup>4</sup> Beurkundet der Notar seine eigene Willenserklärung oder die Willenserklärung von nahen Angehörigen, ist die Beurkundung unwirksam (§ 6 BeurkG). Wird der Notar oder ein naher Angehöriger durch eine Beurkundung begünstigt, ist das Rechtsgeschäft jedenfalls teilweise unwirksam (§ 7 BeurkG). Umfassender als die absoluten Beurkundungsverbote der §§ 6, 7 BeurkG sind die Mitwirkungsverbote des § 3 Abs. 1 BeurkG. Nach Auffassung des BGH wäre wegen der Nutzung gemeinsamer Räume ein Verstoß gegen § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 BeurkG in Betracht gekommen; die Frage war aber nicht entscheidungserheblich. Ferner kennt § 3 Abs. 2 und 3 BeurkG ein Ablehnungsrecht des Beteiligten. Der Notar hat hier demnach die Beteiligten auf die das Ablehnungsrecht begründenden Umstände hinzuweisen und sich ausdrücklich zu erkundigen, ob die Beurkundung gleichwohl gewünscht ist. Abgerundet wird der Kanon durch ein Recht zur Selbstablehnung bei Befangenheit (§ 16 Abs. 2 BNotO).

Die konkret normierten Tätigkeitsbeschränkungen sind dabei Ausdruck des allgemeinen Grundsatzes der Unparteilichkeit des Notars. Gemäß § 14 Abs. 1 Satz 2 BNotO ist der Notar nicht Vertreter einer Partei, sondern unabhängiger und unparteiischer Betreuer der Beteiligten. Nach § 14 Abs. 3 Satz 2 BNotO muss der Notar bereits den Anschein rechtswidrigen, insbesondere parteiischen Verhaltens vermeiden. Das Anscheinsverbot mag in der Tat wenig „griffig“

<sup>1</sup> Der Beitrag gibt ausschließlich die persönliche Auffassung des Verfassers wieder.

<sup>2</sup> Vgl. die Vorinstanz OLG Celle, Urteil vom 16.3.2017, Not 11/16, BeckRS 2017, 140121, Rdnr. 6.

<sup>3</sup> Rdnr. 31 der Entscheidung.

<sup>4</sup> Vgl. *Winkler*, BeurkG, 18. Aufl. 2017, § 3 Rdnr. 6 ff.

sein,<sup>5</sup> erfüllt aber eine wichtige Funktion bei der Aufrechterhaltung des Vertrauens in die Person und Stellung des Notars.<sup>6</sup> Es soll schon kein Zweifel an der Stellung des Notars als unabhängigem und unparteiischem Betreuer aufkommen.

Die Streitgegenständlichen Beurkundungen hätten nicht vorgenommen werden dürfen. Auch ohne ausdrücklich normiertes Verbot spricht – vorsichtig ausgedrückt – viel dafür, dass ein durchschnittlicher Notar den Verstoß gegen das Anscheinsverbot hätte erkennen können. Die Büroleiterin des Notars betreibt an der Notarstelle mit der UG „ein zweites Standbein“.<sup>7</sup> Bereits mit jedem an Beteiligte übersandten Entwurf einer entsprechenden letztwilligen Verfügung besteht die Chance auf ein lukratives Geschäft, von dem auch die Mitarbeiterin – zumindest mittelbar – profitiert. Der Notar muss sich aber gerade darauf verlassen können, dass seine Mitarbeiter kein wirtschaftliches Eigeninteresse an der Amtstätigkeit des Notars verfolgen.<sup>8</sup> Für den entstandenen Anschein ist es dabei unerheblich, ob der Büroleiterin tatsächlich ein Vorteil entstanden ist, ihre Stellung als Mitarbeiterin des Notars in einigen Urkunden aufgedeckt wurde oder die Einsetzung der UG womöglich nur dann erfolgt ist, wenn die Beteiligten niemand anderes als Testamentsvollstrecker benennen konnten. All dies kann den Eindruck der Personenverquickung nicht beseitigen.

Der zweite Leitsatz ist vor dem Hintergrund des konkreten Falls einer gewerblichen Tätigkeit in großem Umfang zu sehen. Nicht jede Beurkundung, an der ein Beschäftigter des Notars mittelbar oder unmittelbar beteiligt ist, ist geeignet, den Anschein der Abhängigkeit oder Parteilichkeit zu erwecken. Gerade Rechtsgeschäfte aus der privaten Sphäre des Beschäftigten sind grundsätzlich nicht ausreichend, einen entsprechenden Eindruck zu erzeugen. Man denke etwa daran, dass die Eltern des Angestellten ihn in einer notariellen Vorsorgevollmacht zum Bevollmächtigten einsetzen oder ihn in einem Testament zum Erben bestimmen. Oder mit sofortigem, unmittelbarem Vorteil: Die Eltern überlassen unentgeltlich eine Immobilie. Bei anderer Betrachtung wäre selbst bei entgeltlichen Geschäften – Ankauf oder Verkauf einer Immobilie durch einen Beschäftigten – eine Beurkundung untersagt, da auch hier ein wirtschaftlicher Vorteil durch entsprechende vertragliche Ansprüche entsteht. Mag auch in besonders gelagerten Fällen in der Praxis Vorsicht geboten sein, liefere eine andere Betrachtung auf ein generelles Verbot der Mitwirkung als Notar hinaus. Weder dem Wortlaut der BNotO bzw. des BeurkG – die richtige Verortung wäre § 3 BeurkG – noch der Kommentarliteratur ist jedoch eine entsprechende Einschränkung zu entnehmen. Der Gesetzgeber hat die Beurkundung in den §§ 3, 6 und 7 BeurkG für bestimmte Sphären des Notars eingeschränkt. Im beruflichen Kreis ist die Beurkundung gemäß § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 BeurkG in Angelegenheiten einer

Person, mit der sich der Notar zur gemeinsamen Berufsausübung verbunden oder mit der er gemeinsame Geschäftsräume hat, unterbunden. § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 8 Alt. 2 BeurkG betrifft weiter die – zum vorliegenden Fall – gewissermaßen umgekehrte Konstellation, wenn der Notar sich in einem ständigen Dienst- oder ähnlichen ständigen Geschäftsverhältnis zu einem Dritten befindet (zum Beispiel der Anwaltsnotar, der zugleich Syndikus in einem Unternehmen ist). Zudem findet sich in § 26 Abs. 2 Nr. 1 BeurkG eine ausdrückliche Regelung betreffend Mitarbeiter des Notars, wonach die Zuziehung derselben als Zeugen bei der Beurkundung mit behinderten Beteiligten untersagt ist. Der Umstand, dass die bekannte und verbreitete Praxis der Beurkundung mit beim Notar beschäftigten Personen im Übrigen nicht im Gesetz berücksichtigt wurde, spricht für die grundsätzliche Zulässigkeit der Amtshandlung.<sup>9</sup> Der Gesetzgeber hatte die Praxis der Beurkundung mit Mitarbeitern zuletzt konkret vor Augen, als im Rahmen der Berufsrechtsnovelle 1998 der Wortlaut des § 17 Abs. 1 Satz 2 BNotO aus den Richtlinien der Bundesnotarkammer in die BNotO übernommen wurde.<sup>10</sup> § 17 Abs. 1 Satz 2 BNotO sieht die Befreiung von Notargebühren vor, wenn sie durch eine sittliche Pflicht oder durch eine auf den Anstand zu nehmende Rücksicht geboten ist. Die Formulierung, die erstmals im Merkblatt des Präsidenten des KG vom 1.12.1923 verwendet wird,<sup>11</sup> ist in ihrer ganzen Historie mit einem Erlass für Kollegen, Angestellte und ihnen nahestehende Personen verbunden. Mit der Integration in die BNotO hat der Gesetzgeber nicht nur den Gebührenerlass für Standesangehörige und Mitarbeiter gebilligt; er hat auch die jeweils zugrunde liegenden Beurkundungen von Geschäften eigener Mitarbeiter bewusst akzeptiert.

9 Dies ausdrücklich bejahend Eylmann/Vaasen/Miermeister/de Buhr, BNotO/BeurkG, 4. Aufl. 2016, § 3 BeurkG Rdnr. 33.

10 Begründung des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung, BT-Drucks. 13/4184, S. 25; Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 13/11034, S. 9.

11 Abgedruckt bei Oberneck, Das Notariatsrecht, 10. Auflage 1929, S. 557.

5 Bohrer, Berufsrecht der Notare, 1991, Rdnr. 101, bezeichnet das Anscheinsverbot als „konturlos“.

6 Diehn/Seeger, BNotO, 1. Aufl. 2015, § 14 Rdnr. 39.

7 Nicht erkennbar ist, ob die Büroleiterin auch Gesellschafterin der UG ist.

8 Schippel/Bracker/Görk, BNotO, 9. Aufl. 2011, VIII RL Rdnr. 5.

## KOSTENRECHT

### 25. Bewertung einer Gesellschaftervereinbarung, insbesondere von Exit-Regelungen

LG München I, Beschluss vom 1.8.2018, 13 OH 8794/17

GNotKG §§ 36, 51 Abs. 1 und 3, §§ 97, 109, 127

#### LEITSÄTZE:

- 1. Die Verpflichtung zur Kapitalerhöhung in einem Beteiligungsvertrag und die in einer Gesellschaftervereinbarung getroffenen Vereinbarungen wie Exit-Vereinbarungen in Form von wechselseitigen An- und Vorkaufsrechten, Mitveräußerungsrechten und Mitveräußerungsverpflichtungen, Übertragungspflichten sowie Vereinbarungen über Liquidationspräferenzen und zum Verwässerungsschutz sind gegenstandsverschiedene Erklärungen, da ein Abhängigkeitsverhältnis gemäß § 109 Abs. 1 GNotKG zur Kapitalerhöhungspflicht nicht vorliegt. Derselbe Beurkundungsgegenstand liegt schon deshalb nicht vor, weil durch die Gesellschaftervereinbarung nicht nur der durch Kapitalerhöhung neu zu schaffende Geschäftsanteil betroffen ist, sondern alle Geschäftsanteile, auch diejenigen der Altgesellschafter. (Leitsatz der Schriftleitung)**
- 2. Die Einräumung von mehreren gegenseitigen Erwerbsrechten durch mehrere Gesellschafter stellt in sich ein Austauschverhältnis nach § 97 Abs. 3 GNotKG dar. Der Geschäftswert bestimmt sich nach der höherwertigen Austauschleistung. Bei der Einräumung von mehreren Erwerbsrechten ist das Austauschverhältnis dadurch berücksichtigt, dass vom Gesamtwert aller Geschäftsanteile der geringste Anteil nicht berücksichtigt wird. (Leitsatz der Schriftleitung)**
- 3. Die Tatsache, dass Mitveräußerungsverpflichtungen erst bei Erreichen bestimmter wirtschaftlicher Ziele in Kraft treten, führt zu keinem höheren Geschäftswert als Bemessungsgrundlage für die Optionen. Der Geschäftswert richtet sich nicht nach der wirtschaftlichen Zielsetzung, sondern es sind die einzelnen beurkundeten Erklärungen zu bewerten. (Leitsatz der Schriftleitung)**

#### SACHVERHALT:

**1** Der Kostenschuldner hat die Kostenrechnung des Notars im Hinblick auf die Bewertung der Regelungen in Anlage 8.1 zum Beteiligungsvertrag (Gesellschaftervereinbarung betreffend X GmbH) mit der Begründung beanstandet, für die dortigen Regelungen dürfe kein gesonderter Geschäftswert angesetzt werden. Der Notar stellte daraufhin Antrag auf gerichtliche Entscheidung nach § 127 GNotKG. Die Gesellschaftervereinbarung (Anlage 8.1 zum Beteiligungsvertrag) enthält u. a. sogenannte Exit-Vereinbarungen in Form von wechselseitigen An- und Vorkaufsrechten, Mitveräußerungsrechten und Mitveräußerungsverpflichtungen, Übertragungspflichten sowie Vereinbarungen über Liquidationspräferenzen, zum Verwässerungsschutz und Wettbewerbsregelungen.

**2** Die Investoren haben für 24.020 Geschäftsanteile der Gesellschaft (= 49 % des Stammkapitals) Eigenkapital i. S. d. § 272 HGB in Höhe von 2 Mio. € (gezeichnetes Kapital in Höhe von 24.020 €, § 1.2 des Beteiligungsvertrags, und sonstige Zuzahlung in Höhe von 1.975.980 €, § 3.1 des Beteiligungsvertrags) zugeführt, somit pro Geschäftsanteil einen Betrag in Höhe von 83,26 € bezahlt. Nach Kapitalerhöhung existieren 49.020 Geschäftsanteile, sodass der Notar von einem Post-Money-Wert von 4.081.598 € ausgeht.

**3** Der Notar legt der Kostenrechnung für die Beurkundung einen Geschäftswert von insgesamt 13.465.375 € zugrunde. Für die Anlage 8.1 hat er einen Wert von 7.752.725 € angesetzt. Bei dem Geschäftswert der bedingten Veräußerungsverpflichtungen (§§ 10, 11 i. V. m. §§ 12, 13, 14) hält er für maßgeblich, dass nach § 12.2 (iii) die Altgesellschafter keiner Mitverkaufspflicht unterliegen, wenn die Gegenleistung für 100 % der Geschäftsanteile weniger als 12 Mio. € beträgt, wirtschaftlich betrachtet den Altgesellschaftern also in Erfüllung der Mitverkaufsverpflichtung weniger als 6.119.951 € zustehen (51 % des Stammkapitals). Neben dem Geschäftswert für die Mitverkaufsverpflichtung (§ 9.3 i. V. m. § 12) seien das Vorerwerbsrecht nicht veräußerungswilliger Gesellschafter (§ 11) und das Mitverkaufsrecht sämtlicher Altgesellschafter (§ 13) zu bewerten – diese Ansprüche bestünden selbstständig neben den Exit-Verpflichtungen, haben allerdings Nachrang im Falle eines Exits. Der Anspruch auf vorrangige Befriedigung der Investoren im Falle eines Exits (§ 14) sei mit rund 4 Mio. € zu bewerten. Mit den weiteren Bewertungsgegenständen ergebe sich ein Geschäftswert von ca. 22 Mio. €. Unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgebots hat der Notar den gebührenrechtlichen Wert der Anlage 8.1 aus deren wirtschaftlichen Ziel abgeleitet, einen Exit-Erlös zu generieren (§ 9.1), wobei er von dem in § 12.2 (iii) genannten Exit-Erlös ausgegangen ist und einen Sicherheitsabschlag von einem Drittel vorgenommen hat.

**4** Die Antragstellerin hält es nicht für zutreffend, einen reinen hypothetischen Exit-Erlös zur Berechnung des Geschäftswerts heranzuziehen. Die Auffassung, dass Altgesellschafter und Investoren mit einem Exit-Erlös in Höhe von 12 Mio. € einverstanden wären, entbehre jeder Grundlage. Es wurde in der Gesellschaftervereinbarung weder festgelegt, dass ein Exit erst ab 12 Mio. € möglich wäre, noch dass die Altgesellschafter mit diesem Erlös einverstanden wären. Vielmehr bestehe eine Mitverkaufsverpflichtung auch schon bei einer weit geringeren Gegenleistung, wenn die Gesellschafter mit einer Mehrheit von 75 % zustimmen oder eine der anderen Voraussetzungen der Abschnitte (i) bis (iv) vorliegt. Bereits bei der Post-Money-Bewertung von rund 4.000.000 € werde ein Erwartungswert zugrunde gelegt und nicht der tatsächliche Wert der Gesellschaft.

**5** Die Notarkasse gab eine Stellungnahme ab. Die Auffassung des Notars, dass die in Anlage 8.1 definierten wirtschaftlichen Ziele Bemessungsgrundlage für die Wertermittlung seien, wird nicht geteilt. Der Wert der neugeschaffenen Beteiligungen entspreche 83,26 € je 1 € Geschäftsanteil, was zu einem Wert aller Anteile der betroffenen GmbH mit 4.081.598,67 € führe. Mit dem vollen Wert aller Geschäftsanteile abzüglich des Wertes des geringsten Geschäftsanteils (3,06 %) seien alle Erwerbsrechte und Veräußerungsverpflichtungen (§§ 10 bis 14 der Anlage 8.1) berücksichtigt. Ein höherer Wert komme nicht in Betracht, weil letztendlich bezüglich eines Geschäftsanteils nur eine Option ausgeübt werden könne und somit hinsichtlich der mehreren Erwerbsrechte und Veräußerungsverpflichtungen Alternativvereinbarungen vorliegen, die bezogen auf diese Rechtseinräumungen denselben Beurkundungsgegenstand betreffen (Streifzug durch das GNotKG, 12. Auflage, RdNr. 1938 ff., 1945). Daraus ergibt sich folgender Geschäftswert für die Regelungen nach §§ 10 bis 14 der Anlage 8.1: Gesamtwert 4.081.598,67 € x 96,94 % = 3.956.701,75 €.

**6** Für die weiteren Gesellschaftervereinbarungen, die keinen bestimmten Gegenstand oder Geldwert zum Gegenstand haben, kann nach Auffassung der Notarkasse ein Wert nach billigem Ermessen gemäß § 36 Abs. 1 GNotKG herangezogen werden. Bemessungsgrundlage ist hier der vorstehend ermittelte Wert der betroffenen Anteile nach Durchführung der vereinbarten Kapitalerhöhung.



7 Der Notar gab eine weitere Stellungnahme ab. Er hält die Annahme kostenrechtlicher Alternativität hinsichtlich der Vorenverbrechte, Mitverkaufsrechte und Mitverkaufspflichten für unzutreffend. Es handle sich seiner Auffassung nach nicht um „denselben“ Bewertungsgegenstand. Die dritte Variante des Exits, der Börsengang (§ 9.1 (iii)) stelle wiederum einen eigenen Bewertungsgegenstand dar, der ebenfalls mit dem vollen Wert der Gesellschaft zu berechnen sei.

(...)

