

NOTARASSESSORIN DR. ANNA VON BONIN, DÜSSELDORF

## Die Einheits-GmbH & Co. KG in der notariellen Praxis

– Ein Überblick mit Gestaltungsvorschlägen –

### Inhaltsübersicht

#### A. Einleitung

#### B. Ursprung und Merkmale der Einheits-GmbH & Co. KG

- I. Bedürfnis für Beteiligungsidentität bei GmbH und KG
- II. Erfordernis einer umfassenden vertraglichen Verzahnung
  1. Übertragung und Belastung von Beteiligungen
  2. Kündigung der Beteiligung
  3. Ausscheiden im Todesfall
  4. Geringere Handhabbarkeit der beteiligungsidentischen GmbH & Co. KG
- III. Funktionsweise der Einheits-GmbH & Co. KG
  1. Charakteristika der Einheits-GmbH & Co. KG
  2. Gründung der Einheits-GmbH & Co. KG

#### C. Besondere Rechtsfragen der Einheits-GmbH & Co. KG

- I. Gläubigerschutz und Kapitalerhaltung
  1. Gefahr der Einlagenrückgewähr im „Übertragungsmodell“
    - a) Problematik
    - b) Potentielle Rechtsfolgen
    - c) Behandlung in der Rechtsprechung
    - d) Haftungsvermeidende Gestaltungsmöglichkeiten
      - aa) Im Rahmen des „Übertragungsmodells“
      - bb) Im Rahmen des „Beteiligungsmodells“
  2. Erwerb nicht voll eingezahlter Geschäftsanteile
    - a) Problematik
    - b) Gestaltungsmöglichkeiten
      - aa) Bei unverändertem Gesellschafterbestand
      - bb) Bei Veränderungen im Gesellschafterkreis
  - c) Sonderfall: Kapitalerhöhung bei der Einheits-GmbH & Co. KG

#### II. Vertretung und Willensbildung in GmbH und KG

1. Problematik
2. Lösungsvorschläge de lege lata
  - a) Trennungslösung
  - b) Einheitslösung
  - c) Vertretungsbefugnis der Kommanditisten
3. Position der Rechtsprechung
4. Mögliche Gestaltungen
  - a) Schaffung eines Beirats bei der Komplementär-GmbH
  - b) Kompetenzübertragung auf die Kommanditisten
    - aa) Regelung im KG-Vertrag
    - bb) Dogmatischer Hintergrund
    - cc) Geltung von Stimmverboten bei Entscheidung der Kommanditisten
  - c) Gestaltungsvorschlag
    - aa) Elemente einer vertraglichen Regelung
    - bb) Formulierungsvorschlag

#### D. Alternativen zur Einheits-GmbH & Co. KG

- I. Pooling der Stimmrechte aus den GmbH-Anteilen
- II. Zwischenschalten einer Holding-Gesellschaft
- III. Einzelfallbezogene Strukturierung

#### E. Steuer- und bilanzrechtliche Aspekte

- I. Steuerliche Besonderheiten der Einheits-GmbH & Co. KG
  1. Gewerbliche Prägung der Einheits-GmbH & Co. KG
  2. Umsatzsteuerliche Organschaft zwischen KG und Komplementärin
- II. Bilanzrechtliche Besonderheiten der Einheits-GmbH & Co. KG
  1. Gesonderte Ausweisung der GmbH-Anteile
  2. Erstellung eines Konzernabschlusses

#### F. Fazit

### A. Einleitung

Die Einheits-GmbH & Co. KG (in diesem Beitrag auch als Einheitsgesellschaft oder Einheits-KG bezeichnet) ist im Unterschied zur „regulären“ GmbH & Co. KG dadurch gekennzeichnet, dass die Kommanditgesellschaft (KG) alleinige Gesellschafterin der Komplementär-GmbH ist. Diese Konstruktion wurde entwickelt, um in der Praxis empfundene Defizite bzw. Erschwernisse der durch die beiden unterschiedlichen Rechtsformen geprägten GmbH & Co. KG insbesondere in Fällen auszugleichen, in denen eine gleiche Beteiligung der Gesellschafter an Kommanditgesellschaft und Komplementär-GmbH angestrebt wird. Wenngleich Zulässigkeit und Funktionsfähigkeit der Einheitsgesellschaft mittlerweile nicht mehr zweifelhaft sind, ist ihre Praktikabilität lange in Zweifel gezogen worden.<sup>1</sup> In der Tat wirft sie in Bezug auf ihre konkrete Ausgestaltung diverse Fragen auf, die in der Literatur nach wie vor kontrovers beurteilt wer-

den. Ziel dieses Beitrags ist es darzulegen, wie diesen Fragen in der notariellen Beratungs- und Gestaltungspraxis begegnet werden kann.

### B. Ursprung und Merkmale der Einheits-GmbH & Co. KG

#### I. Bedürfnis für Beteiligungsidentität bei GmbH und KG

Die GmbH & Co. KG ist aufgrund ihrer Besonderheit, die Eigenschaften der Personengesellschaft mit der haftungsbeschränkten Kapitalgesellschaft<sup>2</sup> zu verbinden, eine in Deutschland weit verbreitete Rechtsform.<sup>3</sup> Es gibt dabei

1 K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, 1637.

2 Für die Zwecke dieses Beitrags wird von einer GmbH als Komplementärin ausgegangen, denkbar sind grundsätzlich auch eine Aktiengesellschaft, Stiftung oder der GmbH vergleichbare ausländische Gesellschaften wie die englische private limited company, wobei insoweit die besonderen Fragen der Einheitsgesellschaft ggf. nur zum Teil relevant sind.

3 Jorde/Götz BB 2005, 2718.

zahlreiche Konstellationen, in denen in der GmbH & Co. KG ein langfristiger Gleichlauf der Beteiligungsverhältnisse bei der KG und der Komplementärin, also eine anteilig gleiche Beteiligung aller Gesellschafter an beiden Gesellschaften (Beteiligungsidentität), angestrebt ist. Hintergrund ist dabei zum einen, namentlich in dem wohl häufigsten Anwendungsbereich der Familiengesellschaften, das wirtschaftliche Bestreben einer gleichen Teilhabe aller Beteiligten an dem Vermögen der Gesellschaft aber auch an den gesellschaftsinternen Entscheidungsprozessen.<sup>4</sup>

Zum anderen soll die Beteiligungsidentität oftmals aus steuerlichen Gründen gesichert werden. Da der Anteil an der Komplementär-GmbH aus steuerrechtlicher Sicht im Regelfall wesentliches Sonderbetriebsvermögen darstellt, hat eine Trennung der Beteiligung an der KG von der an der Komplementär-GmbH durch separate Übertragung der KG-Beteiligung ggf. gravierende steuerliche Nachteile<sup>5</sup>: Veräußert der Kommanditist seine KG-Beteiligung unentgeltlich, liegt darin eine der Veräußerung gleichgestellte Aufgabe eines Mitunternehmeranteils, die nur dann ertragssteuerlich neutral zu Buchwerten erfolgen kann, wenn auch alle wesentlichen Betriebsgrundlagen, einschließlich des wesentlichen Sondervermögens, mit übertragen werden. Anderenfalls kommt es zu einer steuerpflichtigen Realisierung der Wertsteigerung.<sup>6</sup> Wird die KG-Beteiligung entgeltlich übertragen, profitiert ein dabei erzielter Gewinn einkommensteuerrechtlich ebenfalls deshalb nicht von den gesetzlichen Begünstigungen der Mitunternehmerschaft, weil nicht der gesamte Mitunternehmeranteil sondern nur ein Teil davon (ohne das wesentliche Sonderbetriebsvermögen) veräußert wird.<sup>7</sup>

## II. Erfordernis einer umfassenden vertraglichen Verzahnung

Wird ein langfristiger Gleichlauf der Beteiligungsverhältnisse bei der GmbH & Co. KG im vorstehend beschriebenen Sinn angestrebt (sog. beteiligungsidentische GmbH & Co. KG), kann die erforderliche Verzahnung im Wege gesellschaftsvertraglicher Regelungen hergestellt werden. Dies ist aufgrund der teilweise unterschiedlichen Regime für Personen- und Kapitalgesellschaften kautelearjuristisch jedoch nicht einfach auszugestalten und birgt Fehlerrisiken in der Formulierung wie auch der Umsetzung der entsprechenden Vertragsklauseln.<sup>8</sup> So besteht insbesondere Regelungsbedarf in Bezug auf die Übertragung und Belastung der jeweiligen Beteiligungen sowie das Ausscheiden von Gesellschaftern durch Kündigung oder Tod.

## 1. Übertragung und Belastung von Beteiligungen

Sowohl die Übertragung als auch die Belastung des GmbH-Anteils sind im Grundsatz frei möglich, es sei denn die Satzung der GmbH enthält eine andere Regelung. Bei der KG hingegen kann beides nur mit Zustimmung aller Mitgesellschafter erfolgen, sofern der Gesellschaftsvertrag keine abweichende Regelung enthält.<sup>9</sup> Folglich bedarf es insoweit einer vertraglichen Verzahnung bspw. dadurch, dass beide Beteiligungen nur mit Zustimmung aller Mitgesellschafter übertragen oder belastet werden dürfen<sup>10</sup> und/oder dass keine Beteiligung ohne die jeweils andere übertragen werden kann.<sup>11</sup> Eine in den entsprechenden KG-Verträgen oft anzutreffende Formulierung hierzu lautet<sup>12</sup>:

Verfügungen über Gesellschaftsanteile bedürfen der Zustimmung aller Gesellschafter. Diese Zustimmung darf nur erteilt werden, wenn der verfügend Gesellschafter gleichzeitig auch einen entsprechenden Anteil an der Komplementär-GmbH auf den Erwerber überträgt.

Zu berücksichtigen ist, dass die Aufnahme einer Verpflichtung der Gesellschafter in den KG-Vertrag, mit Übertragung ihrer KG-Beteiligung auch die ihnen gehörenden GmbH-Anteile zu übertragen, eine Pflicht zur Beurkundung des KG-Vertrages gem. § 15 Abs. 4 GmbHG auslöst. In Bezug auf Formulierungen wie der vorstehend genannten ist zwar weniger eindeutig, ob ein entsprechendes Erfordernis besteht. Im Hinblick auf die Pflicht des Notars, den Beteiligten stets den sichersten Weg vorzuschlagen, ist eine Beurkundung jedoch auch hier zu empfehlen.

## 2. Kündigung der Beteiligung

Des Weiteren hat der Kommanditist der KG ein gesetzliches Kündigungsrecht (§ 132 iVm § 161 Abs. 2 HGB), das vertraglich nicht gänzlich ausgeschlossen werden kann<sup>13</sup> und bewirkt, dass der kündigende Kommanditist aus der KG ausscheidet.<sup>14</sup> Dem GmbH-Gesellschafter steht ein solches ordentliches Kündigungsrecht dagegen nicht zu. Aus diesem Grund muss zum Erhalt der Beteiligungsidentität bspw. eine Regelung in die GmbH-Satzung aufgenommen werden, wonach der kündigende Gesellschafter verpflichtet ist, seinen GmbH-Anteil mit Ausscheiden aus der KG auf die GmbH zu übertragen<sup>15</sup> oder die GmbH seinen Anteil bei Kündigung einziehen kann.<sup>16</sup> Eine typische Einziehungsregelung lautet bspw.<sup>17</sup>:

4 Das Gegenstück hierzu ist die Publikums- oder Kapitalanlage-GmbH & Co. KG, bei der die Gesellschafter der Komplementärin wirtschaftlich und handelsrechtlich eine Sonderstellung einnehmen, vgl. Binz/Sorg, Die GmbH & Co. KG im Gesellschafts- und Steuerrecht, 11. Aufl. 2010, § 8 Rn. 1.

5 Vgl. dazu Kersten/Bühling/Wachter, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 25. Aufl. 2016, § 139 Rn. 17 und Rn. 72.

6 Kersten/Bühling/Wachter, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 25. Aufl. 2016, § 131 Rn. 57, mwN auch zu der Frage, wann der Anteil an der Komplementärin zum wesentlichen Sonderbetriebsvermögen gehört; Schmidt, Einkommensteuergesetz, 35. Aufl. 2016, § 16 Rn. 412 ff.

7 Schmidt/Drenseck/Wacker, 35. Aufl. 2016, § 16 Rn. 430, 435.

8 K. Schmidt, ZIP 2009, 2193 (2194); ausführlich zum Ganzen Binz/Sorg, Die GmbH & Co. KG im Gesellschafts- und Steuerrecht, 11. Aufl. 2010, § 8 Rn. 41 ff.; Hoffmann-Becking/Gebele, BeckFormularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht, 12. Aufl. 2016, Anm. 58 zu Form. VIII.D.6.

9 Binz/Sorg, Die GmbH & Co. KG im Gesellschafts- und Steuerrecht, 11. Aufl. 2010, § 8 Rn. 43, 45; Kersten/Bühling/Wachter, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 25. Aufl. 2016, § 139 Rn. 16.

10 Binz/Sorg, Die GmbH & Co. KG im Gesellschafts- und Steuerrecht, 11. Aufl. 2010, § 8 Rn. 43 ff.

11 Vgl. zB Hoffmann-Becking/Gebele, BeckFormularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht, 12. Aufl. 2016, Form. VIII.D.5.