9 Bei Beteiligungsvereinbarungen der vorliegenden Art könne es nicht bei einer isolierten Betrachtung einzelner Bewertungsgegenstände bewenden, sondern müsse der Typus in seinem wirtschaftlichen Gehalt erfasst werden. Dass dabei künftige Umstände berücksichtigt werden, sei dem neuen Kostenrecht nicht fremd, vgl. § 102 Abs. 2 Satz 1 GNotKG.

10 Hilfsweise übe er hinsichtlich der weiteren Bewertungsgegenstände in § 1.3 (Recht an Finanzierungsrunden teilzunehmen), § 1.4 (Durchsetzung der Aufnahme weiterer Gesellschafter), § 2 (Verwässerung), § 3 (Mitarbeiterbeteiligung), §§ 4 und 6 (Vorsorge hinsichtlich der Geschäftsführung), § 5 (Beiratsbesetzung), § 15 (Wettbewerbs- und Abwerbverbot), § 16 (Geistiges Eigentum), sein Ermessen dahingehend aus, dass er 75 % des Gesamtwerts der Gesellschaft, also 3.061.199 € als Geschäftswert annehme. Der Umfang der Regelungsgegenstände, die Differenziertheit der Regelungen und die Laufzeit des Vertrages (bis 31.2.2030) würden es rechtfertigen, diesen Bewertungsgegenständen insgesamt einen Wert von drei Viertel des gegenwärtigen Gesellschaftswerts zuzumessen. Zudem handle es sich seiner Auffassung bei den in § 14 geregelten Liquidationspräferenzen (disquotale Erlösverteilung) nicht um „denselben“ Beurkundungsgegenstand wie die Exit-Regelungen. Insofern übe er sein Ermessen dahin gehend aus, dass für die vorgenannten Bewertungsgegenstände unter Einschluss des § 14 der volle Wert der Gesellschaft anzusetzen ist. Der Notar kommt danach zu einem Gesamtwert der Gesellschaftervereinbarung von 7.755.038,75 €.

(...)

## AUS DEN GRÜNDEN:

14 Der Kostenprüfungsantrag des Notars ist nach § 127 Abs. 1 GNotKG zulässig. Der Notar ist antragsberechtigt, nachdem der Kostenschuldner dem Notar gegenüber die Kostenberechnung im Hinblick auf die Bewertung der Anlage 8.1 (Gesellschaftervereinbarung betreffend X GmbH) beanstandet hat. Die Beanstandung gilt als ein Antrag des Kostenschuldners, sodass dieser als Antragsteller gilt (vgl. Hartmann, Kostengesetze, § 127 GNotKG Rdnr. 10). Gegenstand der Nachprüfung ist entsprechend der beschränkten Beanstandung der Kostenschuldnerin die Bewertung der Anlage 8.1 zum Beteiligungsvertrag (vgl. Korintenberg, GNotKG, 20. Aufl. 2017, § 127 Rdnr. 42a).

15 Verfahrensgegenständlich ist nach Korrektur der Berechnung durch den Antragsgegner die berichtigte Kostenrechnung. Einem Notar ist die Möglichkeit einzuräumen, auch im laufenden Verfahren eine korrigierte, den Formvorschriften entsprechende Kostenberechnung zu erstellen und nachzureichen (BGH, DNotZ 2009, 315). Die berichtigte Kostenrechnung ist dann Grundlage des weiteren Verfahrens.

16 Der Antrag ist teilweise begründet.

17 1. Die Verpflichtung zur Kapitalerhöhung im Beteiligungsvertrag einerseits und die in der Gesellschaftervereinbarung (Anlage 8.1 zum Beteiligungsvertrag) getroffenen Vereinbarungen wie Exit-Vereinbarungen in Form von wechselseitigen An- und Vorkaufsrechten, Mitveräußerungsrechten und Mitver-

äußerungsverpflichtungen, Übertragungspflichten sowie Vereinbarungen über Liquidationspräferenzen und zum Verwässerungsschutz sind gegenstandsverschiedene Erklärungen, da ein Abhängigkeitsverhältnis gemäß § 109 Abs. 1 GNotKG zur Kapitalerhöhungspflicht nicht vorliegt und unterschiedliche Regelungsinhalte vereinbart werden.

18 Bereits nach dem Wortlaut von § 109 Abs. 1 GNotKG liegt derselbe Beurkundungsgegenstand nur dann vor, wenn die Rechtsverhältnisse zueinander in einem Abhängigkeitsverhältnis stehen und das eine Rechtsverhältnis unmittelbar dem Zweck des anderen Rechtsverhältnisses dient. Nach § 109 Abs. 1 Satz 2 GNotKG liegt ein solches Abhängigkeitsverhältnis nur vor, wenn das andere Rechtsverhältnis der Erfüllung, Sicherung oder sonstigen Durchführung des einen Rechtsverhältnisses dient. Die Vorschrift ist nach Ansicht der Literatur eng auszulegen (siehe Korintenberg/Diehn, GNotKG, § 109 Rdnr. 8, 17; LK-GNotKG/Otto, 2. Aufl. 2016, § 109 Rdnr. 17 ff.; BeckOK-KostenR/Bachmayer, 22. Aufl., § 109 GNotKG Rdnr. 10 ff.). Diese Auffassung wurde zuletzt durch Beschluss des OLG Düsseldorf vom 27.4.2017 (ZNotP 2017, 309 = RNotZ 2017, 555) bestätigt. Es reicht daher nicht aus, wenn die weiteren Erklärungen auch in einem wirtschaftlichen oder rechtlichen Zusammenhang zu anderen Erklärungen stehen. Das OLG Frankfurt a. M. hat bereits mit Beschluss vom 3.2.2009, 20 W 320/02, BeckRS 2013, 06787 entschieden, dass sich der Geschäftswert für eine Vertrag, der u. a. die Beteiligung eines Investors an einer GmbH zum Gegenstand hat, nicht nach der wirtschaftlichen Zielsetzung richtet, sondern es sind die einzelnen beurkundeten Erklärungen zu bewerten. Übernimmt ein außenstehender Investor über die eigentliche Investitionsverpflichtung hinaus weitere Verpflichtungen, sind diese gesondert zu bewerten.

19 Der Beteiligungsvertrag schafft die Voraussetzungen, dass die Investoren aufgenommen werden. Die von der Wertermittlung beanstandete Gesellschaftervereinbarung nach Anlage 8.1 der Urkunde betrifft jedoch nicht Regelungen zur unmittelbaren Kapitalerhöhung, zur Darlehensgewährung oder sonstigen Aufnahme der Gesellschafter, sondern regelt das künftige Verhältnis der Gesellschafter, die eingegangenen Bindungen bezüglich ihrer Anteile und die Erwerbs- und Veräußerungsverpflichtungen. Die Gesellschaftervereinbarung dient damit nicht unmittelbar der Durchführung der Beteiligung und stellt deshalb einen verschiedenen Beurkundungsgegenstand nach § 86 Abs. 2 GNotKG dar (vgl. Streifzug durch das GNotKG, Rdnr. 1939, 1943). Die Rechtseinräumungen sind daher gesondert zu bewerten. Auch wenn die sog. Exit-Vereinbarungen an sich die „Sicherheitenstruktur“ dafür bieten, dass der Investor seine Investitionsleistung erbringt, kann der Auffassung, dass sie nicht einen zusätzlichen, sondern nur einen Gegenwert darstellen (vgl. Weitnauer, Handbuch Venture Capital, 5. Auflage, Teil F. Rdnr. 85), für die Notarkostenberechnung aufgrund der unterschiedlichen Regelungsinhalte und der Bewertungsvorschriften des GNotKG nicht gefolgt werden. Derselbe Beurkundungsgegenstand liegt schon deshalb nicht vor, weil nicht nur der durch Kapitalerhöhung neu zu schaffende Geschäftsanteil betroffen ist, sondern alle Geschäftsanteile, auch diejenigen der Altgesellschafter (vgl. Streifzug durch das GNotKG, Rdnr. 1939, 1943 ff., 1951; Diehn/Volpert, Praxis des Notarkostenrechts, 2. Aufl. 2018, Rdnr. 297 ff., 303 ff.).

**20** 2. Die Gesellschaftervereinbarung beinhaltet nach §§ 9 bis 14 die sog. Exit-Regelungen mit Erwerbsrechten und Veräußerungsverpflichtungen (§ 11 Vorerwerbsrecht, § 12 Mitveräußerungspflicht, § 13 Mitveräußerungsrecht und § 14 Liquidationspräferenzen).

**21** a) Die Einräumung von mehreren gegenseitigen Erwerbsrechten durch mehrere Gesellschafter stellt in sich ein Austauschverhältnis nach § 97 Abs. 3 GNotKG dar. Der Geschäftswert bestimmt sich nach der höherwertigen Austauschleistung. Bei der Einräumung von mehreren Erwerbsrechten ist das Austauschverhältnis dadurch berücksichtigt, dass vom Gesamtwert aller Geschäftsanteile der geringste Anteil nicht berücksichtigt wird (vgl. Streifzug durch das GNotKG, Rdnr. 1944). Ist Gegenstand der Rechtseinräumung ausschließlich ein Vorkaufsrecht, ist nach § 51 Abs. 1 Satz 2 GNotKG der halbe Wert aller betroffenen Anteile anzusetzen. Kommen zum Vorkaufsrecht – wie hier – weitere Optionen hinzu, wie Mitverkaufsrechte oder Mitverkaufsverpflichtungen, ist der volle Wert nach § 51 Abs. 1 Satz 1 GNotKG anzusetzen.

**22** b) Der Wert eines Geschäftsanteils an Kapitalgesellschaften bestimmt sich nach § 54 GNotKG, wenn keine Anhaltspunkte für einen höheren Wert bestehen. Bei einer operativen Gesellschaft ist vom bilanziellen Eigenkapital mit bestimmten Buchwertkorrekturen nach § 54 Satz 2 GNotKG nur auszugehen, wenn keine Anhaltspunkte für einen höheren Wert bestehen. Es handelt sich insofern um einen Mindestwert.

**23** c) Die oben genannten Exit-Vereinbarungen beziehen sich auf den Wert der Anteile nach Durchführung der Kapitalerhöhung. Die aufgrund der Kapitalerhöhung einzuzahlenden Beträge (neuer Geschäftsanteil und Kapitalrücklage) sind bei der Wertbestimmung zu berücksichtigen. Im Rahmen der Kapitalerhöhung und der Schaffung von 24.020 Geschäftsanteilen war eine Aufzahlung mit 1.975.980 € vereinbart worden. Der Wert der neugeschaffenen Beteiligungen entspricht damit 83,26 € je 1 € Geschäftsanteil. Damit liegen ausreichende Anhaltspunkte nach § 54 GNotKG zum Wert der Anteile vor, die von der Gesellschaftervereinbarung betroffen sind. Der Wert der Anteile der Altgesellschafter wird sich in der Regel durch Hochrechnung auf der Grundlage des neuen Anteils ermitteln lassen, da anzunehmen ist, dass entsprechendes Vermögen bereits vorhanden ist (vgl. Streifzug durch das GNotKG, Rdnr. 1938; *Diehn/Volpert*, Praxis des Notarkostenrechts, Rdnr. 313; *Schneider/Volpert/Fölsch/Heisel*, Gesamtes Kostenrecht, 2. Aufl. 2017, § 97 GNotKG, Rdnr. 36, 37 a. E.). Dies führt zum Wert aller Anteile der GmbH von 4.081.598,67 €. Von diesem Post-Money-Wert geht auch der Notar aus.

**24** d) Da es sich bei den Optionsvereinbarungen um vielfache Austauschverhältnisse handelt, hat die Literatur zur Vermeidung einer Mehrfachberücksichtigung des Wertes eines Anteils folgende Formel entwickelt: Wert aller Anteile abzüglich Anteil mit dem geringsten Wert (vgl. Streifzug durch das GNotKG, Rdnr. 1937, 1945; *Korintenberg/Tiedtke*, § 107 Rdnr. 70; *Diehn/Volpert*, Praxis des Notarkostenrechts, Rdnr. 312 m. w. N.; *Bormann/Diehn/Sommerfeldt*, GNotKG, § 107 Rdnr. 31). Dieser Auffassung schließt sich die Beschwerdekammer an. Mit dem vollen Wert aller Geschäftsanteile abzüglich des Wertes des geringsten Geschäftsanteils (3,06 %) sind alle Optionen in Form von Erwerbsrechten und

Veräußerungsverpflichtungen berücksichtigt. Ein höherer Wert kommt entgegen der Auffassung des Notars nicht in Betracht, weil letztendlich bezüglich eines Geschäftsanteils nur eine Option ausgeübt werden kann. Die Veräußerung oder der Erwerb eines Anteils erfolgt entweder durch das Vorerwerbsrecht oder das Ankaufsrecht oder die Mitverkaufsrechte oder die Mitverkaufsverpflichtungen. Somit liegen bei der Einräumung mehrfacher Optionen zugunsten der Berechtigten sog. Alternativvereinbarungen vor, die denselben Beurkundungsgegenstand betreffen (vgl. Streifzug durch das GNotKG, Rdnr. 1937). Dies führt zu einem Geschäftswert für die Regelungen nach §§ 9 bis 14 der Anlage 8.1 der Urkunde von 3.956.701,75 € (4.081.598,67 € x 96,94 %).

**25** e) Die Argumentation des Notars, das Vorerwerbsrecht (§ 11) und das Mitverkaufsrecht (§ 13) stünden in einem konsekutiven Verhältnis und die Mitveräußerungspflicht (§ 12) stehe weder in einem alternativen noch in einem konsekutiven Verhältnis, überzeugt nicht. Nur soweit die Vorerwerbsrechte nicht vollständig ausgeübt werden, kommt eine Veräußerung an den Dritterwerber und gegebenenfalls ein Mitveräußerungsrecht in Betracht (vgl. § 11.8 der Gesellschaftervereinbarung).

**26** f) Soweit der Notar der Auffassung ist, die Variante des Exit durch einen Börsengang nach § 9.1 (iii) sei weder strukturell noch inhaltlich mit einem Vorerwerbsrecht oder einem Mitveräußerungsrecht vergleichbar, führt dies nicht zu einer gesonderten Bewertung wie vom Notar angenommen. Auf die strukturelle und inhaltliche Vergleichbarkeit kommt es insoweit nicht an. Zum einen handelt es sich bei den in § 9 genannten Exit-Maßnahmen um Alternativen („oder“) die zwar auch kombiniert werden können, letztlich aber nur einmal alle Anteile betreffen können und nicht mehrfach. Zum anderen beinhaltet § 9.1 nur eine Absichtserklärung hinsichtlich verschiedener möglicher Exit-Maßnahmen (Die Parteien beabsichtigen, einen etwaigen Wert der Gesellschaft zu realisieren und zwar durch (i), (ii), (iii) oder (iv)). Eine gesondert zu bewertende rechtliche Verpflichtung wird durch § 9.1, der die unterschiedlichen Möglichkeiten des Exit definiert, nicht begründet.

**27** g) Nachdem nach § 96 GNotKG auf die Verhältnisse im Beurkundungszeitpunkt abzustellen ist, kommt auch kein höherer Wert als Ausgangswert für die Wertermittlung der Optionen in Betracht. Die Tatsache, dass die Mitveräußerungsverpflichtung erst bei Erreichen bestimmter wirtschaftlicher Ziele in Kraft treten, führt zu keinem höheren Geschäftswert als Bemessungsgrundlage für die Optionen. Die Auffassung des Notars wird insoweit nicht geteilt, dass die in der Anlage 8.1 definierten wirtschaftlichen Ziele als Bemessungsgrundlage für die Wertermittlung herangezogen werden können. Der Geschäftswert richtet sich nicht nach der wirtschaftlichen Zielsetzung, sondern es sind die einzelnen beurkundeten Erklärungen zu bewerten (vgl. OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 3.2.2009, 20 W 320/02, BeckRS 2013, 06787).

**28** Die Heranziehung des in § 12.2 (iii) genannten Veräußerungsbetrages als mögliches wirtschaftliches Ziel ist daher für die Wertermittlung der GmbH-Anteile nicht maßgeblich. § 12 betrifft zudem lediglich die Mitveräußerungspflicht, wonach sich die Altgesellschafter verpflichten, im Falle eines Veräußerungswunsches durch die Investoren ihre Geschäftsanteile an-

teilig zu den gleichen Bedingungen mitzueräußern. Im Übrigen besagt die Regelung nicht, dass die Mitveräußerungspflicht erst bei Erreichen des genannten Veräußerungsbetrages besteht. Vielmehr ist die Unterschreitung des in § 12.2 (iii) genannten Veräußerungsbetrages nur eine von mehreren Möglichkeiten, bei denen die in § 12 vereinbarte Mitveräußerungspflicht nicht besteht. Die verschiedenen Möglichkeiten stehen jeweils im Alternativverhältnis („oder“). Eine Mitveräußerungspflicht kann auch schon bei einem weit geringeren Veräußerungsbetrag bestehen, wenn die Gesellschafter mit einer Mehrheit von 75 % zustimmen (§ 12.2 (iii)) oder eine der anderen Voraussetzungen der Abschnitte (i) bis (iv) vorliegt. Eine Festlegung, dass ein Exit erst ab dem genannten Betrag möglich wäre, ist in der Gesellschaftervereinbarung nicht festgelegt. Aus der Regelung des § 12.2 (iii) lässt sich auch nicht ableiten, dass die Altgesellschafter und Investoren mit einem Exit-Erlös in der genannten Höhe einverstanden wären, wie seitens des Notars angenommen. Hiergegen spricht auch die in § 14.3 geregelte Exit-Erlösverteilung mit Liquidationspräferenzen, die insgesamt neun verschiedene Exit-Erlösstufen vorsieht, beginnend mit einem Betrag von unter 5.000.000 €.

**29** Die Heranziehung des in § 12.2 (iii) genannten Veräußerungsbetrages, bei dem die Mitveräußerungspflicht u. a. nicht besteht, kommt auch nicht unter dem Gesichtspunkt der Berücksichtigung künftiger Umstände in Betracht. Nach § 96 GNotKG ist für die Wertberechnung der Zeitpunkt der Fälligkeit der Gebühr maßgebend und damit auf die Verhältnisse im Beurkundungszeitpunkt abzustellen. Soweit § 102 Abs. 2 Satz 1 GNotKG zur Ermittlung des Geschäftswerts künftige Vermögensgegenstände berücksichtigt, handelt es sich um eine Sonderfallregelung, die auf den vorliegenden Fall nicht übertragbar ist. Danach werden für den Geschäftswert in erbrechtlichen Angelegenheiten ausnahmsweise in bestimmten Fällen fremde Vermögenswerte berücksichtigt, dessen Übertragung auf den Erblasser noch bevorsteht, wenn diese in der Verfügung von Todes wegen konkret bezeichnet sind.

**30** Hier kann überdies nicht davon ausgegangen werden, dass die Erzielung des in § 12.2 (iii) genannten Veräußerungsbetrages bevorsteht, da das Erreichen des genannten Exit-Erlöses völlig ungewiss ist.

**31 f)** Die in § 14 vereinbarten *Liquidationspräferenzen* „im Falle eines Exits“ stehen in einem Abhängigkeitsverhältnis zu den vorgenannten Exit-Regelungen in §§ 9 bis 13, da sie der Erfüllung, Sicherung bzw. Durchführung der vorgenannten Exit-Vereinbarungen dienen (§ 109 Abs. 1 GNotKG), indem sie die Exit-Erlösverteilung regeln. § 14.1 nimmt ausdrücklich Bezug auf einen Exit im Zuge der Ausübung von Vorerwerbsrechten, Mitveräußerungsrechten und Mitveräußerungspflichten. Die Liquidationspräferenzen sind gekoppelt an die mit den Exit-Regelungen vereinbarten gegenseitigen Erwerbsrechte. Darüber hinaus liegt eine Nebenabrede zu der im Beteiligungsvertrag vereinbarten Investition vor, da sowohl das von den Investoren eingebrachte Darlehen von dem Exit-Erlös vorab zurückzuzahlen ist als auch die gezahlte Investitionssumme an die Investoren. Die Liquidationspräferenzen stehen daher in einem unmittelbaren Zusammenhang mit der Beteiligung der Investoren und dienen der Sicherung der Beteiligung. Ein gesondert zu bewertender Beurkundungsgegenstand liegt daher nicht vor.

**32** Die Literaturmeinung, wonach für Liquidationspräferenzen ausgehend von der Investition des Investors als Bezugsgröße gemäß § 36 Abs. 1 GNotKG ein Teilwert je nach Eintrittswahrscheinlichkeit einer Insolvenz anzusetzen ist (*Diehn/Volpert*, Praxis des Notarkostenrechts, Rdnr. 308) ist auf den vorliegenden Fall nicht übertragbar, in dem es ausdrücklich um die Verteilung des Exit-Erlöses nach Veräußerung geht (§ 14.1 „Exit-Erlös“ sind die aus dem Exit resultierenden Gegenleistungen, ...).

**33** 3. Die weiteren in der Gesellschaftervereinbarung (Anlage 8.1) beurkundeten Erklärungen, die keinen bestimmten Gegenstand oder Geldwert zum Gegenstand haben, sind mit einem Geschäftswert nach billigem Ermessen gemäß § 36 Abs. 1 GNotKG zu bewerten. Bemessungsgrundlage ist hier ebenfalls der vorstehend ermittelte Wert der betroffenen Anteile nach Durchführung der vereinbarten Kapitalerhöhung.

**34** Die seitens des Notars vorgenommene Ermessensausübung mit pauschal nochmals einem Wert von drei Viertel des gegenwärtigen Gesellschaftswerts bzw. mit dem vollen Wert der Gesellschaft unter Berücksichtigung des § 14 der Gesellschaftervereinbarung kommt allerdings nicht in Betracht, da die einzelnen beurkundeten Erklärungen zu bewerten sind. Die pauschale Bewertung der weiteren Vereinbarungen entspricht nicht der Systematik des GNotKG. Vielmehr ist Anknüpfungspunkt für die kostenrechtliche Behandlung der notariellen Tätigkeit das jeweilige Geschäft (vgl. OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 3.2.2009, 20 W 320/02, BeckRS 2013, 06787).

**35 a)** Das in § 1 vereinbarte Recht zur Teilnahme an weiteren Finanzierungsrunden bzw. Kapitalerhöhungen (§ 1.3) sowie die Verpflichtung eine Kapitalerhöhung zwecks weiterer Finanzierung zu beschließen, soweit *im Rahmen des ordnungsgemäßen Geschäftsgangs* Kapitalbedarf über den Darlehensvertrag hinaus besteht, entspricht der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht und stellt eine Nebenabrede zu der sonstigen Vereinbarung der Beteiligung dar ohne eigenen wirtschaftlichen Wert. Eine Verpflichtung zu einer konkreten Kapitalerhöhung steht nicht im Raum. Anhaltspunkte dafür, dass über den Darlehensvertrag hinaus aus Sicht der Geschäftsführung im Rahmen des ordnungsgemäßen Geschäftsgangs Kapitalbedarf besteht, liegen zum Zeitpunkt der Beurkundung nicht vor. Ein gesondert zu bewertendes Rechtsverhältnis liegt daher nicht vor (§§ 86, 109 GNotKG).

**36 b)** In § 2 wird der *Verwässerungsschutz* geregelt, d. h. der Schutz des Investors, dass bei folgenden Finanzierungsrunden eine niedrigere Bewertung zugrunde gelegt wird als seiner eigenen Beteiligung. Der Verwässerungsschutz erfolgt hier durch ein einseitiges Bezugsrecht des Investors auf den Erwerb neuer Anteile aus einer weiteren Kapitalerhöhung („Wertschützende Kapitalerhöhung“). Maßgebend für die Bewertung ist insofern der Betrag der geschützten Beteiligung als Bezugsgröße, von der gemäß § 36 Abs. 1 GNotKG ein Teilwert anzusetzen ist. Von der Literatur werden hier 10 % als Teilwert angesetzt (*Diehn/Volpert*, Praxis des Notarkostenrechts, Rdnr. 309; *Diehn*, Notarkostenberechnungen, Rdnr. 1354). Die Kammer hält dies für angemessen und ausreichend. Der Wert der geschützten Beteiligung ist hier 2.000.000 €, sodass ein Teilwert von 200.000 € anzusetzen ist.

**37 c)** Nach § 3.1 (VSOP) sind die Parteien sich einig, dass für wichtige Mitarbeiter ein Virtual Employee Stock Ownership Program („VSOP“) eingeführt werden *soll* durch schuldrechtliche Vereinbarungen. In § 3.2 wird klargestellt, dass durch die Ziffern 3.1 und 3.2 kein Vertrag zugunsten Dritter gemäß § 328 BGB abgeschlossen wird. Mit dieser Vereinbarung wird eine rechtliche Verpflichtung nicht begründet. Es handelt sich um eine „Soll“-Regelung. Ein Vertrag zugunsten Dritter wird ausdrücklich ausgeschlossen. Es ist daher von einer Nebenerklärung im Rahmen der Beteiligung des Investors auszugehen, die nicht gesondert zu bewerten ist.

**38 d)** § 4 enthält Regelungen zur *Geschäftsführung*, insbesondere ein Vorschlagsrecht der Gründungs-Gesellschafter für die Besetzung eines Geschäftsführers anstelle der bestehenden (§ 4.2) sowie das Recht der Investoren, die Bestellung eines weiteren Geschäftsführers zu verlangen (§ 4.3). Da die Vereinbarung einen Geschäftsführerwechsel zum Gegenstand hat, ist der Geschäftswert entsprechend einem Geschäftsführerwechsel bei einer GmbH anzusetzen. Hierbei handelt es sich um einen Beschluss ohne bestimmten Geldwert, sodass der Geschäftswert analog § 108 Abs. 1 i. V. m. § 105 Abs. 4 Nr. 1 GNotKG mit 30.000 € anzusetzen ist.

**39 e)** Nach § 5.1 hat die Gesellschaft einen Beirat gemäß Satzung. Hierbei handelt es sich lediglich um eine Feststellung, die keiner gesonderten Bewertung unterliegt. Eine Verpflichtung, den satzungsgemäß vorgesehenen Beirat konkret einzurichten, kann aus der Regelung in § 5 nicht hergeleitet werden. Auch die Regelung in § 5.2 stellt kein gesondert zu bewertendes Rechtsverhältnis dar, sondern eine Nebenabrede zu der Investorenbeteiligung. § 5.2 bezieht sich auf die in der Satzung und der Geschäftsordnung gemäß Anlage 5.2 niedergelegten zustimmungspflichtigen Geschäfte und begründet keine eigenständige Verpflichtung. Soweit es in § 5.2 heißt, die Gründungs-Gesellschafter und die Investoren werden darauf hinwirken, dass der Beirat vorgenannte Geschäftsordnung erlässt, stellt dies bereits aufgrund der Formulierung keine rechtliche Verpflichtung dar und ist darüber hinaus aufgrund der Bezugnahme auf die Satzung und die in Anlage 5.2 vereinbarte Geschäftsordnung als Nebenabrede zu der Investorenbeteiligung zu behandeln.

**40 f)** Das in § 6 enthaltene *Veto Recht* Y bezieht sich lediglich auf die Gründungsgesellschafterin Y GmbH. Danach bedarf jede Änderung des Geschäftsfelds der Gesellschaft außerhalb des im Hauptlizenz- und Forschungs- und Entwicklungsvertrag definierten Anwendungsfeldes der Zustimmung der Y. Die Änderung des Geschäftsfelds der Gesellschaft ist vergleichbar einer Satzungsänderung auf Änderung des Unternehmensgegenstandes und ist daher analog § 108 Abs. 1 i. V. m. § 105 Abs. 4 Nr. 1 GNotKG mit 30.000 € zu bewerten.

**41 g)** Die in § 7 niedergelegten *Informationspflichten* (Jahresabschlüsse, Quartalsberichte, Monatsabschlüsse, Jahresbudgets, etc.) entsprechen im Wesentlichen den gesetzlichen Informationspflichten bzw. stellen allgemeine gesellschaftsrechtliche Pflichten dar. Es handelt sich insoweit lediglich um eine Konkretisierung von Nebenpflichten und nicht um ein gesondert zu bewertendes Rechtsverhältnis.

**42 h)** Die Vereinbarung zur *Vinkulierung* in § 8 nimmt Bezug auf die Vinkulierungsregelung in der Satzung und die dort geregelten Ausnahmen von der Vinkulierung bei zustimmungsfreien Verfügungen („Privilegierte Verfügung“) (§ 8.1). § 8.2 knüpft an die Mitverkaufsrechte, Mitverkaufspflichten und Vorerwerbsrechte an. Ein eigenständiges Rechtsverhältnis wird insoweit nicht begründet. Die Übertragungsverpflichtung (§ 8.3) sowie die bedingte Rückübertragungsverpflichtung (§ 8.4) für den Fall des nachträglichen Entfalls der Anknüpfungsvoraussetzung für eine Privilegierte Verfügung stehen in einem Abhängigkeitsverhältnis und in unmittelbarem Zusammenhang mit den bereits bewerteten Erwerbsrechten und dienen deren Durchführung (§ 109 GNotKG). Eine gesonderte Bewertung ist daher nicht veranlasst.

**43 i)** Die in § 15 vereinbarten *Wettbewerbs- und Abwerbverbote* mit Vertragsstrafe stellen eine Nebenabrede zu der Investition dar und sind als Sicherungserklärungen nach § 109 Abs. 1 GNotKG nicht zusätzlich zu bewerten (vgl. Streifzug durch das GNotKG, Rdnr. 2272, 2289). Für die Vertragsstrafe ergibt sich dies bereits aus § 37 Abs. 1 GNotKG.

**44 j)** Die Regelung *Geistiges Eigentum* in § 16 stellt eine Nebenabrede dar und konkretisiert lediglich die allgemein bestehenden gesellschaftsrechtlichen Pflichten. Darüber hinaus enthält § 16 lediglich eine Absichtserklärung („wirken daraufhin“) und begründet keine rechtliche Verpflichtung.

**45 k)** Die Übertragungspflicht Z (§ 18) betrifft lediglich die Gründungsgesellschafterin Z GmbH mit einem Anteil von 12,75 % nach Kapitalerhöhung. Die Z GmbH verpflichtet sich in bestimmten Fällen, alle ihre Geschäftsanteile zum Nominalwert anteilig an die Y und die Investoren zu übertragen. Die Übertragungspflicht besteht bei Nichterbringung der im Hauptlizenz-, Forschungs- und Entwicklungsvertrag bestimmten Entwicklungsleistungen, es sei denn Z hat dies nicht zu vertreten. Die Verpflichtung zur Übertragung der Geschäftsanteile ist nach § 51 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 GNotKG anhand des Post-Money-Wertes zu bewerten. Da es sich lediglich um eine bedingte Übertragungspflicht handelt, ist ein Teilwert je nach Eintrittswahrscheinlichkeit anzusetzen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Übertragungspflicht nur bei Vertretenmüssen besteht (§ 18.1 (i) und (ii)) bzw. wenn Z die geschuldete Entwicklungsleistungen ernsthaft und endgültig verweigert (§ 18.1 (iii)). Mangels anderer Anhaltspunkte ist von einem Teilwert von 25 % auszugehen. Bei dem Post-Money-Wert eines Anteils von 83,26 € sind die Anteile der Z von 6.250 mit insgesamt 520.375 € zu bewerten, sodass sich ein Teilwert von 25 % in Höhe von 130.093,75 € ergibt.

**46 l)** Die in § 19 geregelte Übertragungspflicht Gesellschafter steht in einem Abhängigkeitsverhältnis zu den Exit-bezogenen Verpflichtungen und dient deren Erfüllung. Es handelt sich insoweit lediglich um eine Durchführungserklärung, die nicht gesondert zu bewerten ist (§ 109 Abs. 1 GNotKG).

**47 m)** Die Vereinbarungen zur *Haftungsbegrenzung* in § 20 und *Vertraulichkeit* in § 21 sind klassische Durchführungserklärungen und begründen keinen eigenen wirtschaftlichen Wert.

**48 4.** Für die Gesellschaftervereinbarung in Anlage 8.1 zum Beteiligungsvertrag ist danach ein Betrag von insgesamt 4.346.795,50 € anzusetzen (...).

49 Der Höchstwert gemäß § 107 Abs. 1 GNotKG ist hier nicht maßgeblich, da der verfahrensgegenständliche Beteiligungsvertrag mit der Gesellschaftervereinbarung nach Anlage 8.1 zum Beteiligungsvertrag nicht als Gesellschaftsvertrag im Sinne des § 107 Abs. 1 GNotKG zu qualifizieren sind. Vertragspartner des Beteiligungsvertrages sind neben Gesellschaftern auch Dritte, nämlich die Investoren sowie weitere Parteien, die nicht Gesellschafter sind (Nr. 12. bis 14. des Beteiligungsvertrages). Bei Beurkundung von Investitionsverpflichtungen Dritter gegenüber Altgesellschaftern greift die Wertbegrenzung nach § 107 Abs. 1 GNotKG nicht (vgl. Korinthenberg/*Tiedtke*, GNotKG, § 107 Rdnr. 69).

50 Der beurkundete Beteiligungsvertrag mit Gesellschaftervereinbarung unterliegt nach Nr. 21100 KV einem Gebührensatz von 2,0.

#### ANMERKUNG:

Von Amtmann **Michael Storch**, Prüfungsabteilung der Notarkasse A. d. ö. R., München

In der notariellen Praxis gewinnen Beteiligungsverträge über die Aufnahme von Investoren in eine bestehende Gesellschaft zunehmend an Bedeutung. Während die Bewertung der eigentlichen Verpflichtung zur Kapitalzufuhr kostenrechtlich keine Probleme bereitet, herrscht Uneinigkeit darüber, ob und wie die in aller Regel im Rahmen des Beteiligungsvertrags mitbeurkundeten weiteren Vereinbarungen, sog. Exit-Regelungen, zu bewerten sind.

Fraglich ist dabei nicht nur, wie eine Bewertung mehrerer, nebeneinander vereinbarter Erwerbs- und Veräußerungsrechte zu erfolgen hat, sondern auch, welcher Wert für die betroffenen Anteile (auch für diejenigen der Altgesellschafter) unter Berücksichtigung der Leistung des Investors anzunehmen ist (sog. post-money Bewertung).

Bei der der Kostenentscheidung des LG München I zugrunde liegenden Beurkundungsverhandlung handelt es sich um einen Beteiligungsvertrag, der übliche und häufig vorkommende weitere Vereinbarungen neben der Verpflichtung zur Aufnahme eines Investors und dessen Kapitalzufuhr beinhaltet. Dabei hat sich das LG auch zur Bewertung aller weiteren Vereinbarungen geäußert.

#### 1. Investitionsvereinbarung, Exit-Regelungen und weitere Vereinbarungen

Die Kapitalerhöhungsverpflichtung samt Investitionsverpflichtung einerseits und die weiteren Vereinbarungen der Altgesellschafter mit dem Investor andererseits stellen verschiedene Beurkundungsgegenstände nach § 86 Abs. 2 GNotKG dar.<sup>1</sup> Die Tatsache, dass die weiteren Vereinbarungen erst durch die Investitionsvereinbarung notwendig werden, führen nicht zur Annahme desselben Gegenstands nach § 109 Abs. 1 GNotKG.