12 Hoffmann-Becking/Gebele, BeckFormularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht, 12. Aufl. 2016, Form. VIII.D.5.

13 Baumbach/Hopt/Roth, HGB, 36. Aufl. 2014, § 132 Rn. 12 ff.

14 § 131 Abs. 3 Nr. 3 iVm § 161 Abs. 2 HGB.

15 S. nachfolgend unter Ziff. 3.

16 Vgl. zB Hoffmann-Becking/Gebele, BeckFormularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht, 12. Aufl. 2016, Form. VIII.D.6.

17 Vgl. Kersten/Bühling/Wachter, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 25. Aufl. 2016, § 139 Rn. 50M.

Ohne Zustimmung des betroffenen Gesellschafters können seine Geschäftsanteile ganz oder teilweise eingezogen werden,

- a) soweit dies zur Herbeiführung der Gleichheit der Beteiligungsquoten erforderlich ist und der betroffene Gesellschafter trotz schriftlicher Mahnung durch die Gesellschaft oder einen Gesellschafter die Gleichheit der Beteiligungsquoten nicht hergestellt hat;
- b) in allen Fällen, in denen er als Kommanditist gegen Abfindung aus der KG ausscheidet.

### 3. Ausscheiden im Todesfall

Besonders deutlich wird der Regelungsbedarf im Fall des Todes eines Gesellschafters, da die beiden Beteiligungen erbrechtlich unterschiedlich behandelt werden. Während der GmbH-Anteil ungeteilt in den Nachlass fällt und mehrere Erben an ihm gesamthänderisch als Erbengemeinschaft beteiligt sind, teilt sich die Kommanditbeteiligung – sofern vererblich – im Verhältnis der Erbquoten auf und geht auf die einzelnen Erben (sofern sie nach dem Gesellschaftsvertrag nachfolgeberechtigt sind) im Wege der unmittelbaren Sondernachfolge über.<sup>18</sup>

Typischerweise wird dies durch eine Regelung in der GmbH-Satzung gelöst, wonach die Erben verpflichtet sind, durch (ggf. teilweise) Abtretungen des GmbH-Anteils bei der GmbH die Beteiligungsverhältnisse herzustellen, die aufgrund des Erbfalls an der KG bestehen.<sup>19</sup> Zeitweise kommt es allerdings zu einer Unterbrechung der Beteiligungsidentität. Denkbar ist ferner, dass der Erblasser seine beiden Beteiligungen im Wege der gewillkürten Erbfolge unterschiedlichen Rechtsnachfolgern zuwendet, woran er aufgrund der Testierfreiheit durch gesellschaftsvertragliche Regelungen nicht gehindert werden kann.

Für diesen Fall ist ebenfalls eine Übertragungspflicht in Bezug auf den GmbH-Anteil oder eine Gestaltung dahingehend vorzusehen, dass bei einem Auseinanderfallen der Beteiligungen die Rechtsnachfolger des Erblassers aus der KG ausscheiden und der entsprechende GmbH-Anteil eingezogen wird.<sup>20</sup> Eine allgemeine Regelung in der GmbH-Satzung zur Herstellung der Beteiligungsidentität kann lauten<sup>21</sup>:

Die jeweiligen Gesellschafter, ihre Rechtsnachfolger und gegebenenfalls die Gesellschaft selbst sind verpflichtet, Geschäftsanteile ganz oder teilweise derart auf die Kommanditisten der KG zu übertragen, dass jeweils Gleichheit der Beteiligungsquoten besteht. Ebenso besteht in dem Umfang, in dem dies zur Herstellung der Gleichheit der Beteiligungsquoten erforderlich ist, eine Pflicht der jeweiligen Gesellschafter, Geschäftsanteile oder Teile davon zu erwerben. Jeder Gesellschafter sowie jeder Kommanditist der KG können die Einhaltung dieser Bestimmung verlangen und insoweit unmittelbare Rechte gegen den Verpflichteten geltend machen.

18 *Kämper* RNotZ 2016, 626 ff.; *Hoffmann-Becking/Gebele*, BeckFormularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht, 12. Aufl. 2016, Anm. 58 zu Form. VII.D.6.  
 19 *Hoffmann-Becking/Gebele*, BeckFormularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht, 12. Aufl. 2016, Anm. 58 zu Form. VIII.D.6.  
 20 *Binz/Sorg*, Die GmbH & Co. KG im Gesellschafts- und Steuerrecht, 11. Aufl. 2010, § 8 Rn. 69.  
 21 *Hoffmann-Becking/Gebele*, BeckFormularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht, 12. Aufl. 2016, Form. VIII.D.6.

## 4. Geringere Handhabbarkeit der beteiligungsidentischen GmbH & Co. KG

Aus Sicht der notariellen Praxis problematisch ist vermutlich weniger das Regelungserfordernis selbst, das u.a. dank verfügbarer Formulierungsvorschläge<sup>22</sup> beherrschbar erscheint, als der für die Klienten damit einhergehende erhöhte Umsetzungs- und auch Kostenaufwand. Um die gewünschte Beteiligungsidentität aufrecht zu erhalten, müssen die oben geschilderten Regelungen von den Beteiligten beachtet und umgesetzt werden, was gerade bei Gesellschaften mit regelmäßigen Änderungen im Gesellschafterbestand einen erhöhten Administrations- und ggf. Beratungsbedarf auslöst. Hinzu kommt, dass jeder Wechsel im Gesellschafterbestand zur Umsetzung auf Ebene der GmbH gem. § 15 Abs. 3 GmbHG der notariellen Beurkundung bedarf und dadurch aus Sicht der Klienten ebenfalls die Handhabbarkeit dieser Struktur verringert.<sup>23</sup>

### III. Funktionsweise der Einheits-GmbH & Co. KG

#### 1. Charakteristika der Einheits-GmbH & Co. KG

Mit der Einheits-GmbH & Co. KG werden die vorstehend geschilderten Regelungserfordernisse überwunden und die angestrebte Verflechtung unmittelbar durch die Beteiligungsverhältnisse als solche erreicht. Ihre Besonderheit besteht wie eingangs beschrieben darin, dass die Kommanditgesellschaft selbst 100 % der Anteile an der Komplementär-GmbH hält, also wechselseitige Beteiligungen bestehen.<sup>24</sup> Dadurch sind die Kommanditisten stets im gleichen Verhältnis ihrer Beteiligung an der KG wirtschaftlich auch an der GmbH beteiligt.<sup>25</sup> Des Weiteren sind Veränderungen im Gesellschafterbestand nur noch auf Ebene der KG durch einen Wechsel der Kommanditisten zu vollziehen, was ohne notarielle Beurkundung möglich und damit aus Sicht der Beteiligten einfacher und kostengünstiger ist als eine beurkundungsbedürftige Veränderung (auch) im Kreis der GmbH-Gesellschafter.<sup>26</sup>

Seit Einführung von § 172 Abs. 6 HGB<sup>27</sup> ist die – zuvor teilweise angezweifelte<sup>28</sup> – Zulässigkeit dieser Struktur der Einheits-KG gesetzlich festgeschrieben. Die Norm ordnet an, dass die Einlage eines Kommanditisten als

22 Nur beispielhaft *Hoffmann-Becking/Gebele*, BeckFormularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht, 12. Aufl. 2016, Form. VII.D. 5 und VII.D.6.; *Kersten/Bühling/Wachter*, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 25. Aufl. 2016, Rn. 17 ff.  
 23 *Hauschild/Kallrath/Herrler*, Notarhandbuch Gesellschafts- und Unternehmensrecht, 2011, § 11 Rn. 258; *K. Schmidt* FS Westermann, 2008, 1425 (1428); *Jorde/Götz* BB 2005, 2718 (2719).  
 24 *Baumbach/Hopt/Roth*, HGB, 36. Aufl. 2014, Anhang nach § 177a, Rn. 8; *MüKoHGB/Grünwald*, III, 3. Aufl. 2012, § 161 Rn. 95; *Binz/Sorg*, Die GmbH & Co. KG im Gesellschafts- und Steuerrecht, 11. Aufl. 2010, § 8 Rn. 3; *Münchner HB des Gesellschaftsrechts/Gummert*, II, 3. Aufl. 2009, § 51 Rn. 3.  
 25 *MüKoHGB/Grünwald*, III, 3. Aufl. 2012, § 161 Rn. 95; *Münchner HB Gesellschaftsrecht/Gummert*, II, 3. Aufl. 2009, § 51 Rn. 3; *Hauschild/Kallrath/Herrler*, Notarhandbuch Gesellschafts- und Unternehmensrecht, 2011, § 11 Rn. 258.  
 26 Für Gesellschaften mit einem großen, sich ständig verändernden Gesellschafterbestand, die aus steuerlichen Gründen in der Form einer (beteiligungsidentischen) GmbH & Co. KG bestehen wollen, kann daher auch die Publikums-Einheits-KG von Interesse sein.  
 27 Eingefügt durch Gesetz v. 4.7.1980, BGBl. I 1980, 836 ff.; ebenso in § 264c Abs. 4 HGB, dazu unten E.II.1.  
 28 *Gonnella* DB 1965, 1165; erstmals ausführlich zu dieser Diskussion *Hesselmann* GmbHR 1961, 216; *Simon* DB 1963, 1209 f.

nicht geleistet gilt, soweit sie in Anteilen an den persönlich haftenden Gesellschaftern bewirkt ist. Damit erkennt das Gesetz stillschweigend an, dass die KG an ihrer Komplementärin beteiligt sein kann.

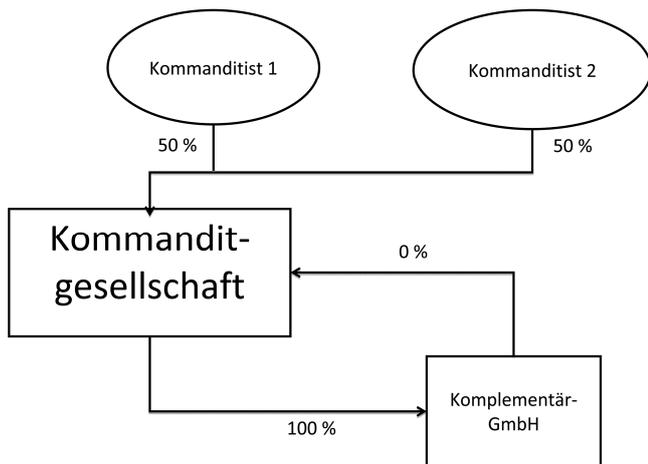


Abb. – Typische Besitzverhältnisse in der Einheits-KG

## 2. Gründung der Einheits-GmbH & Co. KG

Eine Einheits-GmbH & Co. KG entsteht in der Regel dadurch, dass die wirtschaftlich Berechtigten (die späteren Kommanditisten) als Gesellschafter zunächst die GmbH gründen, sodann zusammen mit der GmbH (ggf. als GmbH in Gründung)<sup>29</sup> die GmbH & Co. KG gründen und dann ihre Anteile an der GmbH auf die KG übertragen (Übertragungsmodell).<sup>30</sup> Alternativ kann von den Gesellschaftern zuerst die KG aufgesetzt werden, diese gründet dann eine (Einmann-)GmbH und die GmbH beteiligt sich dann wiederum an der KG (Beteiligungsmodell).<sup>31</sup> Da in diesem Modell jedoch einer der Beteiligten vorübergehend die Rolle des persönlich haftenden Gesellschafters der KG übernehmen muss, wird dieser Weg seltener beschritten. Die Komplementärin erwirbt an der KG typischerweise keinen eigenen Kapitalanteil, denkbar ist aber natürlich auch, dass diese sich mit einer eigenen Kapitaleinlage an der KG beteiligt.

Sofern sich die GmbH in den beiden vorstehend genannten Modellen zum Zeitpunkt der Gründung der GmbH & Co. KG bzw. ihrer Beteiligung an der KG noch im Stadium der Vorgesellschaft befindet, ist zu berücksichtigen, dass nach in der Literatur teilweise vertretener Auffassung die Vertretungsmacht des Geschäftsführers der Vor-GmbH auf die im Rahmen der zum Erreichen der Eintragung der Gesellschaft erforderlichen und innerhalb ihrer Verhältnissen im Einzelfall liegenden Rechtsgeschäfte begrenzt ist. Für alle darüber hinausgehenden Geschäfte bedarf es danach einer ausdrücklichen Ermächtigung durch die Gesellschafter der Vor-GmbH.<sup>32</sup> Mit Bezug auf die Gründung bzw. die Beteiligung der Vor-GmbH an einer GmbH & Co. KG lassen es zwar of-

fenbar manche Handelsregister für die erforderliche Vertretungsmacht des Geschäftsführers ausreichen, wenn der satzungsmäßige Gesellschaftszweck der GmbH ausdrücklich die Übernahme der persönlichen Haftung in einer GmbH & Co. KG nennt. Gleichwohl scheint dies soweit ersichtlich die Ausnahme zu sein, so dass in die Satzung oder das Gründungsprotokoll der GmbH eine entsprechende Ermächtigung der Gesellschafter an die Geschäftsführung, bereits vor Eintragung der GmbH in das Handelsregister die GmbH & Co. KG zu gründen, ausdrücklich aufzunehmen ist.

## C. Besondere Rechtsfragen der Einheits-GmbH & Co. KG

Aufgrund der vorstehend geschilderten Struktur treten bei der Einheits-KG spezielle Rechtsfragen auf, die bei der kautelarjuristischen Ausgestaltung einer besonderen Berücksichtigung bedürfen. Diese beziehen sich zum einen auf Gläubigerschutz und Kapitalerhaltung im Zusammenhang mit der Entstehung der Einheitsgesellschaft (dazu nachfolgend I.), zum anderen auf die Willensbildung und Vertretung auf Ebene der Gesellschafter der Komplementärin (dazu nachfolgend II.).

### I. Gläubigerschutz und Kapitalerhaltung

Ein gegen die Einheits-KG häufig vorgebrachter Kritikpunkt ist, dass es aufgrund der Einheitsstruktur auch zu einer „Vereinheitlichung“ bzw. Vermischung der Haftungsmassen von Komplementär-GmbH und Kommanditgesellschaft kommt und den Gläubigern der Einheitsgesellschaft im Vergleich zur regulären GmbH & Co. KG nur ein geringeres Haftungspotential zur Verfügung steht.<sup>33</sup>

#### 1. Gefahr der Einlagenrückgewähr im „Übertragungsmodell“

##### a) Problematik

Im Zuge der Entstehung der Einheits-GmbH besteht in der Tat an zwei Stellen die Gefahr einer unzulässigen Einlagenrückgewähr iSv § 172 Abs. 4 S. 1 HGB und § 30 Abs. 1 S. 1 u. 2 GmbHG. Übertragen in dem oben als „Übertragungsmodell“ beschriebenen Ablauf zur Gründung der Einheits-KG die Gesellschafter der GmbH (die gleichzeitig die Kommanditisten der KG sind) ihre Anteile an der GmbH auf die KG gegen Zahlung eines Kaufpreises, kann darin eine Rückzahlung ihrer Stammeinlagen liegen, die nicht durch einen entsprechenden Gegenwert ausgeglichen ist.<sup>34</sup>

Dies wäre dann der Fall, wenn die KG die Zahlung des Kaufpreises für die GmbH-Anteile mittels der von den Kommanditisten erbrachten Kommanditeinlagen finanzierte. Zwar erhielte die KG in diesem Szenario die Beteiligung an der GmbH als Gegenwert für den Rückfluss

29 Die Vorgesellschaft, die ab notariellem Abschluss des Gesellschaftsvertrages aber vor Eintragung der GmbH in das Handelsregister besteht, kann die Stellung des persönlich haftenden Gesellschafters in einer KG übernehmen; s. nur Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 11 Rn. 16 sowie nachfolgend unter C.I.1.d)aa)

30 Kersten/Bühling/Wachter, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 25. Aufl. 2016, § 139 Rn. 75.

31 MüKoHGB/Grunewald, III, 3. Aufl. 2012, § 161 Rn. 95.

32 BGHZ 80, 182 (183); Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 11 Rn. 20 mwN zum Streitstand; aA Scholz/K. Schmidt, GmbHG II, 11. Aufl. 2012, § 11 Rn. 72 f. mwN.

33 Jorde/Götz BB 2005, 2718 (2721); Binz/Sorg, Die GmbH & Co. KG im Gesellschafts- und Steuerrecht, 11. Aufl. 2010, § 8 Rn. 30 ff.

34 Gem. § 30 Abs. 1 S. 2, 2. HS GmbHG liegt nur dann eine unzulässige Einlagenrückgewähr vor, wenn die Leistung nicht durch einen vollwertigen Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruch gegen den Gesellschafter gedeckt ist. Damit soll kein gegenständlicher, sondern lediglich wertmäßiger Schutz des Gesellschaftsvermögens im Interesse der Gläubiger sichergestellt werden; vgl. Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 30 Rn. 35 ff.

der Kommanditeinlagen.<sup>35</sup> Der Wert dieser Beteiligung entspricht jedoch regelmäßig dem Stammkapital der GmbH, so dass die Haftungsmasse der Einheits-GmbH & Co. KG wirtschaftlich auf das Stammkapital der GmbH reduziert wäre.<sup>36</sup> Gleiches gilt, wenn die Komplementärin, die über kein weiteres Vermögen verfügt, ihr Stammkapital der KG als Kapitaleinlage zur Verfügung stellt und diese Bareinlage dann von der KG dazu verwendet wird, die Anteile an der GmbH von den Gesellschaftern zu erwerben. Mittelbar erhielten die Gesellschafter hierbei ebenfalls in unzulässiger Weise ihre Stammeinlage zurück, da es an einem wertmäßigen Ausgleich auf Ebene der GmbH fehlt. Da das Vermögen der GmbH in diesem Szenario alleine in der Beteiligung an der KG besteht, mindert sich der Wert dieser Beteiligung dadurch, dass die Einlage der GmbH von der KG als Kaufpreis verwendet wird.<sup>37</sup> Eine unmittelbare unerlaubte Rückzahlung von Stammkapital läge vor, wenn die GmbH aus ihrem rechtlich geschützten Stammkapital eine Einlage in das Vermögen der KG leisten würde, nachdem diese ihre alleinige Gesellschafterin geworden ist.<sup>38</sup>

## b) Potentielle Rechtsfolgen

Dem vorstehend unter a) erstgenannten Fall begegnet § 172 Abs. 6 HGB,<sup>39</sup> wonach die Einlage des Kommanditisten als nicht geleistet gilt, wenn diese in Anteilen an der Komplementär-GmbH erbracht wurde. Dem Kommanditisten ist dadurch also untersagt, seine Einlagenschuld durch Übertragung seines GmbH-Anteils zu erfüllen. Hintergrund dieser Regelung ist gerade, dass den Gläubigern im Fall der Einheits-GmbH & Co. KG sowohl das Stammkapital der GmbH als auch die Kommanditeinlagen der KG als Haftungsmasse zur Verfügung stehen sollen.<sup>40</sup> Im Hinblick darauf muss es dem Kommanditisten aber auch verwehrt sein, die Kommanditeinlage zwar zunächst in bar zu erbringen, sie dann jedoch in Form der Gegenleistung für den von ihm übertragenen GmbH-Anteil wieder zurück zu erlangen.<sup>41</sup> Folglich würde in diesem Fall die Haftung des Kommanditisten gem. § 172 Abs. 4 S. 1 HGB wieder auflieben.

Der zweite Fall stellt einen Verstoß gegen § 30 Abs. 1 S. 1 GmbHG dar, der für die (ehemaligen) GmbH-Gesellschafter eine Pflicht zur Rückzahlung des erhaltenen Kaufpreises gem. § 31 Abs. 1 GmbHG auslösen würde. Dies gilt wohl gemerkt nur dann, wenn der Wert der KG-Beteiligung nach Abfluss des Kaufpreises für die GmbH-Anteile tatsächlich unter den Wert des Stammkapitals der GmbH sinkt, da anderenfalls mit dieser in der Bilanz der GmbH anzusetzenden Beteiligung ein Gegenwert iSd § 30 Abs. 1 S. 2, 2. HS GmbHG vorhanden ist.<sup>42</sup> Sind (zulässigerweise auflösbare) Rücklagen oder

stille Reserven vorhanden oder übersteigt der Wertansatz der KG-Beteiligung auch nach einer Korrektur um den abgeflossenen Kaufpreis noch den vollen Nennbetrag des Stammkapitals, ist die Zahlung des Kaufpreises für die GmbH-Anteile an die GmbH-Gesellschafter/Kommanditisten kapitalerhaltungsrechtlich irrelevant.<sup>43</sup>

## c) Behandlung in der Rechtsprechung

Soweit ersichtlich hat sich die Rechtsprechung speziell für die Einheits-KG bislang noch nicht mit der geschilderten Problematik beschäftigt. Für die reguläre GmbH & Co. KG hat der BGH jedoch entschieden, dass eine Zahlung der KG an den Kommanditisten, der zugleich Gesellschafter der GmbH ist, einen Verstoß gegen § 30 Abs. 1 GmbHG darstellen kann, wenn dadurch mittelbar (über die Beteiligung an der KG) das Vermögen der GmbH unter den Nennbetrag ihres Stammkapitals sinkt. Er hat sich dabei ausdrücklich auf den Fall bezogen, dass eine im Übrigen vermögenslose GmbH ihr Kapital als Einlage in die KG einbringt.<sup>44</sup> Gleiches gilt der Rechtsprechung zufolge auch für den sogenannten „Nur-Kommanditisten“, der an der GmbH nicht beteiligt ist.<sup>45</sup> Der Kommanditist wäre dann in Anwendung des § 31 Abs. 1 GmbHG zu einer Rückgewähr der empfangenen Zahlung an die KG verpflichtet.<sup>46</sup> Es ist anzunehmen, dass dieser Maßstab des BGH für den Fall der Einheits-KG, bei der der betroffene Kommanditist über seine KG-Beteiligung noch mittelbar an der GmbH beteiligt ist und zuvor unmittelbar Gesellschafter der GmbH war, in jedem Fall Anwendung finden würde.

## d) Haftungsvermeidende Gestaltungsmöglichkeiten

### aa) Im Rahmen des „Übertragungsmodells“

Vor diesem Hintergrund ist bei der Einheits-GmbH & Co. KG auf eine Gestaltung zu achten, die die Gefahr einer unzulässigen Einlagenrückgewähr mit den entsprechenden Haftungsfolgen vermeidet. Erster Schritt hierzu ist, dass sich die GmbH – wie ohnehin der Regelfall – nicht vermögensmäßig an der KG beteiligt, also keine eigene Kapitaleinlage leistet oder eine solche nur aus freiem, das Stammkapital übersteigendem Vermögen erbringt. Hier ist jedoch zu berücksichtigen, dass selbst ohne eine Kapitalbeteiligung das Vermögen der GmbH durch eine Leistung an die Kommanditisten gemindert werden könnte, wenn diese Leistung zu einer Überschuldung der KG führt, da dann die persönliche Haftung der GmbH gem. § 128 HGB eingreift.<sup>47</sup> Deshalb ist entscheidend, dass der Kaufpreis für die GmbH-Anteile zusätzlich aus die Hafteinlagen der Kommanditisten übersteigendem Vermögen der KG geleistet wird.<sup>48</sup> Damit begegnet man gleichzeitig der Gefahr eines mittelbaren Verstoßes gegen § 172 Abs. 6 HGB. Alternativ kann die Übertragung der GmbH-Anteile an die KG unentgeltlich erfolgen, technisch also als Sacheinlage in die KG.<sup>49</sup>

35 Vgl. zu den relevanten Maßstäben für die Ermittlung des Wertes der Leistung der Gesellschaft und der etwaigen Gegenleistung bzw. des Rückforderungsanspruchs nur Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 30 Rn. 35 ff. mwN.

36 Binz/Sorg, Die GmbH & Co. KG im Gesellschafts- und Steuerrecht, 11. Aufl. 2010, § 8 Rn. 31.

37 Binz/Sorg, Die GmbH & Co. KG im Gesellschafts- und Steuerrecht, 11. Aufl. 2010, § 8 Rn. 30; so auch Reichert/Liebscher, GmbH & Co. KG, 7. Aufl. 2015, § 3 Rn. 17.

38 Heidenhain/Meister/Götze, Münchener Vertragshandbuch, 7. Aufl. 2011, Anmerkung 6 zu Form. III.9.

39 Zu der ebenfalls gläubigerschützende Wirkung entfaltenden bilanzrechtlichen Vorschrift des § 264c Abs. 4 HGB s.u. E.II.1.

40 Baumbach/Hopt/Roth, HGB, 36. Aufl. 2014, § 172 Rn. 13.

41 Binz/Sorg, Die GmbH & Co. KG im Gesellschafts- und Steuerrecht, 11. Aufl. 2010, § 8 Rn. 33 mwN.

42 Vgl. zur bilanziellen Betrachtungsweise Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 30 Rn. 36, 39 ff.

43 Binz/Sorg, Die GmbH & Co. KG im Gesellschafts- und Steuerrecht, 11. Aufl. 2010, § 8 Rn. 35.

44 BGH 29.3.1973, NJW 1973, 1036 (1038).

45 BGH 19.2.1990, NJW 1990, 1725.

46 BGH NJW 29.3.1973, 1973, 1036 (1038); BGH 19.2.1990, NJW 1990, 1725 (1727).

47 Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 30 Rn. 63.

48 Binz/Sorg, Die GmbH & Co. KG im Gesellschafts- und Steuerrecht, 11. Aufl. 2010, § 8 Rn. 37.

49 Reichert/Liebscher, GmbH & Co. KG, 7. Aufl. 2015, § 3 Rn. 18; Binz/Sorg, Die GmbH & Co. KG im Gesellschafts- und Steuer-

Zusammenfassend lassen sich die genannten Haftungsrisiken wie folgt einfach vermeiden:

- Keine eigene Kapitalbeteiligung der GmbH an der KG und
- Leistung des Kaufpreises für GmbH-Anteile aus die Kommandit-Hafteinlagen übersteigendem Vermögen, oder
- unentgeltliche Einbringung der GmbH-Anteile als Sacheinlage.