#### 2. Geschäftswert von mehreren Erwerbs- und Veräußerungsrechten

Zunächst stellt das LG in seiner Entscheidung zutreffend fest, dass die Einräumung von mehreren gegenseitigen Erwerbsrechten durch mehrere Gesellschafter ein Austauschverhältnis nach § 97 Abs. 3 GNotKG darstellt.<sup>2</sup> Maßgebend ist demnach die höherwertige Austauschleistung, die bei mehreren Erwerbsrechten dadurch zu berücksichtigen ist, dass vom Gesamtwert aller (betroffenen) Geschäftsanteile die Anteile des Gesellschafter mit dem geringsten Wert abzuziehen sind.<sup>3</sup>

Klarheit schafft die Entscheidung dabei auch in Bezug auf die Wertbestimmung der von den Optionsvereinbarungen betroffenen Anteile: Da sich die Regelungen auf die Anteile nach Durchführung der Kapitalerhöhung beziehen, sind die in diesem Zusammenhang vom Investor zu leistenden Einlagen werterhöhend zu berücksichtigen. Unter Zugrundelegung des damit feststehenden Werts der neu geschaffenen Beteiligung kann also im Rahmen der sog. post-money Bewertung durch Hochrechnung der Wert der Anteile der weiteren Gesellschafter (Altgesellschafter) bestimmt werden. Insoweit erteilt das LG einer Wertberechnung der Anteile der Altgesellschafter nach § 54 GNotKG anhand des bilanziellen Eigenkapitals im Sinne von § 266 Abs. 3 HGB (bei operativ tätigen Gesellschaften) ebenso eine klare Absage wie der Vornahme eines (pauschalen) Wertabschlags für die Optionsvereinbarungen über § 51 Abs. 3 GNotKG wegen unsicherer Ausübungsbedingungen.

Ein Abweichen vom vollen Wert der von den Optionsrechten betroffenen Anteile nach § 51 Abs. 1 Satz 1 GNotKG sei vielmehr nur dann sachgerecht, wenn Gegenstand der Rechtseinräumung ausschließlich ein Vorkaufsrecht ist und somit die Sonderbestimmung des § 51 Abs. 1 Satz 2 GNotKG Anwendung findet. In allen anderen Fällen ist der Geschäftswert nach § 51 Abs. 1 Satz 1 GNotKG zu bestimmen. Allerdings sind mehrfache Optionsvereinbarungen zur Vermeidung einer Mehrfachberücksichtigung insgesamt nur einmal mit dem nach vorstehenden Grundsätzen ermittelten Wert anzunehmen (Gesamtwert aller Anteile abzüglich Wert des geringsten Anteils). Dies entspricht der bereits bisher von der Notarkasse vertretenen Bewertungsauffassung.<sup>4</sup>

Eine Ausnahme hiervon sieht das LG in der hier mitbeurkundeten weiteren bedingten Übertragungsverpflichtung einer Gründungsgesellschafterin nach § 18 der Urkunde. Die Übertragungsverpflichtung der Gründungsgesellschafterin, die nur für den Fall greift, dass bestimmte Leistungen aus Lizenz-, Entwicklungs- und Forschungsaufträgen nicht erbracht werden, wird offensichtlich nicht als Teil der Austauschleistungen bei der Bewertung der sonstigen Erwerbsrechte angesehen.

1 Notarkasse A. d. ö. R., Streifzug durch das GNotKG, 12. Aufl. 2017, Rdnr. 1939.

2 Korinthenberg/*Tiedtke*, GNotKG, 20. Aufl. 2017, § 107 Rdnr. 70; Bormann/Diehn/Sommerfeldt/*Bormann*, GNotKG, 2. Aufl. 2016, § 107 Rdnr. 31; Streifzug durch das GNotKG, Rdnr. 1943.

3 Streifzug durch das GNotKG, Rdnr. 1944.

4 Streifzug durch das GNotKG, Rdnr. 1944.

Die Übertragungspflicht der Gründungsgesellschafterin Z GmbH betreffend deren Anteile an der Gesellschaft bewertet das Gericht gesondert, auch wenn genau diese Anteile ja ebenfalls bereits von den im Rahmen der Exit-Regelungen getroffenen Erwerbs- und Veräußerungsrechten erfasst sind. Eine besondere Begründung, die diesen weiteren Wertansatz rechtfertigt, ist der Entscheidung nicht zu entnehmen. Es dürfte davon auszugehen sein, dass das LG aufgrund der im Verhältnis zu den Exit-Regelungen abweichenden Ausübungsbedingungen insoweit einen eigenen wirtschaftlichen Wert annimmt. Im Ausnahmefall wird man dieses Ergebnis vertreten können. Regelmäßig dürften jedoch bereits zur Vermeidung von Abgrenzungsschwierigkeiten mit der Bewertung der Exit-Regelungen auch alle weiteren Optionsrechte an ein und denselben Anteilen erfasst sein.

### 3. Begleitende Vereinbarungen

Die Entscheidung des LG befasst sich neben den oben genannten für die Bewertungspraxis bedeutenderen Ausführungen zu den Exit-Regelungen auch mit einer Vielzahl von Einzelfragen für begleitende Regelungen des Beteiligungsvertrags.

Darunter einzuordnen sind auch Vereinbarungen zum sog. Verwässerungsschutz. Für ein dem Investor eingeräumtes Bezugsrecht auf den Erwerb weiterer Anteile bei künftigen Kapitalerhöhungen sieht das LG im entschiedenen Fall einen gesonderten Wertansatz vor. Maßgebend sei ein nach § 36 Abs. 1 GNotKG zu bestimmender Teilwert der geschützten Beteiligung.

Es erscheint jedoch fraglich, ob ein weiterer Wertansatz für die Regelungen zum Verwässerungsschutz in jedem Fall vorzunehmen ist. Es dürfte ebenfalls denkbar sein, dass die betreffenden Regelungen als Vorsorgevereinbarung zugunsten des Investors lediglich eine Nebenabrede zur eigentlichen Investitionsverpflichtung und den in diesem Zusammenhang getroffenen Beteiligungsvereinbarungen darstellen.

Mit dieser Begründung verneint jedenfalls das LG zutreffend eine gesonderte Bewertung der (ebenfalls zum Schutz des Investors) vereinbarten Liquidationspräferenz zur Verteilung des Exit-Erlöses. Insoweit läge ein Abhängigkeitsverhältnis zu den Exit-Regelungen vor, weshalb die Liquidationspräferenzen in einem unmittelbaren Zusammenhang mit der Beteiligung des Investors stehen und bei der Bewertung keinen eigenen Gegenstand bilden.<sup>5</sup> Folgt man dieser Auffassung nun ebenfalls für die Vereinbarungen zum Verwässerungsschutz, dürfte insoweit ein weiterer Wertansatz nicht in Betracht kommen.

Auch die zutreffende Feststellung des LG, dass ein dem Investor eingeräumtes Recht zur Teilnahme an weiteren Kapitalrunden zwecks erneuter Kapitalbeschaffung nicht zu bewerten sei, da eine solche Regelung der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht entspräche, könnte eher als weiteres Argument gegen die gesonderte Bewertung der Vereinbarungen zum Verwässerungsschutz einzuordnen sein.

<sup>5</sup> A. A. Diehn, Notarkostenberechnungen, 5. Aufl. 2017, Rdnr. 1354.

Denn das LG lässt insoweit für das Bezugsrecht – anders als beim Verwässerungsschutz – auch die Annahme eines Ermessenswerts oder einer Wertschätzung unter Berücksichtigung des möglicherweise erwarteten weiteren Kapitalbedarfs nicht zu.

Hingegen ist eine bereits mitbeurkundete konkrete weitere Kapitalerhöhung bzw. Investitionsverpflichtung (wie zum Beispiel häufig bei Erreichen bestimmter wirtschaftlicher Ergebnisse) bei der Bewertung gesondert zu berücksichtigen. Wegen der bestehenden Unsicherheiten des Bedingungseintritts kann ggf. ein Wertabschlag im Rahmen der Ermessensausübung nach § 36 Abs. 1 GNotKG gerechtfertigt sein.

### 4. Fazit

Der Entscheidung des LG kann in allen für die Bewertungspraxis von Beteiligungsverträgen grundlegend bedeutenden Teilen weitestgehend zugestimmt werden. Sie verschafft darüber hinaus für den viel diskutierten Problembereich der Bewertung von Erwerbsrechten und Veräußerungsverpflichtungen im Zusammenhang mit Investitionsvereinbarungen mehr Klarheit, zumindest für gleichgelagerte Fälle. Lediglich in Bezug auf die Bewertung weiterer Erwerbsrechte neben den Optionsvereinbarungen im Rahmen der Exit-Regelungen wäre auch die Anwendung von § 51 Abs. 3 GNotKG denkbar, um eine Mehrfachberücksichtigung von Erwerbsrechten oder Veräußerungsverpflichtungen an denselben Anteilen zu vermeiden. Auch bleibt abzuwarten, ob die Auffassung des LG München I zur gesonderten Bewertung des Verwässerungsschutzes geteilt werden wird.

## ÖFFENTLICHES RECHT

### 26. Rechtsgeschäftlicher Erwerb während eines Flurbereinigungsverfahrens

BGH, Urteil vom 20.7.2018, V ZR 199/17 (Vorinstanz: LG Bad Kreuznach, Urteil vom 21.6.2017, 1 S 132/16)

BGB § 892

FlurbG § 15 Satz 1, § 61 Satz 2, §§ 79, 83, 149 Abs. 3

ZVG § 52 Abs. 1 Satz 2, § 91 Abs. 1

BauGB §§ 45, 51 Abs. 1 Nr. 1

#### LEITSÄTZE:

- Derjenige, der während eines Flurbereinigungsverfahrens ein im Flurbereinigungsgebiet liegendes Grundstück rechtsgeschäftlich oder im Wege der Zwangsversteigerung erwirbt, muss gemäß § 15 Satz 1 FlurbG die Belastung mit einer durch die Flurbereinigung entstandenen Grunddienstbarkeit gegen sich gelten lassen, auch wenn diese aus dem Grundbuch nicht ersichtlich ist und im geringsten Gebot nicht aufgeführt ist.**
- § 15 Satz 1 FlurbG steht dem Erlöschen einer durch Flurbereinigung entstandenen, entgegen den §§ 79 bis 83 FlurbG nicht in das Grundbuch eingetragenen**

Grunddienstbarkeit infolge gutgläubigen lastenfreien Erwerbs (§ 892 BGB) oder infolge Zuschlags in der Zwangsversteigerung (§ 52 Abs. 1 Satz 2, § 91 Abs. 1 ZVG) aber nicht (mehr) entgegen, wenn das Flurbereinigungsverfahren mit der bestandskräftigen Schlussfeststellung nach § 149 Abs. 3 FlurbG abgeschlossen ist.

## 27. Keine Schenkungsanfechtung bei der Übertragung von Flächen in Erfüllung eines Erschließungsvertrages

OLG Nürnberg, Beschluss vom 23.7.2018, 4 U 1087/18

BauGB § 123 Abs. 1, § 124 Abs. 1

BGB §§ 133, 157, 516

InsO § 134

### LEITSÄTZE:

1. Bei einem Erschließungsvertrag überträgt die Gemeinde die gemeindliche Aufgabe der Erschließung (§ 123 Abs. 1 BauGB a. F.) durch Vertrag auf einen Dritten (Projektentwickler), § 124 Abs. 1 BauGB a. F. Wie sich aus § 123 Abs. 3 BauGB a. F. weiter ergibt, besteht kein Rechtsanspruch auf Erschließung. (Leitsatz der Schriftleitung)
2. Die gemeindliche Gegenleistung besteht (letztlich) in der Schaffung von Baurecht. Erschließungsmaßnahmen, die aufgrund eines Erschließungsvertrags erbracht werden, stellen keine unentgeltlichen Leistungen im Sinne von § 134 InsO dar. Denn erst durch die Übertragung der Erschließung auf den Schuldner wird es diesem ermöglicht, seine Grundstücke als Bauland (gewinnbringend) weiter zu veräußern. (Leitsatz der Schriftleitung)
3. Ein unmittelbarer Vermögensabfluss ist nicht Voraussetzung für die Beurteilung einer Leistung als entgeltlich, wenn die Gegenleistung an sich einen Vermögenswert hat. Als entgeltliche Leistung kann gelten, dass die Gemeinde die Erschließung überträgt und damit auf eine eigene Erschließung verzichtet. (Leitsatz der Schriftleitung)

### AUS DEN GRÜNDEN:

(...)

2 Auch der Senat vertritt die Auffassung, dass die Eintragung der streitgegenständlichen Auflassungsvormerkungen nicht unentgeltlich im Sinne des § 134 InsO erfolgt ist.

3 a) Eine Leistung ist unentgeltlich, wenn der Erwerb des Empfängers in seiner Endgültigkeit vereinbarungsgemäß nicht von einer ausgleichenden Zuwendung abhängt. Erforderlich ist also Einigkeit der Beteiligten darüber, dass der Empfänger für die Leistung des Schuldners keinen ausgleichenden Gegenwert erbringen soll; dagegen ist eine Vereinbarung über die

Unentgeltlichkeit als solche, etwa im Sinne von § 516 BGB, nicht nötig. Die Einigkeit kann formlos herbeigeführt werden, insbesondere indem der Schuldner einseitig eine Leistung zuwendet und der Empfänger sie in dem Bewusstsein annimmt, dass von ihm keine Gegenleistung erwartet wird. Umgekehrt bindet die – unzutreffende – Bezeichnung der tatsächlich von einer Gegenleistung abhängigen Zuwendung als „Schenkung“ nicht die Auslegung; gemäß §§ 133, 157 BGB ist vielmehr der wahre Wille zu erforschen. Deshalb ist es auch nicht entscheidend, dass es unter III. 6 des Erschließungsvertrages heißt:

„Die Grundstücksübertragung erfolgt ohne weitere Gegenleistung.“

Nimmt auch nur einer der Beteiligten in tatsächlicher Hinsicht an, dass ein – objektiv ausgleichendes – Entgelt zu erbringen ist, entfällt § 134 InsO (MünchKomm-InsO/Kayser, § 134 Rdnr. 17-19).

4 b) Das ausgleichende Entgelt muss nicht eine Gegenleistung im Sinne des §§ 320 ff. BGB sein; vielmehr genügt jeder entsprechend werthaltige Vermögensvorteil, den insbesondere der Schuldner durch die Rechtshandlung erlangt, zum Beispiel eine Stundung. Unerheblich sind jedoch nicht rechtlich verknüpfte, sondern vom Insolvenzschuldner mit der Leistung nur mittelbar angestrebte wirtschaftliche Interessen oder Vorteile. Im Zwei-Personen-Verhältnis ist danach eine Leistung als unentgeltlich anzusehen, wenn ihr nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts keine Leistung gegenübersteht, dem Leistenden also keine Gegenleistung zufließen soll, die dem aufgegebenen Vermögenswert oder der eingegangenen Verpflichtung entspricht (MünchKomm-InsO/Kayser, § 134 Rdnr. 17-19).

5 c) Dabei kann die Frage der Entgeltlichkeit der Auflassungsvormerkungen nicht losgelöst von den zugrunde liegenden Regelungen im Erschließungsvertrag gesehen werden. Wurde dem Schuldner ernsthaft eine werthaltige Gegenleistung versprochen, war die Erbringung dieser Leistung also Vertragsgegenstand, besteht kein Anlass mehr zu prüfen, ob die Beteiligten die erbrachte oder versprochene Gegenleistung als Entgelt angesehen haben oder ob mit der Leistung des Schuldners Freigiebigkeit bezweckt war. Denn dann gehört die Erbringung einer vollwertigen Gegenleistung zur causa (K. Schmidt/Ganter/Weinland, InsO, § 134 Rdnr. 22-26).

6 Bei einem Erschließungsvertrag überträgt die Gemeinde die gemeindliche Aufgabe der Erschließung (§ 123 Abs. 1 BauGB a. F.) durch Vertrag auf einen Dritten (Projektentwickler), § 124 Abs. 1 BauGB a. F. Wie sich aus § 123 Abs. 3 BauGB a. F. weiter ergibt, besteht kein Rechtsanspruch auf Erschließung. Da sich die Gemeinde auch nicht wirksam zur Betätigung ihrer Planungshoheit, also zur Schaffung von Baurecht verpflichten kann (§ 1 Abs. 3 Satz 2 BauGB), genügt es, wenn dies als Grundlage des Vertrages vorausgesetzt wird.

7 Deshalb darf die Gegenleistung der Beklagten nicht im streng zivilrechtlichen Sinne verstanden werden, denn die gemeindliche Gegenleistung besteht (letztlich) in der Schaffung von Baurecht. Erst durch die Übertragung der Erschließung auf den Schuldner sollte es diesem ermöglicht werden, seine – nun erschlossenen – Grundstücke als Bauland (gewinnbringend) weiter zu veräußern. Damit verbietet es sich, in der

Übertragung der Grundstücke auf die Beklagte eine „unentgeltliche Leistung“, also einen Akt der Freiwilligkeit, zu sehen. Es wäre nicht nachvollziehbar und ist auch nicht ersichtlich, aus welchem Grund der Schuldner vorliegend die Beklagte mit Grundstücken beschenken sollte, wenn er keine Gegenleistung hierfür erhält. Die Gegenleistung der Gemeinde ist im Erschließungsvertrag geregelt, nämlich die Übertragung der Erschließung auf den Schuldner; lediglich die Grundstücksübertragung an den Schuldner sollte ohne weitere Gegenleistung erfolgen. Diese Formulierung impliziert bereits, dass die beklagte Gemeinde eine Gegenleistung erbringt. § 134 InsO stellt auf die Schutzwürdigkeit des Leistungsempfängers ab. Dem liegt zugrunde, dass der Empfänger einer freigiebigen Zuwendung nach § 134 InsO weniger schutzwürdig ist als derjenige, der für die erhaltene Leistung oder durch diese eine eigene Rechtsposition aufgibt (BGH, Urteil vom 26.4.2012, IX ZR 146/11, juris). Ein unmittelbarer Vermögensabfluss ist jedoch nicht Voraussetzung für die Beurteilung einer Leistung als entgeltlich, wenn die Gegenleistung an sich einen Vermögenswert hat. So würde von der Rechtsprechung auch der Verzicht auf den staatlichen Strafanspruch nach § 153a StPO als entgeltliche Leistung des Staates angesehen (BGH, Urteil vom 5.6.2008, IX ZR 17/07, juris). Nichts anderes kann im vorliegenden Fall gelten, wenn die Gemeinde die Erschließung überträgt und damit auf eine eigene Erschließung verzichtet.

(...)

## 28. Unbeachtliche Verfügungsbeschränkung nach unrechtmäßiger Zurückweisung des Eintragungsantrags

KG, Beschluss vom 4.5.2017, 1 W 173/17, mitgeteilt von **Ronny Müller**, Richter am KG

BGB § 878

BauGB § 172 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und Satz 4

GBO § 13 Abs. 3 Satz 1, §§ 15, 18 Abs. 1 Satz 2, §§ 19, 28 Satz 1, § 71 Abs. 1, § 74

WEG § 7 Abs. 4, § 8

### LEITSÄTZE:

1. **Zur Anwendung des § 878 BGB bei Fortsetzung des Eintragungsverfahrens nach Beschwerde gegen einen zurückweisenden Beschluss, der in Unkenntnis der bei dem Grundbuchamt zu einem anderen Grundbuchblatt eingereichten Nachweise über die Hebung eines mit Zwischenverfügung beanstandeten Eintragungshindernisses ergangen war.**
2. **§ 878 BGB findet auch auf die sich aus § 172 Abs. 1 Satz 4 BauGB ergebende Verfügungsbeschränkung Anwendung. Demgemäß können Verfügungsbeschränkungen einen Rechtserwerb nicht mehr beeinflussen, wenn die dingliche Einigung bindend ist und der Eintragungsantrag gestellt wurde. Bei einer Aufteilung nach § 8 WEG gilt dies entsprechend. (Leitsatz der Schriftleitung)**

3. **Verfügungsbeschränkungen sind zu beachten, wenn der Eigentümer nach rechtmäßiger Zurückweisung seines Antrags auf Eintragung im Grundbuch in der Verfügung beschränkt wird und die spätere Aufhebung der Zurückweisung im Beschwerdeweg auf neuen Tatsachen, vgl. § 74 GBO, beruht. Sie sind unbeachtlich, wenn das Eintragungsverfahren nach unrechtmäßiger Zurückweisung eines früheren Antrags fortgesetzt wird. (Leitsatz der Schriftleitung)**

### SACHVERHALT:

1 I. Die Beteiligte ist als Eigentümerin des (...) Grundbuchs eingetragen. Am 11.4.2016 bewilligte sie zur UR-Nr. (...) des Notars S in B die Aufteilung des Grundstücks in 57 Wohnungseigentumsrechte und 14 Teileigentumsrechte. Eine Abgeschlossenheitsbescheinigung lag zu diesem Zeitpunkt noch nicht vor.

2 Mit Schriftsatz vom 11.4.2016 beantragte der Urkundsnotar unter Beifügung seiner UR-Nr. (...) den Vollzug der Grundstücksaufteilung im Grundbuch.

3 Mit (...) Zwischenverfügung vom 3.6.2016 wies das Grundbuchamt unter anderem auf das Erfordernis der Vorlage einer Unbedenklichkeitsbescheinigung nebst Aufteilungsplänen hin und setzte zur Behebung des Eintragungshindernisses eine Frist von sechs Wochen.

4 Das Grundbuchamt hat mit dem Notar am 27.7.2016 zugestelltem Beschluss vom 22.7.2016 den Antrag auf Fristverlängerung sowie denjenigen vom 11.4.2016 zurückgewiesen. Hiergegen hat der Notar mit Schriftsatz vom 28.7.2016 Beschwerde erhoben mit dem Hinweis, die erforderliche Abgeschlossenheitsbescheinigung sei zu einem anderen Grundbuch (derselben Abteilung des Grundbuchamts) eingereicht worden. Tatsächlich hatte er mit Schriftsatz vom 23.6.2016 die Abgeschlossenheitsbescheinigung des Bezirksamts zum Grundbuch eingereicht. Das dortige Grundbuchblatt hatte das Grundbuchamt auf Antrag eines mit dem Urkundsnotar verbundenen anderen Notars am 15.4.2016 geschlossen und neue Wohnungs- und Teileigentumsgrundbücher angelegt.

5 Das Grundbuchamt hat in der Folge den Schriftsatz vom 23.6.2016 zu den hiesigen Grundakten genommen und mit Zwischenverfügung unter anderem auf das zwischenzeitliche Inkrafttreten der Erhaltungsverordnung für das Gebiet (...) hingewiesen, weshalb nunmehr die Vorlage einer Genehmigung des Bezirksamts erforderlich sei. Gegen diese Auffassung hat sich der Urkundsnotar mit Schriftsatz vom 6.2.2017 gewandt, worauf das Grundbuchamt mit Beschluss vom 20.3.2017 „der Beschwerde vom 28.7.2016 in der Fassung der Beschwerdeschrift vom 6.2.2017 nicht abgeholfen“ hat.

### AUS DEN GRÜNDEN:

6 II. 1. Gegenstand des vor dem Senat anhängigen Verfahrens ist allein Punkt 1 der Zwischenverfügung. Nur dagegen hat der Notar mit Schriftsatz vom 6.2.2017 Einwendungen erhoben. Seiner Beschwerde vom 28.7.2016 hat das Grundbuchamt hingegen abgeholfen, indem es diese Zwischenverfügung erließ (vgl. *Demharter*, GBO, 30. Aufl., § 75 Rdnr. 9).

7 2. Die Beschwerde ist zulässig, § 71 Abs. 1 GBO, und hat auch in der Sache Erfolg. Das von dem Grundbuchamt aufgezeigte Eintragungshindernis besteht nicht, sodass die Zwischenverfügung insoweit nicht veranlasst war, vgl. § 18 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 GBO.

8 a) Allerdings darf für alle im Bereich einer Erhaltungssatzung nach § 172 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BauGB belegenen Grundstücke Wohnungs- und Teileigentum an Gebäuden, die ganz oder teilweise Wohnzwecken zu dienen bestimmt sind, nicht



ohne Genehmigung begründet werden, § 1 UmwandV vom 3.3.2015 (GVBl. 2015, S. 43). Eigentümer solcher Grundstücke unterliegen insofern einer vom Grundbuchamt zu beachtenden Verfügungsbeschränkung (BGH, DNotZ 2017, 119, 120).

**9** Das verfahrensgegenständliche Grundstück ist im von der am 27.7.2016 in Kraft getretenen Erhaltungsverordnung des Bezirksamts vom 14.7.2016 (GVBl. 2016, S. 470) erfassten Gebiet belegen.

**10 b)** Jedoch findet § 878 BGB nach der Rechtsprechung des BGH (DNotZ 2017, 119, 122), der sich der Senat inzwischen angeschlossen hat, auch auf die sich aus § 172 Abs. 1 Satz 4 BauGB ergebende Verfügungsbeschränkung Anwendung. Demgemäß können Verfügungsbeschränkungen einen Rechtserwerb nicht mehr beeinflussen, wenn die dingliche Einigung bindend ist und der Eintragungsantrag gestellt wurde (Meikel/Böttcher, GBO, 11. Aufl., Nach § 20 GBO, Rdnr. 70). Bei einer Aufteilung nach § 8 WEG gilt dies entsprechend (BGH, DNotZ 2017, 119, 121).

**11** Hier ist der auf Aufteilung des Grundstücks gerichtete Antrag vor Inkrafttreten der Erhaltungsverordnung vom 14.7.2016 gestellt worden. Es ist deshalb keine Genehmigung des Bezirksamts erforderlich. Daran ändert auch der den Antrag vom 11.4.2016 zurückweisende Beschluss des Grundbuchamts vom 22.7.2016 nichts.

**12 c)** Verfügungsbeschränkungen sind zu beachten, wenn der Eigentümer nach rechtmäßiger Zurückweisung seines Antrags auf Eintragung im Grundbuch in der Verfügung beschränkt wird und die spätere Aufhebung der Zurückweisung im Beschwerdeweg auf neuen Tatsachen, vgl. § 74 GBO, beruht (BGH, NJW 1997, 2751). Das hat das Grundbuchamt im Ausgang auch richtig erkannt. Hingegen sind diese Grundsätze hier nicht anwendbar. Die Zurückweisung des Antrags vom 11.4.2016 war nicht rechtmäßig.

**13 aa)** Erlässt das Grundbuchamt eine Zwischenverfügung, ist der Antrag nach Ablauf der darin bestimmten Frist zurückzuweisen, wenn nicht inzwischen die Hebung des aufgezeigten Hindernisses nachgewiesen ist, § 18 Abs. 1 Satz 2 GBO. Hier hatte die Beteiligte die in der Zwischenverfügung vom 3.6.2016 zu Recht erforderte Unbedenklichkeitsbescheinigung nebst Aufteilungsplänen der Baubehörde, vgl. § 7 Abs. 4 WEG, jedoch innerhalb der ihr gesetzten Frist bei dem Grundbuchamt eingereicht. Die Zurückweisung des Antrags vom 11.4.2016 erfolgte ersichtlich in Unkenntnis hiervon.

**14 bb)** Die dem Notar in der Zwischenverfügung vom 3.6.2016 gesetzte sechswöchige Frist lief am 21.7.2016 ab. Die erforderte Abgeschlossenheitsbescheinigung nebst Aufteilungsplänen war ausweislich des Vermerks der hierzu gemäß § 13 Abs. 3 Satz 1 GBO bestimmten Justizbeschäftigten bereits am 27.6.2016 bei dem Grundbuchamt eingegangen. Dass die Unterlagen wegen der unrichtigen Bezeichnung des Grundbuchblattes durch den Urkundsnotar zunächst nicht dem sie tatsächlich betreffenden Grundstück zugeordnet wurden, ändert an der Rechtzeitigkeit ihres Eingangs bei dem Grundbuchamt nichts.

**15** Die Angabe des – falschen – Grundbuchblattes auf dem

Schriftsatz des Urkundsnotars vom 23.6.2016 diene lediglich seiner erleichterten Weitergabe innerhalb des Grundbuchamts (vgl. BGH, VersR 1982, 673). Sie hatte keine darüber hinausgehende Bedeutung. Im Hinblick auf die zugleich durch den Notar unter Berufung auf § 15 GBO gestellten Anträge war die Angabe des Grundbuchblattes unnötig. Die Teilung des Grundstücks bedarf der Bewilligung der Beteiligten, § 19 GBO (vgl. Hügél/Elzer, WEG, § 7, Rdnr. 20). Diese hatte sie bereits zur UR-Nr. (...) unter Beachtung des § 28 Satz 1 GBO mit zutreffender Angabe des Grundstücks erklärt. Eine ergänzende, die Abgeschlossenheitsbescheinigung und die Aufteilungspläne in Bezug nehmende Bewilligung (hierzu Senat, Beschluss vom 2.7.2015, 1 W 558/14, NZM 2016, 525) hatte sie zur UR-Nr. (...) des Notars V abgegeben. Auch dort war das Grundstück zutreffend bezeichnet worden. Diese Urkunde war dem Schriftsatz vom 23.6.2016 beigefügt worden; der Antrag nahm ausdrücklich hierauf Bezug.

**16** Allerdings müssen sich Antrag und Bewilligung inhaltlich decken (vgl. Demharter, GBO, § 13 Rdnr. 19). Das aber ist letztlich der Fall. Durch die ausdrückliche Bezugnahme auf die UR-Nr. (...) und V (...) und die dortigen übereinstimmenden – zutreffenden – Bezeichnungen des Grundstücks, kann der Antrag des Notars vom 23.6.2016 nicht anders als auf dieses Grundstück bezogen verstanden werden (zur möglichen Auslegung des Antrags vgl. Demharter, GBO § 13 Rdnr. 15).

**17** Darüber hinaus hat die Beteiligte zu beiden vorgenannten Urkunden aber nicht nur die Eintragung bewilligt, sondern darüber hinaus auch ausdrücklich jeweils deren Vollzug im Grundbuch beantragt. Diese, das Grundstück zutreffend bezeichnenden Anträge standen neben den von dem Notar gestellten Anträgen (BGHZ 71, 349, 352; BayObLG, DNotZ 1989, 364, 365) und wären ohne Weiteres den hiesigen Grundakten zuzuordnen gewesen.

**18** Letztlich beruhte die Zurückweisung des Antrags vom 11.4.2016 auf der Reihenfolge der von den Grundbuchrechtspflegerinnen bearbeiteten Grundakten, was nicht zu beanstanden ist, aber der Beteiligten nicht zum Nachteil gereichen kann.

## STEUERRECHT

### 29. Gewinn aus der Veräußerung von Aktien – persönliche Zurechnung

BFH, Urteil vom 17.4.2018, IX R 19/17 (Vorinstanz: FG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 23.11.2016, 2 K 2395/15)

AO § 42

ESTG § 17 Abs. 1, § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1

#### LEITSATZ:

Verschenkt der Aktionär an seine minderjährigen Kinder jeweils fünf Aktien und veräußern diese jeweils zwei Aktien an einen dritten Erwerber, genügt ein enger zeitlicher Zusammenhang zwischen Schenkung und Veräußerung allein nicht, um von einer steuerlich unbeachtlichen Zwischenschaltung der Kinder (Gestaltungsmisbrauch) auszugehen, wenn nicht festgestellt ist, dass der Verkauf der Aktien vor der Schenkung bereits verhandelt und beschlossen war.

### 30. Keine Einkünfteerzielungsabsicht bei von vornherein geplanter Übertragung der Einkunftsquelle auf Rechtsnachfolger

BFH, Beschluss vom 18.4.2018, I R 2/16 (Vorinstanz: FG Bremen, Urteil vom 11.11.2015, 1 K 91/13)

AStG § 15 Abs. 1 Satz 1

#### LEITSÄTZE:

1. Nach dem Grundsatz der Individualbesteuerung hat sich die Überschussprognose auch bei unentgeltlicher Übertragung einer Einkunftsquelle (hier: Kapitalanlage) regelmäßig an der Nutzung des Vermögensgegenstandes durch den Steuerpflichtigen zu orientieren. Nur ausnahmsweise kann auch die Nutzung durch einen (unentgeltlichen) Rechtsnachfolger berücksichtigt werden.
2. Eine solche Ausnahmekonstellation liegt nicht vor, wenn bereits bei Eingehung des Investments geplant ist, die Einkunftsquelle vor dem Eintreten positiver Einkünfte unentgeltlich auf einen im niedrig besteuerten Ausland ansässigen Rechtsnachfolger zu übertragen.

### 31. Zur steuerlichen Berücksichtigung eines im Rahmen der Veräußerung von Kapitalgesellschaftsanteilen vereinbarten Vorab-Gewinnverteilungsbeschlusses

BFH, Urteil vom 13.3.2018, IX R 35/16 (Vorinstanz: FG Köln, Urteil vom 21.9.2016, 14 K 3263/13)

ESTG § 17 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1, § 20 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2a Satz 1 und 2

AO § 39 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 Satz 1, § 164 Abs. 1, § 172 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, § 173 Abs. 1 Nr. 1

FGO § 68

GmbHG § 29 Abs. 3 Satz 1, § 46 Nr. 1, § 47 Abs. 1, § 48 Abs. 2, § 51 Abs. 3

BGB § 126 Abs. 4, §§ 128, 133, 145

#### LEITSATZ:

Erwirbt bei einer GmbH der eine Gesellschafter vom anderen dessen Geschäftsanteil mit dinglicher Wirkung zum Bilanzstichtag und vereinbaren die Gesellschafter zugleich, dass dem ausscheidenden Gesellschafter der laufende Gewinn der Gesellschaft noch bis zum Bilanzstichtag zustehen und nach Aufstellung der nächsten Bilanz an ihn ausgeschüttet werden soll, kann ein zivilrechtlich wirksamer und steuerlich anzuerkennender Gewinnverteilungsbeschluss vorliegen mit der Folge, dass der im Folgejahr von der Gesellschaft an den ausgeschiedenen Gesellschafter ausgeschüttete Betrag diesem als (nachträgliche) Einkünfte aus Kapitalvermögen zuzurechnen ist; damit scheidet eine Zurechnung beim erwerbenden Gesellschafter ebenso aus wie eine nachträgliche Erhöhung des Veräußerungserlöses beim ausgeschiedenen Gesellschafter.

#### SACHVERHALT:

1 I. Die Kläger und Revisionsbeklagten (Kläger) werden als Ehegatten im Streitjahr zusammen zur Einkommensteuer veranlagt. Der Kläger war im Streitjahr (2007) zu 50 % an der A-GmbH beteiligt; weiterer Gesellschafter zu 50 % war sein Bruder B. Mit notariell beurkundetem Geschäftsanteilsübertragungsvertrag vom 26.10.2007 veräußerte der Kläger seine Geschäftsanteile „mit dinglicher Wirkung zum 31.12.2007“ an B. Unter Ziffer IV. 2. des Vertrages trafen die Vertragsparteien folgende Vereinbarung:

2 „Die Beteiligten sind darüber einig, dass dem Veräußerer [= Kläger] in Bezug auf den vorstehend übertragenen Geschäftsanteil für die Zeit vom 1.1.2007 an keinerlei Ansprüche gegenüber der Gesellschaft mehr zustehen, soweit nachstehend nicht etwas anderes vereinbart wird. Abweichend vom vorstehenden steht Herrn (...) [= Kläger] noch die Tantiemzahlung für das Jahr 2007 zu. Diese soll ausgezahlt werden nach Erstellung der Bilanz für das Geschäftsjahr 2007. Die Gewinne, die bis einschließlich 31.12.2007 erwirtschaftet werden (= in 2007 erwirtschaftete Gewinne und Gewinnvorräte), stehen Herrn (...) [= Kläger] zu ½ Anteil zu, soweit sie nicht bereits ausgeschüttet wurden. Sie werden vollständig in 2008 als Dividende ausgeschüttet. Herr (...) [B] verpflichtet sich, erforderlichenfalls entsprechende Gesellschafterbeschlüsse zu fassen.“

3 Die Kläger erklärten in ihrer Einkommensteuererklärung für das Streitjahr einen Gewinn des Klägers aus der Veräußerung von Anteilen an der A-GmbH i. S. d. § 17 EStG in der für das Streitjahr gültigen Fassung i. H. v. 12.500 €, den der Beklagte und Revisionskläger

(das FA) mit dem gemäß § 164 Abs. 1 AO unter dem Vorbehalt der Nachprüfung stehenden Einkommensteuerbescheid vom 2.6.2008 zunächst erklärungsgemäß unter Berücksichtigung des Halbeinkünfteverfahrens und eines steuerfrei bleibenden Teils (4.530 €) i. H. v. (6.250 € – 4.530 € =) 1.720 € festsetzte. Auf Anfrage des FA übermittelten die Kläger im Juni 2008 den Kaufvertrag in Ausschnitten, die Regelung in IV. 2. des Vertrages war hieraus jedoch nicht ersichtlich.