Im letztgenannten Fall, der den sichersten und deshalb am häufigsten beschrittenen Weg darstellt, wäre in den KG-Vertrag (im Zusammenhang mit der Regelung der Kapital- und Hafteinlagen) eine Regelung in Bezug auf die Sacheinlage aufzunehmen, die beispielsweise wie folgt lauten könnte:

*Zusätzlich zu seinem Kapitalanteil hat jeder Kommanditist als weitere Pflichteinlage in Form einer Sacheinlage der Gesellschaft unverzüglich nach ihrer Eintragung in das Handelsregister seinen Geschäftsanteil an der persönlich haftenden Gesellschafterin voll eingezahlt<sup>50</sup> und frei von Rechten Dritter zu übertragen.*

## bb) Im Rahmen des „Beteiligungsmodells“

Daneben kommt auch das oben geschilderte „Beteiligungsmodell“, bei dem zunächst die KG gegründet wird und diese dann ihrerseits die GmbH als ihre Tochtergesellschaft gründet, zur Minimierung etwaiger Haftungsrisiken in Betracht. Da hierbei durch die KG keine Zahlung an die Kommanditisten erfolgt, besteht die Gefahr einer (mittelbaren) Einlagenrückgewähr an die Gesellschafter nicht. Im Hinblick auf das bei der Einheits-GmbH & Co. KG besonders zu beachtende Gebot, die Haftungsmassen der GmbH und der KG nebeneinander zu erhalten, ist hier jedoch ebenfalls darauf zu achten, dass das Stammkapital der GmbH von der KG nur aus freiem, dh die Hafteinlagen der Kommanditisten übersteigendem Vermögen geleistet wird.<sup>51</sup> Anderenfalls wäre die Haftsumme der GmbH aus der Haftungsmasse der KG aufgebracht und das Gesamt-Haftungsvolumen der Einheits-KG damit in unzulässiger Weise reduziert.

Ferner ist in Bezug auf das Beteiligungsmodell zu berücksichtigen, dass wie bereits gesagt bei Gründung der KG bis zur Gründung der GmbH ein Gesellschafter der KG in dieser die persönliche Haftung übernehmen muss. Dies mindert aufgrund der theoretisch erhöhten Haftungsrisiken die Tauglichkeit dieses Wegs, wenngleich sich die problematische Phase auf einen kurzen Zeitraum beschränken lässt, da die KG noch vor ihrer Eintragung im Handelsregister die GmbH gründen und diese bereits als Vor-GmbH die Rolle des persönlich haftenden Gesellschafters übernehmen kann.<sup>52</sup>

recht, 11. Aufl. 2010, § 8 Rn. 37; Münchener HB Gesellschaftsrecht/*Gummert*, II, 3. Aufl. 2009, § 51 Rn. 10; Hauschild/Kallrath/*Herrler*, Notarhandbuch Gesellschafts- und Unternehmensrecht, 2011, § 11 Rn. 259; *Jorde/Götz* BB 2005, 2718 (2721).

50 Dazu nachstehend Ziffer 2.

51 *Reichert/Liebscher*, GmbH & Co. KG, 7. Aufl. 2015, § 3 Rn. 13 f.; *Schilling* FS Barz, 1974, 67 (76).

52 *Baumbach/Hopt/Roth*, HGB, 36. Aufl. 2014, Anh nach § 177a Rn. 15; *Baumbach/Hueck/Fastrich*, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 11 Rn. 16; ab Eintritt der (Vor-)GmbH ist die Gefahr einer Haftung der Kommanditisten gem. § 176 Abs. 1 HGB nach jüngerer Rechtsprechung gering, da dem Rechtsverkehr bei einer GmbH & Co. KG bekannt sei, dass alle Beteiligten außer der Komplementär-

## 2. Erwerb nicht voll eingezahlter Geschäftsanteile

### a) Problematik

Wird die Einheits-KG wie üblich im Wege des Übertragungsmodells gegründet, stellt sich haftungsrechtlich ein zusätzliches Problem, wenn die Einlagen auf die von den GmbH-Gesellschaftern an die KG übertragenen Anteile nicht voll geleistet sind.

Für rückständige Einlagenforderungen haftet gem. § 16 Abs. 2 GmbHG ab dem Zeitpunkt, zu dem die neue Gesellschafterliste in das Handelsregister aufgenommen ist, der Erwerber der betroffenen Anteile. Diese Haftung des Erwerbers tritt, sofern die Einlagenforderung im Zeitpunkt der Aufnahme der Gesellschafterliste bereits fällig war, neben die Haftung des Veräußerers, ansonsten an deren Stelle.<sup>53</sup>

Üblicherweise werden die GmbH-Anteile von den GmbH-Gesellschaftern kurzfristig nach Gründung von GmbH und KG an die GmbH & Co. KG übertragen und die neue Gesellschafterliste beim Handelsregister eingereicht. Sind zu diesem Zeitpunkt die Einlagen noch nicht voll geleistet, würde die KG als Erwerberin für die ausstehenden Einlagenforderungen haftet. Da die GmbH als Komplementärin der KG gem. § 128 HGB wiederum für deren Verbindlichkeit haftet, müsste die GmbH selbst für die Aufbringung ihres Stammkapitals haften, falls die KG die entsprechenden Beträge nicht aus eigenem Vermögen aufbringen kann.<sup>54</sup>

Es ist umstritten, wie dieses aus Gläubigerschutzgesichtspunkten nicht haltbare Ergebnis aufzulösen ist. Teilweise wird vertreten, dass in einem solchen Fall der Erwerb der nicht voll eingezahlten Anteile in entsprechender Anwendung des § 33 Abs. 1 GmbHG nichtig sei, da diese Norm eine Gefährdung der Kapitalaufbringung, wie sie im geschilderten Fall entstehe, gerade verhindern wolle. Ein entsprechender Anspruch der Gesellschaft gegen sich selbst erlösche zudem durch Konfusion.<sup>55</sup> Nach anderer Auffassung sollen in diesem Szenario alle Kommanditisten persönlich und gesamtschuldnerisch neben der KG auf Leistung der Einlagen haften, falls diese die ausstehenden Beträge nicht aus ihrem die Kommanditeinlagen übersteigenden Vermögen aufbringen kann.<sup>56</sup> Konfusion trete nicht ein, da die KG mit dem Erwerb der Geschäftsanteile zur Einzahlung der ausstehenden Einlagen verpflichtet bleibe.<sup>57</sup>

GmbH lediglich Kommanditisten sind, OLG Frankfurt, 9.5.2007, NJW-Spezial 2007, 365; *Baumbach/Hopt/Roth*, HGB, 36. Aufl. 2014, Anh nach § 177a Rn. 19 mwN; in diese Richtung BGH 21.3.1983, NJW 1983, 2258 (2260).

53 *Baumbach/Hueck/Fastrich*, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 16 Rn. 22; sofern nicht auch die Voraussetzungen des § 22 GmbHG vorliegen.

54 *Binz/Sorg*, Die GmbH & Co. KG im Gesellschafts- und Steuerrecht, 11. Aufl. 2010, § 8 Rn. 38.

55 *Baumbach/Hueck/Fastrich*, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 33 Rn. 20 mwN; *MüKoHGB/Grumewald*, III, 3. Aufl. 2012, § 161 Rn. 96; *Fetsch* Beilage DNotZ 1969, 119; LG Berlin 26.8.1986, ZIP 1986, 1564 f. für den Fall der Übernahme neuer Anteile in einer Kapitalerhöhung durch die KG, s. dazu unten c).

56 *Reichert/Liebscher*, GmbH & Co. KG, 7. Aufl. 2015, § 3 Rn. 14; *Binz/Sorg*, Die GmbH & Co. KG im Gesellschafts- und Steuerrecht, 11. Aufl. 2010, § 8 Rn. 39 f. mwN; Münchener HB Gesellschaftsrecht/*Gummert*, II, 3. Aufl. 2009, § 51 Rn. 7; *Heymann/Horn*, HGB, II, 2. Aufl. 2012, § 161 Rn. 122; *Hesselmann/Tillmann/Mueller-Thuns/Lüke*, Handbuch GmbH & Co. KG, 21. Aufl. 2016, Rn. 2469.

57 Münchener HB Gesellschaftsrecht/*Gummert*, II, 3. Aufl. 2009, § 51 Rn. 7.

## b) Gestaltungsmöglichkeiten

### aa) Bei unverändertem Gesellschafterbestand

Sofern der Kreis der Kommanditisten zum Zeitpunkt der Inanspruchnahme auf die ausstehenden Einlagen mit den ehemaligen GmbH-Gesellschaftern identisch ist, führt die letztgenannte Lösung zu dem wirtschaftlich sachgerechten Ergebnis, dass die Kommanditisten als ursprüngliche GmbH-Gesellschafter und Einlagenschuldner letztendlich für deren Zahlung aufkommen müssen. Die Gesellschaft trägt unverändert das Insolvenzrisiko ihrer Gründungsgesellschafter, so dass es nicht zu einer erhöhten Gefährdung der Kapitalaufbringung kommt und gleichzeitig die gewünschte Einheitsstruktur erreicht wird. Dogmatisch stellt sich diese Auffassung als eine Art Durchgriffshaftung dar, mit der verhindert werden soll, dass sich die GmbH-Gesellschafter durch Begründung der Einheitsstruktur ihrer Einlagenhaftung entziehen. Damit jedoch nicht begründbar ist die gesamtschuldnerische Haftung der Kommanditisten untereinander. Auf Ebene der GmbH haften die Gesellschafter lediglich anteilig im Verhältnis ihrer Geschäftsanteile auf Erbringung der Einlagen (§§ 14, 19 Abs. 1, 24 GmbHG), was sich nur im Einzelfall zu einer Haftung auf das gesamte Stammkapital auswachsen kann.<sup>58</sup> Es ist nicht ersichtlich, warum im Fall der Einheits-KG ein über diese anteilige Haftung hinausgehender Gläubigerschutz erforderlich sein soll.

Vor diesem Hintergrund ergeben sich für die Gestaltungspraxis folgende Schlussfolgerungen:

- Dem Risiko, dass sich ein im Streitfall erkennendes Gericht einer der genannten Auffassungen anschließt und die Anteilsübertragung als unwirksam ansieht oder im Außenverhältnis zur GmbH eine gesamtschuldnerische Haftung der Kommanditisten bejaht, lässt sich durch Vertragsgestaltung nicht abschließend begegnen. Insoweit ist den Klienten von notarieller Seite unter Hinweis auf die Problematik zu raten, die Leistung der Einlagen spätestens bis zur Aufnahme der neuen Gesellschafterliste in das Handelsregister sicherzustellen. Eine entsprechende Verpflichtung ist in die Satzung der GmbH aufzunehmen.<sup>59</sup>
- Es erscheint sinnvoll, sofern im konkreten Fall nicht tatsächliche Umstände dagegen sprechen, die Fälligkeit der gesamten Einlageleistung auf einen Zeitpunkt vor der Aufnahme der neuen Gesellschafterliste in das Handelsregister zu legen, um die Haftung der GmbH-Gesellschafter als Veräußerer gem. § 16 Abs. 1 S. 2 HGB aufrecht zu erhalten und damit das Risiko einer Inanspruchnahme der KG – und somit des Auftretens der geschilderten Problematik – jedenfalls zu reduzieren. Dem ist Rechnung getragen, wenn die Einlagen wie üblich sofort, dh mit Abschluss des notariellen Gesellschaftsvertrages, zur Zahlung fällig sind.<sup>60</sup>
- Kommt es zu einer (entsprechenden) Anwendung des § 33 Abs. 1 GmbHG, sind die Veräußerer weiterhin Gesellschafter der Komplementär-GmbH und haften unmittelbar gem. §§ 19, 24 GmbHG auf Leistung der ausstehenden Einlagen. Insoweit besteht kein Regelungsbedarf.

- Für den Fall der Bejahung einer gesamtschuldnerischen Haftung der Kommanditisten sollte in den Gesellschaftsvertrag der Einheits-GmbH & Co. KG eine Regelung zur Ausgestaltung des Binnenregresses gem. § 426 Abs. 1 S. 1 2. HS BGB aufgenommen werden, wonach die Kommanditisten bei einer Inanspruchnahme auf ausstehende GmbH-Einlagen im Innenverhältnis zueinander lediglich im Verhältnis ihrer KG-Beteiligungen (die der mittelbaren Beteiligung an der GmbH entsprechen) haften. Eine entsprechende Formulierung wäre im Anschluss an die Regelungen über die Kapital- und Haftenlagen der Kommanditisten zu verorten und könnte wie folgt lauten:

*Wenn und soweit ein Kommanditist, ungeachtet aus welchem Rechtsgrund, auf Leistung ausstehender Gesellschaftereinlagen der Komplementärin in Anspruch genommen werden sollte, sind alle übrigen Kommanditisten verpflichtet, ihn anteilig entsprechend ihrer jeweiligen Beteiligung an der Gesellschaft, von einer solchen Inanspruchnahme freizustellen. § 24 S. 2 GmbHG gilt entsprechend.*

- Sofern nicht im Einzelfall besondere Umstände vorliegen, erscheint es dagegen weder erforderlich noch zielführend, die oben<sup>61</sup> geschilderten Regelungen für die beteiligungsidentische GmbH & Co. KG rein vorsorglich für den Fall des Scheiterns der Einheits-KG (bei entsprechender Anwendung des § 33 Abs. 1 GmbHG) in die Gesellschaftsverträge aufzunehmen.