**4** Im März und im Juni 2008 beschloss B, der zu diesem Zeitpunkt alleiniger Anteilseigner der A-GmbH war, entsprechend der Regelung in IV. 2. des Kaufvertrages vom 26.10.2007 Ausschüttungen i. H. v. 48.381,79 € und 21.973 € an den Kläger.

**5** Unter dem 17.6.2008 änderte das FA den Einkommensteuerbescheid vom 2.6.2008 aus anderen Gründen und hob den Vorbehalt der Nachprüfung auf. Hiergegen legten die Kläger fristgerecht Einspruch ein, dem das FA mit Bescheid vom 28.7.2008 abhalf. Unter dem 20.11.2008 und dem 15.10.2009 änderte das FA die Einkommensteuerfestsetzung erneut aus nicht im Streit befindlichen Gründen.

**6** Mit der Einkommensteuererklärung für den Veranlagungszeitraum (VZ) 2008, die am 12.11.2009 beim FA einging, übermittelten die Kläger Steuerbescheinigungen der GmbH, aus denen hervorging, dass der Kläger im April und Juli dieses Jahres Ausschüttungen der A-GmbH i. H. v. insgesamt 70.355 € erhalten hatte. Das FA vertrat die Auffassung, dass es sich bei den Ausschüttungen nicht, wie von den Klägern erklärt, um Kapitalerträge i. S. d. § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG, sondern um ein zusätzliches Entgelt für die Anteilsübertragung handele, das die Einkünfte des Streitjahres aus § 17 EStG erhöhe. Mit Bescheid vom 23.9.2011 änderte das FA dementsprechend die Einkommensteuerfestsetzung für das Streitjahr nach § 173 Abs. 1 Nr. 1 AO und berücksichtigte die Ausschüttungen als zusätzliche Einkünfte aus der Veräußerung von Anteilen an der A-GmbH (§ 17 Abs. 1 Satz 1, § 17 Abs. 2 Satz 1 EStG). Aus der Summe der bereits im vorangegangenen Einkommensteuerbescheid berücksichtigten Einkünfte i. H. v. 6.250 € und der Nettodividende i. H. v. (Ausschüttung 70.355 € – KapEst 14.071,50 € – SolZ 774,50 € =) 55.509 €, insgesamt 61.759 €, verblieben nach Abzug des steuerfrei bleibenden Teils des Veräußerungsgewinns (= 4.530 €) steuerbare Einkünfte i. H. v. 57.229 €. Der hiergegen gerichtete Einspruch der Kläger hatte keinen Erfolg.

**7** Das FG hat der Klage mit seinem in EFG 2016, 1949 veröffentlichten Urteil stattgegeben. Es vertrat die Auffassung, dass die an den Kläger im Jahr 2008 ausgeschüttete Dividende der A-GmbH nicht zu dem im Streitjahr zu berücksichtigenden „Veräußerungspreis“ i. S. d. § 17 Abs. 2 Satz 1 EStG gehöre, sondern vom Kläger im VZ 2008 als Einkünfte aus Kapitalvermögen nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG zu versteuern sei; denn die Dividende sei dem Kläger nach § 20 Abs. 2a EStG i. d. F. des Streitjahres (a. F.) zuzurechnen. Der Kläger habe mit seinem Bruder B – dem Erwerber seine Geschäftsanteile an der A-GmbH – in Ziffer IV Nr. 2 des notariell beurkundeten Geschäftsanteilsübertragungsvertrages vom 26.10.2007 einen zeitlich vorgezogenen Gewinnverteilungsbeschluss (§ 46 Nr. 1 GmbHG) gefasst; zu diesem Zeitpunkt sei der Kläger zivilrechtlicher Inhaber (§ 39 Abs. 1 AO) von 50 % der Anteile an der A-GmbH gewesen. Die notariell beurkundete Vereinbarung sei formwirksam (§ 126 Abs. 4, § 128 BGB) und erfülle alle gesetzlichen Voraussetzungen eines wirksamen Gesellschafterbeschlusses über die Gewinnverteilung nach § 29, § 46 Nr. 1, § 47 Abs. 1, § 48 Abs. 2, § 51 Abs. 3 GmbHG. Vor diesem Hintergrund sei die im Streitjahr dem Grunde nach beschlossene und nach Ausscheiden des Klägers im Folgejahr ausgeschüttete Dividende nicht Teil des Veräußerungsgewinns im Streitjahr, sondern als Einnahme des Klägers bei den Einkünften aus Kapitalvermögen im Folgejahr zu erfassen.

**8** Im Verlauf des finanzgerichtlichen Verfahrens hat das FA mit Einkommensteuerbescheid vom 25.6.2014, der nach § 68 FGO Gegenstand des Klageverfahrens geworden ist, die Einkommensteuerfestsetzung gemäß § 172 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO geändert; hierbei ermittelte das

FA den Veräußerungsgewinn i. S. d. § 17 Abs. 2 Satz 1 EStG aus der Summe des im ursprünglichen Einkommensteuerbescheid vom 2.6.2008 berücksichtigten Veräußerungsgewinns i. H. v. 12.500 € und der Nettodividende i. H. v. 55.509 €; nach Abzug des steuerfrei bleibenden Veräußerungsgewinns i. H. v. 4.530 € und Anwendung des Halbeinkünfteverfahrens ergab sich ein Betrag von 29.474 €.

**9** Mit seiner gegen das erstinstanzliche Urteil gerichteten Revision vertritt das FA weiter die Auffassung, dass es sich bei der in Ziffer IV Nr. 2 des Geschäftsanteilsübertragungsvertrages vom 26.10.2007 enthaltenen Vereinbarung weder um einen wirksamen Ausschüttungsbeschluss noch um einen wirksamen (vorgezogenen) Gewinnverwendungsbeschluss, sondern um einen gesellschaftsrechtlich unverbindlichen Ergebnisverwendungsvorschlag handele. Da im Zeitpunkt der Ausschüttungsbeschlüsse vom März und Juni 2008 aber nicht der Kläger, sondern B alleiniger Anteilseigner der A GmbH gewesen sei, seien diesem (und nicht dem Kläger) die Ausschüttungsbeträge nach § 20 Abs. 2a EStG a. F. zuzurechnen. B habe lediglich die ihm selbst zuzurechnenden Ausschüttungen einkommensteuerrechtlich „verwendet“, indem er sie an den Kläger weitergeleitet habe. Der Kläger seinerseits habe dadurch einen zusätzlichen Veräußerungserlös für die Abtretung seiner Gesellschaftsanteile erhalten.

**10** Das FA beantragt sinngemäß, das angefochtene Urteil des FG aufzuheben und die Klage abzuweisen.

**11** Die Kläger beantragen, die Revision zurückzuweisen.

**12** Das FG sei zu Recht davon ausgegangen, dass die aufgrund der Ausschüttungsbeschlüsse vom März und Juni 2008 ausgezahlten Kapitalerträge nach § 20 Abs. 2a EStG a. F. dem Kläger zuzurechnen seien, da die Vertragsparteien des Geschäftsanteilsübertragungsvertrages vom 26.10.2007 in Ziffer IV Nr. 2 der Urkunde einen wirksamen Gewinnverteilungsbeschluss gefasst hätten; die Regelung des § 101 BGB finde, wovon das FG zutreffend ausgegangen sei, im Streitfall keine Anwendung. Entgegen der Auffassung des FA komme es daher mit Blick auf den eindeutigen Gesetzeswortlaut des § 20 Abs. 2a EStG a. F. nicht darauf an, zu welchem Zeitpunkt ein eventueller Gewinnausschüttungs- oder Gewinnverwendungsbeschluss von den Gesellschaftern gefasst worden sein sollte. Eine abweichende Gewinnverteilung könne, wie im Streitfall, satzungsdurchbrechend auch bereits vor Feststellung des Jahresabschlusses beschlossen werden. Soweit das FG aufgrund der dem Streitfall zugrundeliegenden Tatsachen die Vertragsvereinbarungen dahin gehend gewürdigt habe, stehe dies entgegen der Auffassung des FA weder in „Divergenz“ zur höchstrichterlichen Rechtsprechung, noch liege darin eine unvertretbare oder willkürliche Tatsachenwürdigung.

## AUS DEN GRÜNDEN:

**13** II. Die Revision ist unbegründet und nach § 126 Abs. 2 FGO zurückzuweisen. Das FG hat zu Recht die dem Kläger im VZ 2008 zugeflossenen Erträge aus der Beteiligung an der A-GmbH nicht als nachträgliche Einnahmen aus der Veräußerung von Anteilen dieser Gesellschaft im Streitjahr berücksichtigt; diese stellen vielmehr im nicht streitbefangenen VZ 2008 Einkünfte des Klägers aus Kapitalvermögen dar.

**14** 1. Nach § 17 Abs. 1 EStG gehört zu den Einkünften aus Gewerbebetrieb auch der Gewinn aus der Veräußerung von Anteilen an Kapitalgesellschaften, wenn der Gesellschafter innerhalb der letzten fünf Jahre am Kapital der Gesellschaft qualifiziert beteiligt war und er die Beteiligung in seinem Privatvermögen gehalten hat.

**15** a) Veräußerungsgewinn i. S. v. § 17 Abs. 1 EStG ist gemäß Abs. 2 Satz 1 der Vorschrift der Betrag, um den der Veräußerungspreis nach Abzug der Veräußerungskosten die Anschaffungskosten übersteigt. Veräußerungspreis i. S. d. genannten Vorschrift ist der Wert der Gegenleistung, die der Veräußerer

durch Abschluss des dinglichen Veräußerungsgeschäfts am maßgebenden Stichtag erlangt (Urteile des BFH vom 11.4.2017, IX R 4/16, BFH/NV 2017, 1309; vom 13.10.2015, IX R 43/14, BFHE 251, 326 = BStBl. II 2016, S. 212 m. w. N.).

**16** Der Veräußerungsgewinn ist grundsätzlich für den Zeitpunkt zu ermitteln, in dem er entstanden ist. Dies ist regelmäßig der Zeitpunkt der Veräußerung, d. h. der Zeitpunkt, zu dem das rechtliche oder zumindest das wirtschaftliche Eigentum an den veräußerten Anteilen auf den Erwerber übergegangen ist (BFH-Urteile vom 20.7.2010, IX R 45/09, BFHE 230, 380 = BStBl. II 2010, S. 969; vom 23.5.2012, IX R 32/11, BFHE 237, 234 = BStBl. II 2012, S. 675 m. w. N.). Eine nachträgliche Änderung des Veräußerungspreises kann grundsätzlich auch dann auf den Zeitpunkt der Veräußerung zurückwirken, wenn das Ereignis erst nach dem Zeitpunkt der Veräußerung eingetreten ist; ist über den Veräußerungspreis im Zeitpunkt der Betriebsübertragung keine abschließende Einigung – etwa der Höhe nach – erzielt worden, erhöht ein später – etwa aufgrund eines Gesellschafterbeschlusses – festgesetzter Mehrbetrag i. S. v. § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO rückwirkend, d. h. für das Jahr der Veräußerung, den Veräußerungsgewinn (vgl. BFH-Urteil, BFHE 237, 234 = BStBl. II 2012, S. 675 m. w. N.).

**17 b)** Nicht zur Gegenleistung und damit nicht zum Veräußerungspreis gemäß § 17 Abs. 2 EStG zählen – gesellschaftsrechtlich geschuldete oder vertraglich vereinbarte – Leistungen der Kapitalgesellschaft i. S. d. § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG an den veräußernden Gesellschafter, die von Gesetzes wegen (noch) dem Veräußerer der – später übertragenen – Kapitalbeteiligung steuerrechtlich zuzurechnen sind. Die persönliche Zurechnung solcher Kapitalerträge richtet sich vorliegend nach § 20 Abs. 2a EStG in der im Streitjahr geltenden a. F. Anteilseigner i. S. d. Vorschrift ist derjenige, dem die Anteile an der Kapitalgesellschaft im Zeitpunkt des Gewinnverteilungsbeschlusses zivilrechtlich (§ 39 Abs. 1 AO) oder – wenn ein anderer als der Eigentümer die tatsächliche Herrschaft über die Anteile ausübt – wirtschaftlich (§ 39 Abs. 2 Nr. 1 Satz 1 AO) zuzurechnen sind (§ 20 Abs. 2a Satz 2 EStG a. F.; siehe hierzu BFH, Urteil vom 16.4.2014, I R 2/12, BFHE 246, 15).

**18 c)** Werden derartige Leistungen der Kapitalgesellschaft i. S. d. § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG aufgrund zivilrechtlich wirksamer (zu diesem Erfordernis siehe etwa BFH, Urteil vom 7.11.2001, I R 11/01, BFH/NV 2002, 540) vertraglicher Abreden zwischen Veräußerer und Erwerber der Kapitalbeteiligung geschuldet, obliegt die ggf. erforderliche Auslegung der maßgeblichen Vertragsbestimmungen – etwa als Gewinnverwendungsbeschluss, als Gewinnverteilungsbeschluss, als Ausschüttungsbeschluss oder als anderweitige schuldrechtliche Vereinbarung (siehe hierzu BFH, Urteil vom 17.10.2001, I R 111/00, BFH/NV 2002, 628) – dem FG als Tatsacheninstanz; sie bindet den BFH gemäß § 118 Abs. 2 FGO, soweit sie den Grundsätzen der §§ 133, 157 BGB entspricht und nicht gegen Denkgesetze und Erfahrungssätze verstößt, d. h. jedenfalls möglich ist (vgl. zum Beispiel BFH-Urteil, BFHE 237, 234 = BStBl. II 2012, S. 675 und in BFH/NV 2002, 628).

**19 2.** Nach diesen Maßstäben hat das FG unter den besonderen Umständen des Streitfalls zu Recht entschieden, dass die dem Kläger im VZ 2008 zugeflossenen Erträge aus der Beteiligung an der A-GmbH nicht Teil des Veräußerungspreises für

die Anteile an dieser Gesellschaft sind, sondern dem Kläger als Einkünfte aus Kapitalvermögen zuzurechnen sind.

**20 a)** Die – schon nicht mit zulässigen und begründeten Revisionsrügen angegriffene – Würdigung des FG, die Vertragsparteien des Geschäftsanteilsübertragungsvertrages vom 26.10.2007 hätten in Ziffer IV Nr. 2 der Urkunde einen wirksamen Gewinnverteilungsbeschluss gefasst, lässt nach Auffassung des Senats weder einen Verstoß gegen Auslegungsgrundsätze noch einen Verstoß gegen Denkgesetze und Erfahrungssätze erkennen; sie ist daher für den BFH bindend.

**21 b)** Der Gewinnverteilungsbeschluss in Ziffer IV Nr. 2 des Geschäftsanteilsübertragungsvertrages entspricht – entgegen der Auffassung des FA – den einschlägigen gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen und ist daher zivilrechtlich wirksam (siehe BFH-Urteil, BFH/NV 2002, 540).

**22** Denn die Verteilung des Ergebnisses einer GmbH, welche dem Grunde nach im Verhältnis der Geschäftsanteile vorzunehmen ist (§ 29 Abs. 3 Satz 1 GmbHG), kann mit Zustimmung aller Gesellschafter (§ 46 Nr. 1 GmbHG) auch abweichend (siehe in Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, GmbHG, § 46 Rdnr. 17: „beliebig“) von dieser gesetzlichen Grundregel und – im Falle notarieller Beurkundung (§ 126 Abs. 4, § 128 BGB) – grundsätzlich auch abweichend von eventuellen anderslautenden Satzungsbestimmungen erfolgen (vgl. Urteil des BGH vom 7.6.1993, II ZR 81/92, BGHZ 123, 15 m. w. N.; BFH, Urteil vom 27.1.1977, I R 39/75, BFHE 122, 43 = BStBl. II 1977, S. 491; Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, § 29 Rdnr. 53; Scholz/Verse, GmbHG, 12. Aufl., § 29 Rdnr. 76; MünchKomm-GmbHG/Ekkenga, § 29 Rdnr. 192). Eine derartige, von allen an der GmbH beteiligten Gesellschaftern einstimmig beschlossene Gewinnverteilung kann gesellschaftsrechtlich auch schon vor Ablauf des Geschäftsjahres und Feststellung des Jahresabschlusses vorgenommen werden; eine entsprechende, zivilrechtlich wirksame Vorab-Gewinnverteilung ist grundsätzlich steuerrechtlich anzuerkennen (BFH-Urteil, BFHE 122, 43 = BStBl. II 1977, S. 491). Die Voraussetzungen für eine von der gesetzlichen Grundregel oder eventueller Satzungsbestimmungen abweichende schriftliche Beschlussfassung ohne vorherige Einberufung einer Gesellschafterversammlung bei gleichzeitiger Anwesenheit aller Gesellschafter waren im Streitfall ebenfalls erfüllt (§ 47 Abs. 1, § 48 Abs. 2, § 51 Abs. 3 GmbHG).