### bb) Bei Veränderungen im Gesellschafterkreis

Wenn nach erstmaliger Anteilsübertragung und daraus folgender Entstehung der Einheits-KG ein Kommanditist wechselt oder ein weiterer Kommanditist hinzu kommt, erlangen die beiden unterschiedlichen Auffassungen größere Bedeutung. Da der neue Kommanditist zu keinem Zeitpunkt Gesellschafter der Komplementär-GmbH war, wäre er von einer Haftung auf die ausstehenden Einlagen nicht betroffen, wenn die Anteilsübertragung an die KG als unwirksam anzusehen wäre. Es erscheint jedoch auch hier wirtschaftlich angemessen, dass der neue Kommanditist gemeinsam mit den anderen Kommanditisten für die Aufbringung des ausstehenden Stammkapitals haftet. Wie ausgeführt ist es gerade Sinn und Hintergrund der Einheitsstruktur, eine wirtschaftliche Beteiligung an der KG und ihrer Komplementärin sicherzustellen. Mit Erwerb der Kommanditbeteiligung der Einheits-KG erwirbt ein neu hinzutretender Dritter mittelbar auch eine anteilmäßig entsprechende Beteiligung an der Komplementär-GmbH. Daher ist es sachgerecht, dass er auch das Haftungsrisiko bei nicht vollständig geleisteter Gesellschaftereinlage trägt. Im Fall des Eintritts in eine beteiligungsidentische GmbH, die insoweit den Vergleichsmaßstab bildet, müsste der Kommanditist aufgrund der dort üblichen vertraglichen Bestimmungen<sup>62</sup> auch eine direkte Beteiligung an der GmbH erwerben, womit die Haftung für eine nicht vollständig geleistete Gesellschaftereinlage unmittelbar einhergehen würde. Allerdings kann es sich aus den oben genannten Gründen auch hier nur um eine anteilige Haftung des neuen Kommanditisten handeln.

<sup>58</sup> Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 33 Rn. 7.

<sup>59</sup> S. dazu das Formulierungsbeispiel unter C.I.1.d) aa).

<sup>60</sup> Vgl. nur Hoffmann-Becking/Gebele, BeckFormularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht, 12. Aufl. 2016, Form IX. 6.

<sup>61</sup> B.II.

<sup>62</sup> S. oben B.II.1.

Mit der oben unter aa) vorgeschlagenen Regelung wird dieses Ergebnis wirtschaftlich unabhängig von der bestehenden Rechtsunsicherheit erreicht, da sie auch neu hinzutretende Kommanditisten erfasst. Klarstellend kann die Regelung folgendermaßen ergänzt werden:

*Die Verpflichtung nach vorstehendem Satz 1 gilt unabhängig davon, ob ein Kommanditist zuvor auch Gesellschafter der Komplementärin war.*

### c) Sonderfall: Kapitalerhöhung bei der Einheits-GmbH & Co. KG

In engem Zusammenhang mit der geschilderten Fragestellung steht die Thematik der Kapitalerhöhung bei der Einheits-KG. Nach einem Beschluss des Landgerichts Berlin<sup>63</sup> ist bei einer Einheits-GmbH & Co. KG die KG nicht berechtigt, im Rahmen einer Kapitalerhöhung der Komplementär-GmbH neue Anteile zu zeichnen. Es begründet dies maßgeblich damit, dass ein entsprechendes Verbot zum Erwerb neuer (eigener) Anteile in einer Kapitalerhöhung auch für die GmbH gelte, selbst wenn diese bereits eigene Anteile besitzt. Bei der Einheits-KG sei die GmbH jedenfalls dinglich an der KG mit beteiligt und damit mittelbar verantwortlich für die Aufbringung einer Einlage, die die KG übernehme. Zwar sei nach § 172 Abs. 6 HGB der Erwerb von Anteilen an der GmbH durch die KG möglich. § 33 GmbHG zeige aber, dass nicht zwingend der Erwerb aller (eigenen) Anteile möglich sein muss.<sup>64</sup>

Aufgrund dieser Rechtsprechung ist bei Kapitalerhöhungen der Komplementärin einer Einheits-KG in der Praxis darauf zu achten, dass die KG die neuen Anteile nicht unmittelbar übernimmt. Zulässig ist eine Übernahme der neuen Stammeinlage durch die Kommanditisten oder einen Treuhänder, die nach Eintragung der Kapitalerhöhung im Handelsregister die neu entstandenen Geschäftsanteile an die KG übertragen.<sup>65</sup>

## II. Vertretung und Willensbildung in GmbH und KG

Neben den angesprochenen Haftungsfragen bilden Fragen der Willensbildung und Vertretung das zentrale Thema im Bereich der Einheits-GmbH & Co. KG. Sie ergeben sich daraus, dass aufgrund der wechselseitigen Beteiligung der KG an ihrer Komplementärin und umgekehrt nur der oder die Geschäftsführer der Komplementärin für beide Gesellschaften, auch im Verhältnis zueinander, handelt.

### 1. Problematik

Gem. § 164 S. 1 HGB und § 170 HGB sind die Kommanditisten der KG von der Führung der Geschäfte der Gesellschaft ausgeschlossen und nicht zu deren Vertre-

tung ermächtigt. Demnach wird die KG grundsätzlich in Abweichung von §§ 114 Abs. 1 HGB, 125 Abs. 1 HGB organschaftlich von dem persönlich haftenden Gesellschafter – bei der GmbH & Co. KG also der Komplementärin – vertreten und diese führt die Geschäfte. Im Modell der Einheits-GmbH & Co. KG ist die Kommanditgesellschaft alleinige Gesellschafterin ihrer Komplementärin und übt das alleinige Stimmrecht in deren Gesellschafterversammlung aus.

Nach dem gesetzlichen Regelstatut würde sie dabei grundsätzlich durch die Komplementärin selbst und diese wiederum durch ihren Geschäftsführer vertreten, so dass im Ergebnis die GmbH ihre eigene Gesellschafterversammlung beherrscht und ihr Geschäftsführer sich selbst kontrolliert.<sup>66</sup> Für operative Entscheidungen wie die Feststellung des Jahresabschlusses, die Beschlussfassung über die Gewinnverwendung oder auch die Bestellung und Abberufung von Prokuristen mag dies eine hinnehmbare Besonderheit der Einheits-KG darstellen. Problematisch wird es jedoch im Hinblick auf die Anweisung und Überwachung der Geschäftsführung sowie deren Entlastung, Bestellung und Abberufung. Diese Entscheidungen stehen gem. § 46 Nr. 5 und 6 GmbHG gerade in der Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung, um einen Kontrollmechanismus für das Handeln der Geschäftsführung zu etablieren.<sup>67</sup> Beherrscht die GmbH – und damit deren Geschäftsführung – ihre eigene Gesellschafterversammlung, kann dies im Fall eines Konfliktes zwischen den Kommanditisten und der Geschäftsführung zur Handlungsunfähigkeit der Einheits-KG oder der gerichtlichen Durchsetzung von Beschlüssen und damit nicht mehr kalkulierbaren Situationen für die Gesellschaft führen.

## 2. Lösungsvorschläge de lege lata

In der Literatur wird rege diskutiert, wie mit der geschilderten Problematik im Rahmen der geltenden Rechtslage, die bei der GmbH & Co. KG durch das Zusammenspiel zweier Regelungsregime geprägt ist, umzugehen ist. Die Lösungsvorschläge reichen dabei von einer strikten Beibehaltung und Anwendung der für GmbH und KG jeweils geltenden Bestimmungen einschließlich der Grundsätze zur Einmann-GmbH (dazu nachfolgend a.) über eine Erweiterung der Rechte der Kommanditisten im Wege ergänzender Vertragsauslegung (dazu nachfolgend c.) bis hin zur Annahme einer einheitlichen Gesellschafterversammlung von KG und GmbH (dazu nachfolgend b.).

### a) Trennungslösung

Von der mittlerweile wohl herrschenden Ansicht wird befürwortet, die Fragen der Willensbildung und Vertretung in der Gesellschafterversammlung der GmbH – bei Fehlen einer gesellschaftsvertraglichen Regelung – streng nach den für GmbH und KG jeweils geltenden Bestimmungen zu beantworten mit der Folge, dass der Geschäftsführer der GmbH als Vertreter der Komplementär-GmbH in der Gesellschafterversammlung vertretungs- und stimmberechtigt ist. Zwar wird anerkannt,

<sup>63</sup> LG Berlin 26.8.1986, ZIP 1986, 1564 ff.

<sup>64</sup> LG Berlin 26.8.1986, ZIP 1986, 1564 (1565); sich anschließend Lutter/Hommelhoff, GmbH-Gesetz, 18. Aufl. 2012, § 33 Rn. 41; zum Teil wird diese Begründung als Stütze der oben unter C.I.2.a. genannten Auffassung angeführt, wonach der Erwerb nicht voll eingezahlter Anteile in entsprechender Anwendung von § 33 Abs. 1 GmbHG unwirksam sein soll, vgl. Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 33 Rn. 20.

<sup>65</sup> Heidenhain/Meister/Götze, Münchener Vertragshandbuch, 7. Aufl. 2011, Anmerkung 6 zu Form. III.9.

<sup>66</sup> S. nur Münchener Handbuch Gesellschaftsrecht/Gummert, II, 3. Aufl. 2009, § 51 Rn. 11; Binz/Sorg, Die GmbH & Co. KG im Gesellschafts- und Steuerrecht, 11. Aufl. 2010, § 8 Rn. 8 ff.; Reichert/Liebscher, GmbH & Co. KG, 7. Aufl. 2015, § 3 Rn. 11 f. jeweils mwN.

<sup>67</sup> Baumbach/Hueck/Zöllner, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 46 Rn. 50.

dass dies in Bezug auf die Kontrolle der Geschäftsführung durch die Gesellschafterversammlung unerwünscht sein kann. Die Gesetzeslage, die klar zwischen KG und GmbH und den für sie jeweils geltenden Vertretungsregelungen trenne, lasse jedoch keinen Raum für eine abweichende Beurteilung.<sup>68</sup> Übe der Geschäftsführer sein Amt nicht im Interesse der Kommanditisten aus, bliebe diesen lediglich die Möglichkeit, der GmbH die Geschäftsführungsbefugnis zu entziehen oder sie aus der KG auszuschließen.<sup>69</sup>

Bedenken, dass der Geschäftsführer der Komplementärin bei Beschlüssen über seine Entlastung sowie weiteren Fällen der Interessenkollision gem. § 47 Abs. 4 S. 1 GmbH einem Stimmverbot unterliege,<sup>70</sup> wird mit dem Verweis auf die Grundsätze der Einmann-GmbH (eine solche ist die Komplementärin im Fall der Einheits-KG) begegnet. Auch dort sei der Alleingesellschafter zur Fassung aller Beschlüsse berechtigt, die § 46 GmbHG in die Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung stellt.<sup>71</sup> Die Überwachung der Geschäftsführung fiele hier ebenso wie in der Einheits-KG jedenfalls bei Konstellationen mit nur einem Geschäftsführer faktisch fort.<sup>72</sup>

### b) Einheitslösung

Demgegenüber geht die Gegenansicht von einer allein aufgrund der Struktur der Einheitsgesellschaft bestehenden Identität der Gesellschafterversammlungen beider Gesellschaften aus. Ihr zufolge üben alleine die Kommanditisten die Gesellschafterrechte in der GmbH aus.<sup>73</sup> Dies wird damit begründet, dass aufgrund des mit der Einheitsstruktur hergestellten Funktionszusammenhangs zwischen beiden Gesellschaften die inneren Angelegenheiten der GmbH solche der KG seien, die nach den Grundsätzen des Personengesellschaftsrechts von den Kommanditisten wahrgenommen würden.<sup>74</sup>

### c) Vertretungsbefugnis der Kommanditisten

Für eine faktische „Einheitsversammlung“, in der die Kommanditisten durch Mehrheitsbeschluss über die Ausübung des Stimmrechts der KG in der GmbH entscheiden und die KG gleichzeitig bei dessen Ausübung vertreten, spricht sich auch *Karsten Schmidt* aus.<sup>75</sup> Zwar sollte die Übertragung entsprechender Befugnisse auf die Kommanditisten idealerweise durch eine gesellschaftsvertragliche Regelung erfolgen.<sup>76</sup> Fehle diese, könne aber im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung aus der Wahl der Einheitsstruktur geschlossen werden, dass den Kommanditisten stillschweigend eine entsprechende Vollmacht eingeräumt worden sei.<sup>77</sup> Die Komplementärin der Einheits-GmbH & Co. KG sei insofern gerade

keine typische Einmann-GmbH, als Gesellschafter und Geschäftsführer nicht dieselbe Person sind, so dass in Bezug auf das Eingreifen von Stimmverbote und die Entstehung von Interessenskonflikten gerade nicht auf die zur Einmann-GmbH entwickelten Grundsätze zurückgegriffen werden könne.<sup>78</sup>

### 3. Position der Rechtsprechung

Der Bundesgerichtshof hat sich anlässlich der Kündigung des Anstellungsvertrages eines Geschäftsführers mit der geschilderten Vertretungsproblematik der Einheits-KG befasst.<sup>79</sup> In dem der Entscheidung zugrundeliegenden Fall beschlossen vier von fünf Geschäftsführer der Komplementärin einer (doppelstöckigen) KG, die sämtliche Anteile an der Komplementärin hielt, die Kündigung des Anstellungsvertrages des fünften Geschäftsführers. Im Anschluss daran erklärten ein Geschäftsführer und ein Prokurist, die für die Komplementärin gemeinsam vertretungsberechtigt waren, die Kündigung des Anstellungsvertrages. Der BGH hatte sich mit der Frage zu befassen, ob erstens die Fassung des Kündigungsbeschlusses iSd § 46 Nr. 5 GmbHG und zweitens die Erklärung der Kündigung durch die richtigen, dh die dazu berechtigten Personen erfolgten.<sup>80</sup>

Der BGH führte zum ersten Teil der Fragestellung aus, dass die Gesellschafterversammlung der beklagten Komplementärin über die Beendigung des Anstellungsvertrages zu beschließen hatte und die (übrigen) Geschäftsführer der Komplementärin in ihrer (Doppel)Funktion als Vertreter von deren Alleingesellschafterin einen solchen Beschluss wirksam fassen konnten. Die Abgabe der Kündigungserklärung sei sodann ebenfalls wirksam durch die ordnungsgemäß vertretene Komplementärin erfolgt. Laut amtlichem Leitsatz der Entscheidung nehmen in einer Komplementär-GmbH, deren Anteile von der KG gehalten werden, vorbehaltlich abweichender Regelungen im KG-Vertrag die der KG als Alleingesellschafterin in der Gesellschafterversammlung der GmbH zustehenden Rechte die organschaftlichen Vertreter der GmbH wahr.<sup>81</sup>

Damit schließt sich der BGH der oben als Trennungslösung bezeichneten Ansicht an und macht deutlich, dass gerade auch für eine in Bezug auf Interessenkollisionen problematische Maßnahme wie die Beendigung eines Geschäftsführer-Anstellungsvertrages die gesetzlichen Vertretungsregelungen für die GmbH uneingeschränkt Anwendung finden. Zwar konnte der BGH in der der Entscheidung zugrunde liegenden Konstellation den Fragen einer Interessenkollision bzw. eines Stimmverbotes dadurch aus dem Weg gehen, dass neben dem betroffenen Geschäftsführer noch weitere vertretungsberechtigte Geschäftsführer vorhanden waren, so dass sämtliche Maßnahmen ohne Mitwirkung des betroffenen Geschäftsführers getroffen werden konnten. Es lässt sich der Entscheidung jedoch nicht entnehmen, dass von den darin aufgestellten Grundsätze zB im Fall nur eines Geschäftsführers oder zweier nur gemeinsam vertretungsbe-

68 MüKoHGB/Grünwald, III, 3. Aufl. 2012, § 161 Rn. 98; *Fleck* FS Semler, 1993, 115 (117 f.); *Binz/Sorg*, Die GmbH & Co. KG im Gesellschafts- und Steuerrecht, 11. Aufl. 2010, § 8 Rn. 14; *Werner DStR* 2006, 706 (707); *Gehrlein* BB 2007, 1915; nunmehr auch *Reichert/Liebscher*, GmbH & Co. KG, 7. Aufl. 2015, § 3 Rn. 11.

69 MüKoHGB/Grünwald, III, 3. Aufl. 2012, § 161 Rn. 98.

70 So *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, 1638; ausführlich *K. Schmidt* FS Westermann, 2008, 1425 (1434 f.).

71 *Gehrlein* BB 2007, 1915; *Werner DStR* 2006, 706 (707).

72 *Fleck* FS Semler, 1993, 115 (121).

73 *Schilling* FS Barz, 1974, 69 (72); früher auch *Sudhoff/Liebscher*, GmbH & Co. KG, 6. Aufl. 2005, § 3 Rn. 11.

74 *Schilling* FS Barz, 1974, 72 f.

75 *Scholz/K. Schmidt*, GmbHG II, 11. Aufl. 2014, Anh § 45 Rn. 59; ders. ZIP 2007, 2193 (2196 f.); tendenziell in Richtung der Einheitslösung *K. Schmidt* FS Westermann, 2008, 1425 (1440 ff.).

76 Dazu nachfolgend C.II.4. b).

77 *Scholz/K. Schmidt*, GmbHG II, 11. Aufl. 2014, Anh § 45 Rn. 59.

78 *K. Schmidt* FS Westermann, 2008, 1425 (1434 ff.); *K. Schmidt* ZIP 2009, 2193 (2194).

79 BGH 16.7.2007, DNotZ 2008, 145 = NZG 2007, 751 = ZIP 2007, 1658.

80 Die dritte vom BGH behandelte Frage, ob die Kündigung im Namen der richtigen Gesellschaft erklärt wurde, ist hier nicht von Bedeutung.

81 BGH 16.7.2007, DNotZ 2008, 145 (146); dem BGH ohne weitere Begründung folgend OLG Hamburg 22.3.2013, NZG 2013, 831.

rechtigter Geschäftsführer abzuweichen sei.<sup>82</sup> Die jüngste obergerichtliche Rechtsprechung schließt sich dem BGH ohne weitergehende Argumentation uneingeschränkt an.<sup>83</sup> Man wird deshalb davon ausgehen müssen, dass es bis auf Weiteres ungeachtet der jeweiligen Fallkonstellation bei einer streng getrennten Anwendung der Vertretungsregelungen für KG und GmbH (mit den sich daraus ergebenden Konsequenzen bei nur einem Geschäftsführer) verbleibt.

#### 4. Mögliche Gestaltungen

Dem von der Rechtsprechung aufgestellten Grundsatz, dass die Geschäftsführung der Komplementärin in dieser auch die Gesellschafterrolle wahrnimmt und sich selbst kontrolliert, wird von den Vertretern einer Einheitslösung entgegengehalten, dass diese Kompetenzverteilung von den Kommanditisten in aller Regel weder beabsichtigt noch gewünscht sei. Gerade bei der Einheits-KG wollten sie die Herrschaft über die Komplementärin nicht aus der Hand geben, weshalb die strikte Anwendung der gesetzlichen Regelungen nicht sachgerecht sei und die Praxistauglichkeit der Einheits-KG erheblich beeinträchtigt.<sup>84</sup> Mit diesen kritischen Stimmen ist der Praxis daher zu einer kautelarjuristischen Ausgestaltung der Vertretungs- und Geschäftsführungsbefugnisse durch gesellschaftsvertragliche Regelungen zu raten. Die Rechtsprechung erkennt die Zulässigkeit abweichender Regelungen ausdrücklich an.<sup>85</sup> In der Literatur werden hierfür im Wesentlichen folgende Gestaltungen vorgeschlagen:

##### a) Schaffung eines Beirats bei der Komplementär-GmbH

Eine in der Literatur diskutierte Möglichkeit ist die Schaffung eines Beirats auf Ebene der GmbH, der neben Geschäftsführung und Gesellschafterversammlung als weiteres Organ der Gesellschaft fungiert und mit den Kommanditisten besetzt ist. Diesem Beirat, der teilweise auch als Kommanditistenversammlung bezeichnet wird, sollen dann soweit gesetzlich möglich die Kompetenzen der Gesellschafterversammlung übertragen werden.<sup>86</sup> Beides muss durch Regelung in der Satzung der Komplementär-GmbH erfolgen.

Die Möglichkeit der GmbH-Gesellschafter, einen Teil ihrer Befugnisse von der Gesellschafterversammlung auf ein anderes Organ zu übertragen, ist allgemein anerkannt. Gerade für (ergänzende) Überwachungsbefugnisse im Verhältnis zu den Geschäftsführern ist dies auch nicht unüblich,<sup>87</sup> so dass mit dieser Gestaltung der besonderen Gefahr von Interessenskonflikten bei der Einheits-KG

zum Teil vorgebeugt werden kann. Nach überwiegender Auffassung kann eine solche Kompetenzverlagerung aber nicht umfassend und uneingeschränkt erfolgen. Jedenfalls ein Kernbereich eigener Zuständigkeit muss bei der Gesellschafterversammlung verbleiben, wozu namentlich die letzte Prüfung und Überwachung der Geschäftsführung gehören.<sup>88</sup> Mit der Beiratslösung wird daher nicht das gegebenenfalls gewünschte Ergebnis erreicht, die Kommanditisten auch auf Ebene der GmbH mit der Wahrnehmung sämtlicher Gesellschafterrechte zu betrauen.<sup>89</sup> Hinzu kommt, dass jede Regelung in der Satzung der GmbH aufgrund des Erfordernisses der notariellen Form gem. § 2 Abs. 1 S. 1 GmbHG schwerfälliger ist als eine Regelung im KG-Vertrag.

##### b) Kompetenzübertragung auf die Kommanditisten

###### aa) Regelung im KG-Vertrag

Überwiegend wird daher vorgeschlagen, den Kommanditisten im Gesellschaftsvertrag der KG das Recht einzuräumen, die Gesellschafterrechte der KG an der Komplementär-GmbH, namentlich die Ausübung ihres Stimmrechtes in der Gesellschafterversammlung, auszuüben. Für diesen (begrenzten) Tätigkeitsbereich der KG sollen den Kommanditisten die Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht übertragen und im Einzelnen bestimmt werden, wie diese wahrzunehmen sind. Typischerweise sehen die Vorschläge vor, die maßgeblichen Entscheidungen entsprechend den Regelungen über die Beschlussfassung in der Gesellschafterversammlung der KG durch Mehrheitsbeschluss der Kommanditisten zu treffen und einen oder mehrere Kommanditisten mit der Ausführung der Entscheidung zu betrauen.<sup>90</sup>

###### bb) Dogmatischer Hintergrund

Teilweise wird diese Übertragung von Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnissen auf die Kommanditisten als rechtsgeschäftliche Bevollmächtigung angesehen.<sup>91</sup> Für die Geschäftsführungsbefugnis ist anerkannt, dass diese in Abweichung von § 164 S. 1 HGB – gegebenenfalls sogar unter Ausschluss der Komplementärin – auf einen oder mehrere Kommanditisten übertragen werden kann.<sup>92</sup> Auch eine rechtsgeschäftliche Bevollmächtigung der Kommanditisten zur Vertretung im Außenverhältnis ist ohne Verstoß gegen § 170 HGB zulässig. § 170 HGB ist nur in Bezug auf die der Komplementärin zustehende organschaftliche Vertretungsbefugnis zwingend.<sup>93</sup> Jedenfalls wenn sich die Bevollmächtigung lediglich auf einen Teilbe-

82 So auch K. Schmidt ZIP 2007, 2193 (2195), der die Entscheidung deshalb kritisiert.

83 OLG Hamburg 22.3.2013, NZG 2013, 831, ebenfalls zu einem Anstellungsvertrag eines Geschäftsführers; OLG Celle 6.7.2016, NZG 2016, 1147, zur Satzungsänderung bei der Komplementär-GmbH, dazu von Bonin NZG 2016, 1299 ff.

84 Hesselmann/Tillmann/Mueller-Thuns/Liike, Handbuch GmbH & Co. KG, 21. Aufl. 2016, Rn. 2473; ausführlich K. Schmidt FS Westermann, 2008, 1425 (1434 ff.); K. Schmidt ZIP 2009, 2193 (2194).

85 BGH 16.7.2007, DNotZ 2008, 145; OLG Celle 6.7.2016, NZG 2016, 1147.

86 Hopt/Volhard/Tischbirek, Vertrags- und Formularbuch zum Handels-, Gesellschafts-, Bank und Transportrecht, 2. Aufl. 2000, Formular II.D.6; in diese Richtung wohl auch MüKoHGB/Grunewald, III, 3. Aufl. 2012, § 161 Rn. 99; Fleck FS Semler, 1993, 115 (133 f.).

87 Baumbach/Hueck/Zöllner, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 45 Rn. 19.

88 Baumbach/Hueck/Zöllner, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 46 Rn. 94; einschränkend für den Fall der Einheits-KG MüKoHGB/Grunewald, III, 3. Aufl. 2012, § 161 Rn. 99.

89 S. auch Werner DStR 2006, 706 (707).

90 Scholz/K. Schmidt, GmbHG II, 11. Aufl. 2014, Anh § 45 Rn. 59; Reichert/Liebscher, GmbH & Co. KG, 7. Aufl. 2015, § 3 Rn. 12; Münchener Handbuch Gesellschaftsrecht/Gummert, II, 3. Aufl. 2009, § 51 Rn. 11; MüKoHGB/Grunewald, III, 3. Aufl. 2012, § 161 Rn. 99; Hopt/Lang, Vertrags- und Formularbuch zum Handels-, Gesellschafts- und Bankrecht, 4. Aufl. 2013, Anmerkung 5 zu Form. II.C.5.; Binz/Sorg, Die GmbH & Co. KG im Gesellschafts- und Steuerrecht, 11. Aufl. 2010, § 8 Rn. 17 f.; Werner DStR 2006, 706 (708 f.); Jorde/Götz BB 2005, 2718 (2720).

91 Scholz/K. Schmidt, GmbHG II, 11. Aufl. 2014, Anh § 45 Rn. 59; Reichert/Liebscher, GmbH & Co. KG, 7. Aufl. 2015, § 3 Rn. 12; Münchener Handbuch Gesellschaftsrecht/Gummert, II, 3. Aufl. 2009, § 51 Rn. 11.