**23 c)** Der Gewinnverteilungsbeschluss in Ziffer IV Nr. 2 des Geschäftsanteilsübertragungsvertrages entspricht auch den Anforderungen an die hinreichende Klarheit gesellschaftsrechtlicher Bestimmungen und Vereinbarungen, da der dem Kläger hiernach zustehende „Tantiemeanspruch“ im Zuge der Erstellung der Bilanz der GmbH für das Geschäftsjahr 2007 zumindest bestimmbar ist.

**24 d)** Im Streitfall sind auch keine weiteren Umstände ersichtlich, die gegen die grundsätzliche steuerrechtliche Anerkennung der zivilrechtlich wirksamen vorgezogenen Gewinnverteilung sprechen könnten. Da die beteiligten Gesellschafter in dem maßgeblichen Beschluss eine Verteilungsquote bestimmt haben, die ihnen mit Blick auf ihre mitgliedschaftlichen Beteiligungsrechte im Streitjahr ohnehin zustand, besteht kein An-

haltspunkt dafür, dass die gewählte Vereinbarung dem Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten des Rechts (§ 42 AO) dienen sollte.

25 e) Zwischen den Beteiligten ist zudem unstreitig, dass der Kläger im Zeitpunkt des in Ziffer IV Nr. 2 des Geschäftsanteilsübertragungsvertrages zivilrechtlich wirksam gefassten Gewinnverteilungsbeschlusses zivilrechtlicher Eigentümer der maßgeblichen Anteile an der A-GmbH gewesen ist; ihm sind mithin nach der ausdrücklichen gesetzlichen Regelung in § 20 Abs. 2a EStG a. F. die im VZ 2008 ausgeschütteten Erträge als Einkünfte aus Kapitalvermögen zuzurechnen.

(...)

#### HINWEIS DER SCHRIFTLEITUNG:

Siehe zu dieser Entscheidung auch den Aufsatz von **Wachter**, MittBayNot 2019, 116 (in diesem Heft).

## SONSTIGES

### HINWEISE FÜR DIE PRAXIS

# Identifizierung bei Befreiung von der Ausweispflicht

Von Notar Prof. Dr. Dr. **Herbert Grziwotz**, Regen und Zwiesel

## 1. Gesetzliche Identifizierungspflichten

### a) Beurkundungsrechtliche Identifizierung und Datenschutz

Nach § 10 Abs. 1 BeurkG soll der Notar die Identität der Beteiligten rechtssicher feststellen. Die Person der Beteiligten soll zweifelsfrei und richtig ermittelt werden.<sup>1</sup> Einzelheiten hierzu regelt § 26 DONot. Die Pflicht zur Feststellung der Person der Beteiligten „mit besonderer Sorgfalt“ (§ 26 Abs. 1 DONot) gilt sowohl bei Beurkundungen als auch bei Beglaubigungen (§ 40 Abs. 4 BeurkG). Hierzu darf der Notar die personenbezogenen Daten der Betroffenen auch ohne deren Einwilligung erheben. Die Beteiligten können nicht unter Berufung auf das Recht auf informationelle Selbstbestimmung und die DS-GVO die Angabe der für das Beurkundungsverfahren erforderlichen Daten verweigern. Kann der Notar sich über die Person der Beteiligten keine Gewissheit verschaffen, wird aber gleichwohl die Beurkundung verlangt, so soll er dies unter Angabe des Sachverhalts in der Niederschrift vermerken (§ 10 Abs. 3 Satz 2 BeurkG). Auf Unterschriftsbeglaubigungen ist diese Vorschrift nicht anzuwenden (§ 40 Abs. 4 BeurkG). Weigern sich die Beteiligten, erforderliche Angaben zu machen, muss der Notar die Niederschrift aufnehmen, wenn alle Beteiligten hierauf bestehen.<sup>2</sup> Bei den anzugebenden Daten handelt es sich grundsätzlich um den Namen, den Geburtsnamen, das Geburtsdatum, den Wohnort und die Wohnung (§ 26 Abs. 2 Satz 1 DONot). Als Identifizierungsmittel bei nicht bekannten Personen kommen in erster Linie amtliche Lichtbildausweise, insbesondere Personalausweise und Reisepässe, sowie ggf. auch Dienstaussweise in Betracht. Ausreichend sind auch vorläufige Ausweispapiere oder Ersatzpapiere.<sup>3</sup> Auch bei abgelaufenen Ausweispapieren handelt es sich um wirksame amtliche Dokumente, sodass auch sie zur Identifizierung verwendet werden können.<sup>4</sup> Nicht ausreichend sind öffentliche Doku-

mente ohne Lichtbild.<sup>5</sup> Ergibt sich aus Ersatzpapieren, dass die Daten auf den Angaben des Ausgewiesenen beruhen (§ 4 Abs. 6 AufenthV), sollte dies in der Niederschrift vermerkt werden.<sup>6</sup> Dies gilt in gleicher Weise, wenn der Notar das Gesicht der ausgewiesenen Person nicht mit dem Bild auf dem Ausweis vergleichen kann, weil dies zum Beispiel wegen eines unentbehrlichen Verbandes oder einer beibehaltenen Verschleierung nicht möglich ist.

### b) Identifizierung nach dem GwG

Notare haben nach § 12 Abs. 1 GwG bei natürlichen Personen die Identitätsüberprüfung anhand eines gültigen amtlichen Ausweises, der ein Lichtbild des Inhabers enthält und mit dem die Pass- und Ausweispflicht im Inland erfüllt wird, insbesondere anhand eines inländischen oder nach ausländerrechtlichen Bestimmungen anerkannten oder zugelassenen Passes, Personalausweises (auch vorläufigen)<sup>7</sup> oder Pass- oder Ausweisersatzes, vorzunehmen.<sup>8</sup> Es muss sich dabei nach dem Gesetzeswortlaut um einen gültigen amtlichen Ausweis handeln. Dieser darf somit grundsätzlich noch nicht abgelaufen sein.<sup>9</sup> Maßgeblicher Zeitpunkt hinsichtlich der Gültigkeit ist der Zeitpunkt der Begründung der Geschäftsbeziehung bzw. der Durchführung der Transaktion; deshalb ist es grundsätzlich unschädlich, wenn das zur Identifizierung vorgelegte Dokument im Laufe der Geschäftsbeziehung, zum Beispiel durch Ablauf des Gültigkeitszeitraums, ungültig wird.<sup>10</sup> Bei einer Folgebeurkundung (zum Beispiel Messungsanerkennung) muss jedoch ein gültiges Ausweispapier vorgelegt werden.<sup>11</sup> Betroffen sind insbesondere Immobilienkaufverträge und Gesellschaftsgründungen (§ 2 Abs. 1 Nr. 10 GwG). Dem Notar sind von den Mandanten hierzu die Unterlagen, also ein gültiger amtlicher Ausweis, zur Verfügung zu stellen (§ 11 Abs. 6 Satz 1 GwG). Nicht ausreichend sind Fernidentifizierungen mittels einer beglaubigten Kopie eines Ausweisdokuments;

1 Grziwotz/Heinemann/Heinemann, BeurkG, 3. Aufl. 2018, § 10 Rdnr. 1; Weingärtner/Gassen/Sommerfeldt/Weingärtner, DONot, 13. Aufl. 2016, § 26 Rdnr. 3.

2 Grziwotz/Heinemann/Heinemann, BeurkG, § 10 Rdnr. 15.

3 Winkler, BeurkG, 18. Aufl. 2017, § 10 Rdnr. 19; Armbrüster/Preuss/Renner/Eickelberg, BeurkG, DONot, 7. Aufl. 2015, § 26 DONot Rdnr. 7.

4 OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 10.10.1988, Not 4/88, DNotZ 1989, 640, 642; Armbrüster/Preuss/Renner/Eickelberg, BeurkG, DONot, § 26 DONot Rdnr. 9; Lerch, BeurkG, 5. Aufl. 2016, § 10 Rdnr. 6 f.; Weingärtner/Gassen/Sommerfeldt/Weingärtner, DONot, § 26 Rdnr. 9; Grziwotz/Heinemann/Heinemann, BeurkG, § 10 Rdnr. 19.

5 Grziwotz/Heinemann/Heinemann, BeurkG, § 10 Rdnr. 19 und Armbrüster/Preuss/Renner/Eickelberg, BeurkG, DONot, § 26 DONot Rdnr. 12.

6 Winkler, BeurkG, § 10 Rdnr. 21; Grziwotz/Heinemann/Heinemann, BeurkG, § 10 Rdnr. 19.

7 Herzog/Achtelik/Figura, GwG, 3. Aufl. 2018, § 12 Rdnr. 4.

8 Winkler, BeurkG, § 10 Rdnr. 19.

9 Frankfurter Kommentar-GwG/Sonnenberg, 2018, § 12 Rdnr. 4; Herzog/Achtelik/Figura, GwG, § 12 Rdnr. 1 und 6.

10 Frankfurter Kommentar-GwG/Sonnenberg, § 12 Rdnr. 5; Herzog/Achtelik/Figura, GwG, § 12 Rdnr. 6.

11 Frankfurter Kommentar-GwG/Sonnenberg, § 12 Rdnr. 5.

dessen Nachreichung nach der Beurkundung genügt somit nicht.<sup>12</sup>

## 2. Befreiung von der Ausweispflicht

Deutsche (Art. 116 Abs. 1 GG) sind grundsätzlich verpflichtet, einen gültigen Ausweis zu besitzen, sobald sie 16 Jahre alt sind und der allgemeinen Meldepflicht unterliegen oder, ohne ihr zu unterliegen, sich überwiegend in Deutschland aufhalten (§ 1 Abs. 1 Satz 1 PAuswG). Demgegenüber besteht für diesen Personenkreis keine Verpflichtung, zusätzlich im Besitz eines gültigen Reisepasses zu sein, sofern sie nicht aus der Bundesrepublik Deutschland ausreisen (§ 1 Abs. 1 PassG). Die gesetzliche Ausweispflicht knüpft nicht daran an, ob der Betroffene, wie dies mitunter in ländlichen Gegenden vorgetragen wird, seine Heimatgemeinde nicht (mehr) verlässt. Allerdings kann die zuständige Personalausweisbehörde eine Person von der Ausweispflicht befreien, wenn für diese dauerhaft eine Betreuung angeordnet wurde oder für eine handlungs- oder einwilligungsunfähige Person, für die ein Vorsorgebevollmächtigter mit einer öffentlich beglaubigten Vollmacht als Vertreter vorhanden ist (§ 1 Abs. 3 Nr. 1 PAuswG). Gleiches gilt für Personen, die voraussichtlich dauerhaft in einem Krankenhaus, einem Pflegeheim oder einer ähnlichen Einrichtung untergebracht sind (§ 1 Abs. 3 Nr. 2 PAuswG) oder die sich wegen einer dauerhaften Behinderung nicht allein in der Öffentlichkeit bewegen können (§ 1 Abs. 3 Nr. 3 PAuswG). In allen diesen Fällen besteht kein Bedürfnis für den Besitz eines Ausweises.<sup>13</sup> Voraussetzung für die Erteilung einer Befreiung ist ein Antrag; andernfalls besteht die Ausweispflicht fort.<sup>14</sup> Der Umstand allein, dass eine Person ihre Wohnung nicht mehr verlässt, genügt somit nicht, und zwar auch dann nicht, wenn sie eine öffentlich beglaubigte Vorsorgevollmacht erteilt hat. Die zuständige Behörde muss das Vorliegen des im Gesetz genannten jeweiligen Zustandes feststellen und eine Befreiung von der Ausweispflicht erteilen. Liegt eine derartige Befreiung vor, ist der Notar weder befugt noch verpflichtet zu prüfen, ob die diesbezüglichen Umstände nach § 1 Abs. 3 PAuswG vorliegen, die Voraussetzung für die behördliche Befreiung sind. Er muss lediglich das Vorliegen der Befreiung selbst überprüfen.

## 3. Identifizierung und Erfüllung der Verpflichtungen nach dem GwG bei Befreiung von der Ausweispflicht

Der Notar muss sich auch bei Befreiung von der Ausweispflicht von der Identität des Urkundsbeteiligten (§ 10 Abs. 1 BeurkG) überzeugen. Allein die Vorlage des Schreibens, in dem der Betroffene von der Ausweispflicht befreit wurde, genügt hierzu regelmäßig nicht. Es enthält nämlich kein Lichtbild, sodass eine Identifizierung aufgrund dieses Schreibens nicht möglich ist. Denkbar ist es jedoch, dass der Betroffene einen abgelaufenen Ausweis und das Befreiungsschreiben vorlegt. Auch die Vorstellung durch eine zuverlässige Person ist möglich. Letztlich kann der Notar, wenn es keine andere Identifizie-

rungsmöglichkeit gibt, aufgrund mehrerer Kriterien und letztlich auch aufgrund Vorlage des Befreiungsschreibens und Sachkenntnis den Beteiligten beurkundungsrechtlich identifizieren, wobei er die entsprechenden Angaben in die Urkunde aufzunehmen hat.<sup>15</sup>

Formulierungshilfen:

Ausgewiesen durch seinen von der Gemeinde (...) am (...) ausgestellten Personalausweis mit der Nr. (...), der am (...) abgelaufen ist, und Vorlage des im Original vorgelegten und in beglaubigter Abschrift beigefügten Schreibens der Gemeinde (...), mit dem er von der Ausweispflicht befreit wurde.

Der Beteiligte konnte auch keinen abgelaufenen Personalausweis oder Reisepass vorlegen. Er ist jedoch im Besitz eines am 13.2.1978 ausgestellten bundesdeutschen Führerscheins mit Lichtbild, einer elektronischen Gesundheitskarte (eGK) mit Lichtbild und Geburtsdatum sowie dem Befreiungsschreiben der Gemeinde (...), mit dem er von der Ausweispflicht befreit wurde.

§ 12 Abs. 1 GwG enthält keine Ausnahme hinsichtlich der Identitätsüberprüfung, wenn eine Befreiung von der Ausweispflicht nach § 1 Abs. 3 PAuswG erfolgt ist. Der Gesetzgeber hat diesen Fall nicht geregelt. Allerdings wird man dennoch nicht davon ausgehen müssen, dass Personen, deren Identitätsüberprüfung nicht gemäß § 12 Abs. 1 GwG möglich ist, zwingend von der Beurkundung ausgeschlossen sind.<sup>16</sup> Für den Betroffenen besteht nach dieser Ansicht keine zwingende Verpflichtung, sich für die Identifizierung nach dem GwG einen gültigen Personalausweis zu beschaffen. In diesem Fall kann auch die Vorlage eines bereits abgelaufenen Ausweisdokuments den Anforderungen an die Geeignetheit zur Identifizierung genügen.<sup>17</sup> Dabei sind das Alter des Ausweispapiers, d. h. der Zeitraum seit dem Ablauf, sowie die damit verbundene Möglichkeit der Identifizierung anhand des (alten) Lichtbilds und der Unterschrift zu berücksichtigen.<sup>18</sup> Empfohlen wird, die Entscheidung für das Akzeptieren des abgelaufenen Ausweispapiers und deren Begründung schriftlich zu dokumentieren.<sup>19</sup> Dies kann auch in der Dokumentation gemäß § 8 GwG erfolgen.<sup>20</sup>

Formulierungshilfe (Ergänzung bei Identifizierung nach dem GwG):

Aus dem Befreiungsschreiben der Gemeinde (...) ergibt sich, dass bei (...) aufgrund der Einschränkung seiner Beweglichkeit nur ein geringes Risiko der Geldwäsche und der Terrorisfinanzierung besteht. Der vorgelegte Personalausweis

15 Zur „Gesamtschau“ vgl. Grziwotz/Heinemann/Heinemann, BeurkG, § 10 Rdnr. 20.

16 So aber wohl Armbrüster/Preuss/Renner/Eickelberg, BeurkG, DONot, § 26 DONot Rdnr. 9; Weingärtner/Gassen/Sommerfeldt/Weingärtner, DONot, § 26 Rdnr. 9 und 31.

17 Herzog/Achtelik/Figura, GwG, § 12 Rdnr. 7; Frankfurter Kommentar-GwG/Sonnenberg, § 12 Rdnr. 4.

18 Herzog/Achtelik/Figura, GwG, § 12 Rdnr. 7; zum Lichtbild- und Unterschriftenabgleich siehe auch Frankfurter Kommentar-GwG/Sonnenberg, § 12 Rdnr. 4 a. E.

19 Frankfurter Kommentar-GwG/Sonnenberg, § 12 Rdnr. 4.

20 Abweichend wohl Weingärtner/Gassen/Sommerfeldt/Weingärtner, DONot, § 26 Rdnr. 10 („in der Niederschrift“).

12 Frankfurter Kommentar-GwG/Sonnenberg, § 12 Rdnr. 3.

13 Hornung/Möller/Möller, PassG/PAuswG, 2011, § 1 PAuswG Rdnr. 11.

14 Hornung/Möller/Möller, PassG/PAuswG, § 1 PAuswG Rdnr. 12.

ist nur (...) Jahre abgelaufen. Zudem wurde zusätzlich die aktuelle eGK vorgelegt. Es wäre deshalb unverhältnismäßig, die Nachreichung eines aktuellen Personalausweises zu verlangen.

Allerdings kann in den Fällen, in denen sich der Notar oder die Notarin davon überzeugt hat, dass ein geringes Risiko der Geldwäsche zur Terrorismusfinanzierung besteht (§ 14 Abs. 1 Satz 2 GwG), im Rahmen der dann gesetzlich zulässigen vereinfachten Sorgfaltspflichten die Überprüfung der Identität auf der Grundlage von sonstigen Dokumenten, die von einer glaubwürdigen unabhängigen Stelle stammen und für die Überprüfung geeignet sind, erfolgen (§ 14 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GwG). Beispielsfälle sind insbesondere ungültige Ausweispapiere.<sup>21</sup> Betroffen sind insoweit Grundstücksgeschäfte mit geringem Risiko, wie zum Beispiel Straßengrundabtretungen mit älteren, gebrechlichen oder sonstigen in der Beweglichkeit eingeschränkten Eigentümern. Diese Vorschrift bleibt auch in den Fällen der Befreiung von der Ausweispflicht anwendbar.

---

21 Herzog/Achtelik/*Figura*, GwG, § 14 Rdnr. 10.



## VERANSTALTUNGSHINWEISE

### 14. Symposium des Instituts für Notarrecht an der Friedrich-Schiller-Universität Jena

#### Immobilienbesitz und Unternehmensbeteiligungen bei Trennung, Scheidung, Tod

Freitag, 26. April 2019, 9.30 Uhr

Rosensäle der Friedrich-Schiller-Universität

Fürstengraben 27, 07743 Jena

##### Aus dem Programm:

Die Rechtslage bei Trennung und Scheidung  
(Prof. Dr. *Elisabeth Koch*, Jena/ Frankfurt)

Besonderheiten und Gestaltungsmöglichkeiten im Hinblick  
auf Immobilienbesitz und Unternehmensbeteiligungen  
(Notar Dr. *Wolfgang Reetz*, Köln)

Die Rechtslage beim Tod des Erblassers  
(Prof. Dr. *Jan Lieder*, LL.M., Freiburg)

Wohnrechte und Pflichtteilergänzung  
(Prof. Dr. *Friedemann Kainer*, Mannheim)

Besonderheiten und Gestaltungsmöglichkeiten im Hinblick  
auf Unternehmensbeteiligungen  
(RA Dr. *Christian Bochmann*, LL.M., Hamburg)

**Tagungsbeitrag:** 90 € für Mitglieder der NotRV, 150 € für  
Nichtmitglieder, 45 € für Notarassessoren und Rechtsanwälte  
mit höchstens dreijähriger Zulassung, frei für Notarassesso-  
ren, die Mitglieder der NotRV sind, sowie für Studenten und  
Mitarbeiter der FSU Jena.

##### Kontakt/Anmeldung:

Bis 12. April 2019 an das Institut für Notarrecht, Friedrich-  
Schiller-Universität Jena, Carl-Zeiß-Straße 3, 07743 Jena,  
Tel.: 03641/9-42510, E-Mail [notarinstitut@uni-jena.de](mailto:notarinstitut@uni-jena.de).

### 19. Wissenschaftliches Symposium des Instituts für Notarrecht an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg

#### Erbrecht 2019: Perspektiven für die notarielle Gestaltungspraxis

Freitag, 24. Mai 2019, 9:15 Uhr

Neubaukirche, Domerschulstraße 16, 97070 Würzburg

##### Aus dem Programm:

Aktuelle Rechtsprechung des BGH in Erbsachen  
(RiBGH Prof. Dr. *Christoph Karczewski*, Karlsruhe)

Testamentsvollstreckung bei Personengesellschaften  
(Notar Dr. *Dietmar Weidlich*, Roth)

Ungelöste Probleme des § 2065 bei der Gestaltung von  
Testamenten (Prof. Dr. *Tobias Helms*, Universität Marburg)

Aktuelle Fragen des Erbvertrags und des gemeinschaftlichen  
Testaments (Notar Dr. *Reinhard Kössinger*, Illertissen)

Das Behindertentestament und sein fragiler Schutzmechanis-  
mus (Dr. *Gabriele Müller-Engels*, DNotI, Würzburg)

Nacherbschaft – Veräußerung nacherbengebundener Grund-  
stücke (Notar Dr. *Christian Hartmann*, Jüchen)

Aktuelles zur Europäischen Erbrechtsverordnung  
(Prof. Dr. *Oliver Remien*, Universität Würzburg)

Aktuelle Probleme des Erbschaftsteuergesetzes  
(Notar Dr. *Jörg Ihle*, Bergisch Gladbach)

**Tagungsbeitrag:** frei für Notarassessoren mit NotRV-Mitglied-  
schaft, 40 € für Notare a. D. mit NotRV-Mitgliedschaft, 85 € für  
Notare a. D., Notarassessoren ohne NotRV-Mitgliedschaft,  
Rechtsanwälte mit maximal dreijähriger Zulassung und Notari-  
atsangestellte, 165 € für NotRV-Mitglieder, 215 € für Nichtmit-  
glieder; der Tagungsbeitrag ist vor Beginn der Tagung und  
nach Erhalt der Rechnung zu überweisen.

##### Kontakt/Anmeldung:

Institut für Notarrecht an der Universität Würzburg,  
Gerberstraße 19, 97070 Würzburg, Fax: 0931 35576225,  
E-Mail: [notrv@dnoti.de](mailto:notrv@dnoti.de), weitere Informationen unter  
[www.notarinstitut.de](http://www.notarinstitut.de).

## Tagung des Instituts für das Recht der Digitalisierung an der Philipps-Universität Marburg

### Gesellschaftsrecht im digitalen Zeitalter

Freitag, 7. Juni 2019, 9.00 Uhr

Forschungszentrum Deutscher Sprachatlas

Pilgrimstein 16, 35032 Marburg

#### Aus dem Programm:

Digitalisierung im „EU Company Law Package“ –  
Überblick und Sachstand

(Dr. *Susanne Knöfel*, Europäische Kommission, Brüssel)

Digitale Gründung im europäischen Rechtsvergleich

(Prof. Dr. *Christoph Teichmann*, Universität Würzburg)

Digitalisierung und Registerrecht

(Notar Prof. Dr. *Alexander Kraška*, Landsberg am Lech)

Notare im digitalisierten Gesellschaftsrecht

(Notar Prof. Dr. *Jens Bormann*, Präsident der Bundesnotarkammer, Berlin)

Blockchain und Gesellschaftsrecht

(PD Dr. *Chris Thomale*, Universität Heidelberg)

Security Tokens bei Venture Capital

(*Michael Duttlinger*, Cashlink Payments GmbH, Frankfurt)

Künstliche Intelligenz und Gesellschaftsrecht  
(RA Dr. *Gerald Reger*, Noerr LLP, München)

Automation juristischer Entscheidungen –  
Status Quo und Ausblick

(RA *Michael Grupp*, Bryter GmbH, Berlin)

**Tagungsbeitrag:** 50 € für Studierende/Rechtsreferendare,  
100 € für Angehörige von Universitäten und sonstigen For-  
schungseinrichtungen sowie Notarassessoren, 250 € für Mit-  
glieder des Fördervereins, 350 € im Übrigen.

#### Kontakt/Anmeldung:

Bis 24. Mai 2019 an Philipps-Universität Marburg,  
Fachbereich Rechtswissenschaften, Institut für das Recht der  
Digitalisierung, Prof. Dr. Sebastian Omlor, LL.M. (NYU), LL.M.  
Eur., Universitätsstr. 6, 35032 Marburg, [post@irdi.institute](mailto:post@irdi.institute).  
Weitere Informationen unter [www.irdi.institute](http://www.irdi.institute).

## Veranstaltungen des DAI

1. **Praxis der Handelsregisteranmeldung nebst Kostenrecht**  
(Schmidt/Tondorf)  
5.3.2019 in Oldenburg
2. **Grundkurs GmbH-Recht für Mitarbeiter im Notariat**  
(Bach)  
7.3.2019 in Kiel
3. **Aktuelle Probleme der notariellen Vertragsgestaltung im Immobilienrecht 2018/2019**  
(Herrler/Hertel/Kessler)  
15.3.2019 in Stuttgart
4. **Urkundenvorbereitung von A bis Z**  
(Tondorf)  
19.3.2019 in Bochum  
8.4.2019 in Kassel
5. **Vertragsvorbereitung, -gestaltung und Abwicklung von Grundstücks-, Wohnungseigentums- und Erbbaurechtskaufverträgen**  
(Tondorf)  
22.3.2019 in Berlin
6. **Das Bauträgerrecht in der notariellen Praxis**  
(Monreal)  
27.3.2019 in Bochum
7. **Übergabeverträge im Grundbuch-, Sozial-, Pflichtteils- und Steuerrecht**  
(Gibhardt)  
29.3.2019 in Heusenstamm
8. **Die Gestaltung des Unternehmertestaments**  
(Spiegelberger)  
30.3.2019 in Kassel
9. **Mitarbeiterlehrgang: (Wieder-)Einstieg in die Praxis des Notariats**  
(Tondorf)  
1.4.-5.4.2019 in Stuttgart
10. **Unternehmensnachfolge in der notariellen Praxis**  
(Spiegelberger)  
3.4.2019 in Heusenstamm
11. **Aktuelle Probleme der notariellen Vertragsgestaltung im Immobilienrecht**  
(Herrler/Hertel/Kessler)  
5.4.2019 in Berlin  
6.4.2019 in Weimar
12. **Praxis der Handelsregisteranmeldung nebst Kostenrecht**  
(Schmidt/Tondorf)  
9.4.2019 in Stuttgart

Soweit nicht anders vermerkt, handelt es sich um Veranstaltungen des Fachinstituts für Notare. Anfragen sind ausschließlich zu richten an das Deutsche Anwaltsinstitut e. V., Fachinstitut für Notare, Postfach 25 02 54, 44740 Bochum, Telefon 0234 970640, Fax 0234 703507, E-Mail: notare@anwaltsinstitut.de.

## NEUERSCHEINUNGEN

1. Bamberger/Roth/Hau/Poseck: BGB. Band 1: §§ 1-480. 4. Aufl., Beck, 2018. 3.122 S., 189 €
2. Bamberger/Roth/Hau/Poseck: BGB. Band 3: §§ 705-1017, PartGG, ProdHaftG, ErbbauRG, WEG. 4. Aufl., Beck, 2018. 2.448 S., 189 €
3. Bamberger/Roth/Hau/Poseck: BGB. Band 4: §§ 1018-1921, GewSchG, LPartG, VersAusglG. 4. Aufl., Beck, 2018. 2.707 S., 189 €
4. Böttcher/Habighorst/Schulte: Umwandlungsrecht. 2. Aufl., Nomos, 2019. 1.899 S., 198 €
5. Boruttau: Grunderwerbsteuergesetz. 19. Aufl., Beck, 2018. 823 S., 139 €
6. Brüggem/Breit/Solveen/Rettinger: Die Prüfung der Rechtsanwalts- und Notarfachangestellten. 11. Aufl., NWB, 2018. 1.081 S., 36,90 €
7. Buchholz: Die Zukunft britischer Gesellschaften in Europa – insbesondere in Deutschland. Kovac, 2018. 216 S., 88,90 €
8. Burandt/Rojahn: Erbrecht. 3. Aufl., Beck, 2018. 2.050 S., 249 €
9. Diehn: BNotO. 2. Aufl., Heymanns, 2018. 1.100 S., 149 €
10. Döbereiner/Frank: Internationales Güterrecht für die Praxis. Giesecking, 2018. 135 S., 44 €
11. Esbjörnsson/Notarkasse A. d. ö. R.: Gesellschaftsrecht. Deutscher Notarverlag, 2018. 120 S., 19,90 €
12. Frieser/Sarres/Stückemann/Tschichoflos: Handbuch des Fachanwalts Erbrecht. 7. Aufl., Luchterhand, 2018. 1.876 S., 154 €
13. Gerhlein/Born/Simon: GmbHG. 4. Aufl., Heymanns, 2018. 2.516 S., 169 €
14. Gummert/Weipert: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts. Band 2: Kommanditgesellschaft, GmbH & Co.KG, Publikums-KG, Stille Gesellschaft. 5. Aufl., Beck, 2018. 2.313 S., 199 €
15. Habersack/Schäfer: Das Recht der OHG. 2. Aufl., De Gruyter, 2018. 1.350 S., 299 €
16. Heilmeyer: Der Notar im Aktienrecht. Nomos, 2019. 489 S., 128 €
17. Henssler/Strohn: Gesellschaftsrecht. 4. Aufl., Beck, 2018. 2.983 S., 299 €
18. Hirte: Kapitalgesellschaftsrecht. 9. Aufl., RWS, 2019. 730 S., 108 €
19. Hölter: Handbuch Unternehmenskauf. 9. Aufl., Schmidt, 2018. 1.711 S., 199 €
20. Hoffmann-Becking/Gebele: Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht. 13. Aufl., Beck, 2018. 2.833 S., 139 €
21. Hornung: Leaver-, Vesting- und Shoot-Out-Klauseln. Lang, 2018, 288 S., 54,95 €
22. Inkmann: Die Sittenwidrigkeit von Pflichtteilsverzichten. Nomos, 2019. 323 S., 84 €
23. Jankovic: Vererben an Minderjährige unter Ausschluss der gesetzlichen Vertretung. Kovac, 2018. 206 S., 88,90 €
24. Jung/Krebs/Stiegler: Gesellschaftsrecht in Europa. Nomos, 2019. 2.370 S., 248 €
25. Junk/Notarkasse A. d. ö. R.: Erbrecht. Deutscher Notarverlag, 2018. 118 S., 19,90 €
26. Keim/Lehmann: Beck'sches Formularbuch Erbrecht. 4. Aufl., Beck, 2018. 1.429 S., 139 €
27. Kell/Notarkasse A. d. ö. R.: Grundbuch – Rechte in Abt. II. Deutscher Notarverlag, 2018. 224 S., 19,90 €
28. Keller/Munzig: Grundbuchrecht. 8. Aufl., Deutscher Notarverlag, 2018. 1.740 S., 185 €
29. Kerschler/Krug: Das erbrechtliche Mandat. 6. Aufl., Zerb, 2018. 1.888 S., 129 €
30. Kersten/Eickelberg/Herrler/Bühling: Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit. 26. Aufl., Heymanns, 2018. 3.344 S., 319 €
31. König: Die Stiftung als Instrument der Nachlassplanung. Mohr Siebeck, 2019. 339 S., 99 €
32. Krämer: Das Sonderrecht der Familiengesellschaften. Nomos, 2019. 461 S., 119 €
33. Kroiß/Horn/Solomon: Nachfolgerecht. 2. Aufl., Nomos, 2019. 2.329 S., 198 €
34. Krug/Rudolf/Kroiß/Bittler: Anwaltsformulare Erbrecht. 6. Aufl., Zerb, 2018. 2.362 S., 139 €
35. Langenfeld/Milzer: Handbuch der Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen. 8. Aufl., Beck, 2018. 408 S., 69 €
36. Limmer: Handbuch der Unternehmensumwandlung. 6. Aufl., Heymanns, 2018. 1.796 S., 189 €
37. Manz/Mayer/Schröder: Europäische Aktiengesellschaft SE. 3. Aufl., Nomos, 2019. 1.369 S., 179 €
38. Markus/Kaiser/Pioch: AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln. 5. Aufl., Werner, 2018. 604 S., 89 €
39. McCready: Die Abnahme des Gemeinschaftseigentums im Rahmen von Bauträgerverträgen. Lang, 2018. 235 S., 61,95 €
40. Münch: Die Scheidungsimmoblie. 3. Aufl., Heymanns, 2018. 616 S., 98 €

41. Oertzen/Ponath: Asset Protection im deutschen Recht. 3. Aufl., Zerb, 2018. 300 S., 59 €
42. Ossola-Haring: Vererbung von GmbH-Anteilen. HDS, 2019. 98 S., 39,90 €
43. Palandt: Bürgerliches Gesetzbuch. 78. Aufl., Beck, 2019. 3.357 S., 115 €
44. Preißer/von Rönn: Die KG und die GmbH & Co. KG. 4. Aufl., Schäffer-Poeschel, 2018. 502 S., 99,95 €
45. Riedel/Eulberg/Ott-Eulberg: Die Lebensversicherung im Erb- und Erbschaftsteuerrecht. 3. Aufl., Zerb, 2018. 504 S., 49 €
46. Reißmann: Die Erbengemeinschaft. 3. Aufl., Deutscher Notarverlag, 2018. 800 S., 99 €
47. Roth/Altmeppen: GmbHG. 9. Aufl, Beck, 2018. 1.511 S., 109 €
48. Schare/Ziba-Ali: Urkundenabwicklung von A-Z. 4. Aufl., Deutscher Notarverlag, 2018. 480 S., 49 €
49. Schröder: Baugesetzbuch. 9. Aufl., Nomos, 2019. 2.840 S., 258 €
50. Schulze/Dörner/Ebert/Hoeren/Kemper/Saenger/Scheuch/Schreiber/Schulte-Nölke/Staudinger/Wiese: BGB. 10. Aufl., Nomos, 2018. 3.112 S., 69 €
51. Schwab: AGB-Recht. 3. Aufl., Müller, 2018. 568 S., 59,99 €
52. Spernath/Notarkasse A. d. ö. R.: Grundstücksrecht Spezial. Deutscher Notarverlag, 2018. 120 S., 19,90 €
53. Staudinger: Kommentar zum BGB. Einführungsgesetz §§ 19-24 EGBGB. De Gruyter, 2018. 673 S., 239 €
54. Staudinger: Kommentar zum BGB. Einleitung zum IPR, Internationales Privatrecht. De Gruyter, 2018. 511 S., 189,95 €
55. Staudinger: Kommentar zum BGB. Buch 4: Familienrecht §§ 1684-1717 (Elterliche Sorge, Umgangsrecht). 18. Aufl., De Gruyter, 2018. 894 S., 339 €
56. Stein/Jonas: Kommentar zur Zivilprozessordnung. Band 6: §§ 511-703d. 23. Aufl., Mohr Siebeck, 2018. 1.057 S., 324 €
57. Ulmer: Güterstandsklauseln in Gesellschaftsverträgen von Freiberufler-Personengesellschaften. Heymanns, 2018. 416 S., 119 €
58. Weingärtner/Löffler: Vermeidbare Fehler im Notariat. 10. Aufl., Heymanns, 2018. 452 S., 89 €
59. Weinreich/Klein: Familienrecht. 6. Aufl., Luchterhand, 2018. 2.228 S., 119 €
60. Wolfsteiner: Die vollstreckbare Urkunde. 4. Aufl., Beck, 2018. 722 S., 109 €
61. Ziegert/Vollrath/Notarkasse A. d. ö. R.: Familienrecht. Deutscher Notarverlag, 2018. 184 S., 19,90 €