92 Vgl. nur BGH 9.12.1968, NJW 1969, 507; Baumbach/Hopt/Roth, HGB, 36. Aufl. 2014, § 164 Rn. 7.

93 Baumbach/Hopt/Roth, HGB, 36. Aufl. 2014, § 170 Rn. 1, 3.

reich der Tätigkeit der KG beschränkt, ist von einer zulässigen rechtsgeschäftlichen Vollmacht auszugehen.<sup>94</sup>

Die rechtsgeschäftliche Vollmacht ist jedoch grundsätzlich widerruflich. Bei konsequenter Anwendung der oben geschilderten Trennungslösung wären somit der Geschäftsführer der Komplementärin als Vertreter der KG, die als Alleingesellschafterin der GmbH die Vollmachtgeberin ist, zum Widerruf der erteilten Vollmacht berechtigt.<sup>95</sup> Zwar soll dies dadurch gelöst werden, dass die Vollmacht den Kommanditisten im Gesellschaftsvertrag als nicht entziehbares Sonderrecht eingeräumt wird und dadurch gem. § 117 HGB nur noch aus wichtigem Grund entzogen werden kann. Zudem soll die Komplementärin in Bezug auf einen solchen Widerruf den Weisungen der Kommanditisten unterworfen werden.<sup>96</sup> Es verbleibt aber das Risiko einer schlimmstenfalls gerichtlichen Auseinandersetzung über die Zulässigkeit eines solchen Widerrufs, was als ein Kritikpunkt an der dogmatischen Konzeption der rechtsgeschäftlichen Bevollmächtigung geäußert wird.<sup>97</sup> Weiter wird dagegen eingewendet, dass die Kommanditisten als Bevollmächtigte den Weisungen der Geschäftsführer der Komplementärin (als Vertreter der bevollmächtigen KG) unterworfen wären und die Gefahr einer Stimmrechtsabspaltung bestehe, da die Stimmrechte in der GmbH-Gesellschafterversammlung nicht von der KG als Gesellschafterin sondern mit den Kommanditisten von Nichtgesellschaftern ausgeübt würden.<sup>98</sup>

Deshalb sehen die Vertreter dieser Kritik die Übertragung der Befugnisse auf die Kommanditisten als einen „gesellschaftsrechtlichen Akt sui generis“ an. Den Kommanditisten als quasi oberstem Gesellschaftsorgan<sup>99</sup> stünde es aufgrund ihrer Verbandsautonomie frei, im Wege eines gesellschaftsinternen Vorgangs einzelne Kompetenzbereiche in Bezug auf die eigene Komplementärin an sich zu ziehen.<sup>100</sup> Dieser Akt schränke gleichzeitig die Befugnisse der Komplementärin und damit ihres Geschäftsführers entsprechend ein, so dass dieser kein Weisungs- oder gar Entziehungsrecht habe.<sup>101</sup>

### cc) Geltung von Stimmverboten bei Entscheidung der Kommanditisten

Im Rahmen dieser Vollmachtslösung wird häufig vorgeschlagen, für den Entscheidungsprozess der Kommanditisten über die Ausübung des Stimmrechts der KG in der

GmbH-Gesellschafterversammlung vertraglich ein § 47 Abs. 4 GmbHG entsprechendes Stimmverbot vorzusehen.<sup>102</sup> Soweit ersichtlich finden sich aber keine Stellungnahmen, ob dies auf eine direkte oder analoge Anwendung dieser GmbH-rechtlichen Norm zurück geht und die Regelung damit nur deklaratorischen Charakter hat, oder ob mit einer solchen Regelung ein Stimmverbot erst begründet werden soll. Es liegt nahe, dass die KG selbst bei ihrer Abstimmung in der GmbH als deren Alleingesellschafterin einem Stimmverbot nicht unterliegen kann, da eine Abstimmung sonst zum einen nicht möglich wäre, zum anderen aber auch die Gefahr eines Interessengegensatzes zwischen dem befangenen Gesellschafter und der Gesellschaftergesamtheit nicht bestehen kann.<sup>103</sup> Dies ist für die Einmann-GmbH, um die es sich bei der Komplementärin der Einheits-KG faktisch handelt, weitgehend anerkannt.<sup>104</sup> Gleichzeitig entspricht es wohl herrschender Ansicht, dass das Stimmverbot des § 47 Abs. 4 GmbHG auch für Personengesellschaften gilt, jedenfalls wenn die befangene Person maßgeblichen Einfluss auf deren Entscheidungen hat. Die Personengesellschaft muss sich die Befangenheit dieser Person dann zurechnen lassen.<sup>105</sup> Nicht beantwortet wird damit die Frage, ob ein solches Stimmverbot dann automatisch auch (analog) für die Beschlussfassung der Kommanditisten in ihrer „Kommanditistenversammlung“ gilt.<sup>106</sup>

Maßstab für die Einheits-KG ist wie oben geschildert jedoch die beteiligungsidentische GmbH & Co. KG, deren Vereinfachung und Fortentwicklung sie dient. Legt man diesen Maßstab an, so ist die Aufnahme eines Stimmverbotes (unabhängig davon, ob dies deklaratorisch oder konstitutiv wirkt) in eine vertragliche Regelung der Kompetenzen der Kommanditisten zwingend. Wäre ein Kommanditist in der beteiligungsidentischen GmbH & Co. KG als Gesellschafter der Komplementär-GmbH von der Abstimmung zu einer bestimmten Frage wegen eines Stimmverbotes ausgeschlossen, darf er nicht lediglich aufgrund der Wahl der Einheits-Struktur zu einer Mitwirkung bei der Entscheidungsfindung der Kommanditisten zugelassen werden.<sup>107</sup> Anderenfalls besteht die – von § 47 Abs. 4 GmbHG gerade zu verhindernde – Gefahr, dass eine die GmbH betreffende Entscheidung nicht ausschließlich an den Interessen der Gesellschaft sondern den Eigeninteressen des befangenen Gesellschafters ausgerichtet ist.

### c) Gestaltungsvorschlag

Im Ergebnis ist im Schrifttum ungeachtet der dogmatischen Begründung einvernehmlich anerkannt, dass den Kommanditisten durch vertragliche Regelung eine entsprechende Kompetenz zur Wahrnehmung der Gesell-

94 So auch Binz/Sorg, Die GmbH & Co. KG im Gesellschafts- und Steuerrecht, 11. Aufl. 2010, § 8 Rn. 17; es wird sogar eine rechtsgeschäftliche Generalvollmacht als zulässig angesehen, Baumbach/Hopt/Roth, HGB, 36. Aufl. 2014, § 170 Rn. 3.

95 Binz/Sorg, Die GmbH & Co. KG im Gesellschafts- und Steuerrecht, 11. Aufl. 2010, § 8 Rn. 21; Werner DStR 2006, 706 (708).

96 Scholz/K. Schmidt, GmbHG II, 11. Aufl. 2014, Anh § 45 Rn. 59; Münchener Handbuch Gesellschaftsrecht/Gummert, II, 3. Aufl. 2009, § 51 Rn. 11; Hauschild/Kallrath/Herrler, Notarhandbuch Gesellschafts- und Unternehmensrecht, 2011, § 11 Rn. 262.

97 Binz/Sorg, Die GmbH & Co. KG im Gesellschafts- und Steuerrecht, 11. Aufl. 2010, § 8 Rn. 21; Werner DStR 2006, 706 (708); Jorde/Götz BB 2005, 2718 (2721).

98 Binz/Sorg, Die GmbH & Co. KG im Gesellschafts- und Steuerrecht, 11. Aufl. 2010, § 8 Rn. 23; Werner DStR 2006, 706 (708); Jorde/Götz BB 2005, 2718 (2721); wohl auch Fleck FS Semler, 1993, 115 (132).

99 Binz/Sorg, Die GmbH & Co. KG im Gesellschafts- und Steuerrecht, 11. Aufl. 2010, § 8 Rn. 24.

100 Binz/Sorg, Die GmbH & Co. KG im Gesellschafts- und Steuerrecht, 11. Aufl. 2010, § 8 Rn. 24; Werner DStR 2006, 706 (708); Schilling FS Barz, 1974, 71 (73); Hesselmann/Tillmann/Mueller-Thuns/Lüke, Handbuch GmbH & Co. KG, 21. Aufl. 2016, Rn. 2478.

101 Schilling FS Barz, 1974, 71 (73); Werner DStR 2006, 706 (708).

102 S. zB Heidenhain/Meister/Götze, Münchener Vertragshandbuch, 7. Aufl. 2011, Form. III.9, § 8 Abs. 5.

103 So auch Gutachten DNotI, DNotI-Report 17/2010, 154 ff.; anders für die Abstimmung des Geschäftsführers der Komplementärin als Vertreter der für die KG vertretungsberechtigten Gesellschafterin Scholz/K. Schmidt, GmbHG II, 11. Aufl. 2014, § 47 Rn. 155, s. dazu auch Fn. 70.

104 BGH 24.10.1988, DNotZ 1989, 102 (106) = BGHZ 105, 324 (333); Scholz/K. Schmidt, GmbHG II, 11. Aufl. 2014, § 47 Rn. 105.

105 Scholz/K. Schmidt, GmbHG II, 11. Aufl. 2014, § 47 Rn. 160 mwN, auch zur Frage des Vorliegens eines maßgeblichen Einflusses.

106 Ausführlich zu dieser Problematik und die Frage bejahend Gutachten DNotI, DNotI-Report 17/2010, 154 ff.

107 So auch Hoffmann-Becking/Gebele, BeckFormularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht, 12. Aufl. 2016, Anm. 7 zu Form. VIII.D.12.

schafterrechte in der GmbH eingeräumt werden kann. Dies ist den Beteiligten von notarieller Seite auch immer dann anzuraten, wenn wirtschaftlich gewünscht ist, dass die Kommanditisten die Einheits-KG – und damit auch die Komplementärin – beherrschen.

### aa) Elemente einer vertraglichen Regelung

Um alle vorstehend angesprochenen Aspekte einer vertraglichen Gestaltung zu erfassen, sollte eine entsprechende Regelung die folgenden Elemente enthalten:

- Den Kommanditisten wird im Innenverhältnis der KG durch den **KG-Vertrag** für sämtliche Belange, die die Beteiligung an der Komplementärin betreffen, unter Ausschluss der Komplementärin **Geschäftsführungsbezugnis** erteilt.
- Daneben wird den Kommanditisten für diesen Teilbereich der Tätigkeit der Einheits-GmbH & Co. KG, ebenfalls unter Ausschluss der Vertretungsbefugnis der Komplementärin, auch **Vertretungsmacht** erteilt. Diese Vertretungsmacht ist gegenständlich klar zu begrenzen, um einen Verstoß gegen § 170 HGB zu vermeiden. Die Übertragung der Vertretungsmacht auf die Kommanditisten darf **lediglich aus wichtigem Grund widerruflich** sein, worüber die Komplementärin nur nach Weisung der Kommanditisten entscheiden darf.
- Da der KG nur ein einheitlich ausübendes Stimmrecht in der Gesellschafterversammlung der GmbH zusteht, entscheiden die Kommanditisten im Wege des **Mehrheitsbeschlusses** über dessen Ausübung sowie die konkrete Ausübung ihrer Vertretungsmacht (Benennung eines/mehrerer Kommanditisten als Vertreter bei der Abstimmung). Zwar unterliegt diese Beschlussfassung grundsätzlich nicht den Mehrheitserfordernissen, die auf Ebene der GmbH für bestimmte Entscheidungen erforderlich sind (zB das Erfordernis einer  $\frac{3}{4}$ -Mehrheit bei der Beschlussfassung über eine Satzungsänderung nach § 53 Abs. 2 S.1 GmbHG). Da die KG in der Einheits-KG alleinige Gesellschafterin ihrer Komplementärin ist, erfolgen Abstimmungen einstimmig, unabhängig davon, mit welcher Mehrheit über die Ausübung dieses Stimmrechts befunden wurde.

Auch hier ist aber davon auszugehen, dass Maßstab für die Ausgestaltung der Einheits-KG die beteiligungsidentische GmbH & Co. KG ist. Um zu verhindern, dass einem oder mehreren Kommanditisten, die in der beteiligungsidentischen GmbH & Co. KG aufgrund ihrer Sperrminorität bestimmte Entscheidungen in der GmbH verhindern könnten, dieses Recht in der Einheits-KG dadurch genommen wird, dass die Kommanditisten über Belange der GmbH lediglich mit einfacher Mehrheit beschließen, sind die Mehrheitserfordernisse der GmbH für die Beschlussfassung der Kommanditisten zu spiegeln. Sofern also in der Gesellschafterversammlung der GmbH aufgrund Gesetzes oder der Satzung eine **qualifizierte Mehrheit** für eine bestimmte Entscheidung vorgesehen ist, muss der Beschluss der Kommanditisten über die Abstimmung der KG bei dieser Entscheidung mit derselben Mehrheit gefasst werden.

- Für die Beschlussfassung der Kommanditisten ist ein **Stimmverbot** vorzusehen, dass der Regelung in § 47 Abs. 4 GmbHG entspricht. Kommanditisten, die bei der beteiligungsidentischen GmbH & Co. KG als Gesellschafter der Komplementärin wegen eines Stimmverbots von der Abstimmung ausgeschlossen wären,

dürfen auch in der Einheitsstruktur nicht an der Entscheidungsfindung beteiligt sein.

- In der **Satzung der GmbH** ist die **abstrakte Vertretungsmacht der Kommanditisten** zu wiederholen. Dadurch kann für eintragungspflichtige Beschlüsse gegenüber dem Handelsregister der Nachweis der Vertretungsmacht erbracht werden. Zugleich sind die Geschäftsführer anzuweisen, sich im Umfang der Vertretungsmacht der Kommanditisten ihrer Geschäftsführertätigkeit zu enthalten und insbesondere nicht an Gesellschafterversammlungen der Komplementärin teilzunehmen. Zwar ist dabei zu berücksichtigen, dass die organschaftliche Vertretungsmacht der Komplementärin im Außenverhältnis durch eine solche Regelung nicht gänzlich ausgeschlossen werden kann.<sup>108</sup> Durch die Grundsätze des offensichtlichen Missbrauchs der Vertretungsmacht sowie der drohenden Haftung bei einem Hinwegsetzen über die ausdrückliche Weisung zum Nachteil der Gesellschaft dürfte dennoch ein weitgehender Schutz vor einem (von Eigeninteressen motivierten) Handeln der Geschäftsführung der Komplementärin bei der Ausübung von Gesellschafterrechten erreicht werden.<sup>109</sup>
- Selbstverständlich ist (ergänzend) auch die Errichtung eines Beirats auf Ebene der GmbH möglich, wenn hierfür aufgrund besonderer Umstände des Einzelfalls ein Bedürfnis besteht. Im Übrigen kann die Satzung der GmbH einfach gehalten werden, da es sich nach Übertragung der Anteile an die KG um eine Einmann-GmbH handelt.

Sollte eine Regelung der Kompetenzübertragung im KG-Vertrag nicht möglich oder gewünscht sein, da dieser zB nicht von notarieller Seite formuliert werden soll, ist als „Notlösung“ auch eine Aufnahme der geschilderten Regelungen nur in die Satzung der Komplementär-GmbH in Form einer Ausgestaltung der Formalien zur Stimmabgabe in der Gesellschafterversammlung denkbar. Dogmatisch erscheint die Verortung im KG-Vertrag überzeugender, da es sich unabhängig davon, ob man von einer rechtsgeschäftlichen Bevollmächtigung der Kommanditisten oder einem gesellschaftsrechtlichen Akt sui generis ausgeht, um eine Maßnahme der KG in Bezug auf ihre eigene Organisationsverfassung handelt.<sup>110</sup> Der jüngsten Rechtsprechung zufolge ist der Gesellschaftsvertrag der KG trotz seiner jederzeitigen Abänderbarkeit und der fehlenden Pflicht zur Anmeldung von Änderungen im Handelsregister für eine vertragliche Ausgestaltung der Vertretungsbefugnisse innerhalb der KG der geeignete Regelungsort.<sup>111</sup>

### bb) Formulierungsvorschlag

In den Gesellschaftsvertrag der KG könnte folgende Regelung aufgenommen werden:

(1) Hinsichtlich der Wahrnehmung aller Angelegenheiten und Rechte aus, an oder in Zusammenhang mit Geschäftsanteile an der persönlich haftenden Gesellschafterin, deren Inhaberin die Gesellschaft ist, nament-

<sup>108</sup> Hoffmann-Becking/Gebele, BeckFormularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht, 12. Aufl. 2016, Anm. 7 zu Form. VIII.D.12.

<sup>109</sup> Hoffmann-Becking/Gebele, BeckFormularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht, 12. Aufl. 2016, Anm. 7 zu Form. VIII.D.12; Heidenhain/Meister/Götze, Münchener Vertragshandbuch, 7. Aufl. 2011, Anmerkung 13 zu Form. III.9.

<sup>110</sup> Dazu auch von Bonin NZG 2016, 1299 (1301).

<sup>111</sup> OLG Celle 6.7.2016, NZG 2016, 1147.

lich der Ausübung des Stimmrechts aus diesen Geschäftsanteilen, sind anstelle der persönlich haftenden Gesellschafterin ausschließlich die Kommanditisten nach Maßgabe der nachfolgenden Bestimmungen geschäftsführungs- und vertretungsbefugt.

- (2) Die Kommanditisten üben ihre Geschäftsführungsbefugnis dadurch aus, dass sie über die zu treffende Entscheidung und/oder die Ausübung des Stimmrechts der Gesellschaft in der Gesellschafterversammlung der persönlich haftenden Gesellschafterin Beschluss fassen (diese Beschlüsse nachstehend „Kommanditistenbeschlüsse“ genannt).
- (3) Die Kommanditistenbeschlüsse bedürfen der Mehrheit der abgegebenen Stimmen. Sofern aufgrund Gesetzes oder der Satzung der persönlich haftenden Gesellschafterin für die Beschlussfassung über eine bestimmte Maßnahme eine qualifizierte Mehrheit erforderlich ist, ist der jeweilige Kommanditistenbeschluss ebenfalls mit entsprechender Mehrheit zu fassen. Ein Kommanditistenbeschluss betreffend die Verfügung über Geschäftsanteile an der persönlich haftenden Gesellschafterin, die Änderung ihrer Satzung sowie ihre Auflösung oder Umwandlung bedarf stets einer Mehrheit von 75 % der abgegebenen Stimmen.
- (4) Ein Kommanditist, welcher aufgrund eines Kommanditistenbeschlusses entlastet oder von einer Verbindlichkeit befreit werden soll, hat hierbei kein Stimmrecht und darf ein solches auch nicht für andere ausüben. Dasselbe gilt für eine Beschlussfassung, welche unmittelbar oder mittelbar die Vornahme eines Rechtsgeschäftes oder die Einleitung oder Erledigung eines Rechtsstreits gegen den Kommanditisten betrifft.
- (5) Im Übrigen gelten für die Fassung der Kommanditistenbeschlüsse die Regelungen des Gesellschaftsvertrages über die Einberufung von Gesellschafterversammlungen und die Fassung von Gesellschafterbeschlüssen der Gesellschaft (§ XX)<sup>112</sup> entsprechend.
- (6) Hinsichtlich der Ausführung der Kommanditistenbeschlüsse ist jeder Kommanditist einzeln zur Vertretung der Gesellschaft befugt. Jedem Kommanditisten wird hiermit unter Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB zu diesem Zwecke Vollmacht erteilt. Der Kommanditist, der einen von den Kommanditisten gemäß dieser Bestimmung gefassten Kommanditistenbeschluss als Vertreter der Gesellschaft ausführen soll, ist in dem jeweiligen Beschluss zu bezeichnen.
- (7) Die Vollmacht nach vorstehendem Absatz (6) kann nur aus wichtigem Grund widerrufen werden. Die Komplementärin verpflichtet sich, hinsichtlich eines solchen Widerrufs von ihrer Vertretungsbefugnis nur nach Weisung der Kommanditisten Gebrauch zu machen.

Die flankierende Bestimmung in der Satzung der Komplementär-GmbH könnte wie folgt lauten:

- (1) Sofern eine Kommanditgesellschaft, deren persönlich haftende Gesellschafterin die Gesellschaft<sup>113</sup> ist (nachstehend die „GmbH & Co. KG“ genannt), Inhaberin von Geschäftsanteilen der Gesellschaft ist, erfolgt die Wahrnehmung aller Angelegenheiten und Rechte aus, an oder in Zusammenhang mit diesen Geschäftsanteilen, namentlich die Ausübung des Stimmrechts aus den Anteilen, durch die Kommanditisten der GmbH & Co. KG. Die Geschäftsführer haben sich als solche insoweit der Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft zu enthalten.

Sie dürfen, soweit sie nicht zugleich Kommanditisten der GmbH & Co. KG sind, ohne Weisung der Kommanditisten nicht an den Gesellschafterversammlungen der Gesellschaft teilnehmen.

- (2) Jeder Kommanditist der GmbH & Co. KG ist zu dem in Absatz (1) genannten Zweck einzeln zur Vertretung der GmbH & Co. KG als Inhaberin der Geschäftsanteile an der Gesellschaft befugt und von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit. Die Rechtstellung der Kommanditisten ergibt sich aus deren Eintragung im Handelsregister der GmbH & Co. KG.
- (3) Jedem Kommanditisten steht das Auskunfts- und Einsichtsrecht nach § 51a GmbHG zu.

## D. Alternativen zur Einheits-GmbH & Co. KG

Wie ausgeführt besteht der Charme der Einheits-GmbH & Co. KG in der Praxis vor allem darin, bei wirtschaftlich gewünschter Beteiligungsidentität auf Ebene der KG und der GmbH diese ohne umfangreiche und fehleranfällige Verzahnungsregelungen sowie (kosten)aufwändige GmbH-Anteilsübertragungen herzustellen. Es sind neben der Einheits-KG aber weitere Strukturen denkbar, in denen der Gleichlauf bzw. die Vereinheitlichung der Beteiligungsverhältnisse im Vergleich zur beteiligungsidentischen GmbH & Co. KG vereinfacht werden kann.

### I. Pooling der Stimmrechte aus den GmbH-Anteilen

Eine solche Struktur stellt die Bündelung der Stimmrechte aus den GmbH-Anteilen durch Abschluss eines sogenannten Poolvertrages dar. Die Gesellschafter der Komplementär-GmbH, die gleichzeitig die Kommanditisten sind, verpflichten sich dabei vertraglich im Wege eines Stimmbindungsvertrages zur einheitlichen Ausübung ihrer Stimmrechte aus den GmbH-Anteilen. Der Vertrag muss den Prozess der Entscheidungsfindung innerhalb der Gesellschafter über die Ausübung ihrer Stimmrechte festlegen, wobei sich das Stimmengewicht des einzelnen Gesellschafters an seiner Beteiligung an der KG orientieren wird. Grundsätzlich gelten für diese vorgelagerte Entscheidungsfindung die selben Gestaltungsüberlegungen wie für die Entscheidungen der Kommanditisten über die Ausübung der ihnen übertragenen Gesellschafterrechte in der Einheits-KG. Rein rechtlich würde auch hier eine Mehrheitsentscheidung der Gesellschafter über die Art und Weise der Abstimmung selbst für solche Beschlüsse ausreichen, für die auf Ebene der GmbH eine qualifizierte Mehrheit erforderlich ist.<sup>114</sup>

Wirtschaftlich wird dies wie bei der Einheits-KG im Regelfall nicht gewünscht sein, um nicht einen Kommanditisten, der (lediglich) eine Sperrminorität hält, im Vergleich zur „klassischen“ beteiligungsidentischen GmbH & Co. KG zu benachteiligen. Daher ist es sinnvoll, in dem Poolvertrag die in der Gesellschafterversammlung der Komplementär-GmbH jeweils erforderlichen Mehrheiten zu spiegeln. Daneben bedarf es für den Pool einer Regelung darüber, wie die Verpflichtung der einzelnen Gesellschafter zur einheitlichen Stimmabgabe gemäß der Vorentschei-

<sup>112</sup> Hier kann auf die konkreten Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages verwiesen werden.

<sup>113</sup> Da es sich um die Satzung der Komplementärin handelt, ist mit „Gesellschaft“ hier nun die GmbH gemeint.

<sup>114</sup> BGH 24.11.2008, DNotZ 2009, 392; Baumbach/Hueck/Zöllner, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 47 Rn. 113; BeckHB der Personengesellschaften/Bärwaldt, 4. Aufl. 2014, § 22 Rn. 27.

dung des Pools in der GmbH-Gesellschafterversammlung durchgesetzt werden kann. Auch hier erscheint es sinnvoll, dass die Poolgesellschafter in ihrem Beschluss einen oder mehrere Mitgesellschafter benennen, die zur Vertretung des Pools berechtigt sind.<sup>115</sup>

Ein solcher Stimmrechtspool bildet in aller Regel eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) in Form einer Innengesellschaft.<sup>116</sup> Damit werden alle Anteile an der Komplementär-GmbH von einer GbR gehalten, an der die Kommanditisten im gleichen Verhältnis ihrer Beteiligung an der KG beteiligt sind. Zwar halten die Kommanditisten dann anders als bei der Einheits-KG wiederum zwei Beteiligungen, jedoch jeweils an Personengesellschaften. Das vereinfacht die vertragliche Verzahnung beider Beteiligungen, da für sie im Wesentlichen gleiche Regelungsregime gelten.<sup>117</sup> Deutlich wird dies beispielsweise an der Übertrag- und Belastbarkeit der Beteiligungen an GbR und KG, die vorbehaltlich abweichender Regelungen im Gesellschaftsvertrag jeweils unter dem Vorbehalt der Zustimmung aller Gesellschafter stehen, so dass insoweit keine Vereinheitlichungsregelung nötig ist. Unterschiede bestehen dagegen weiterhin im Hinblick auf den Tod eines Gesellschafters, der bei der GbR gem. § 727 Abs. 1 BGB grundsätzlich zu deren Auflösung, bei der KG dagegen nur zu seinem Ausscheiden führt (§§ 161 Abs. 2, 131 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 HGB).

## II. Zwischenschalten einer Holding-Gesellschaft

Eine weitere Möglichkeit der Vereinfachung besteht darin, zwischen die einzelnen Gesellschafter und die GmbH & Co. KG eine Holding-Gesellschaft zu schalten, die sowohl Alleingesellschafterin der Komplementärin als auch alleinige Kommanditistin der KG ist. Dazu kann entweder von den Gesellschaftern eine Gesellschaft gegründet werden, die dann ihrerseits die GmbH & Co. KG gründet. Besteht die (beteiligungsidentische) GmbH & Co. KG schon, übertragen die Gesellschafter alle Anteile an der Komplementärin auf die Holding und diese übernimmt sämtliche Kommanditeinlagen. Die Rechtsform der Holding ist – vorbehaltlich steuerlicher Erfordernisse – grundsätzlich frei wählbar. Dem Ziel der Vereinfachung wird eher eine Personengesellschaft gerecht, da diese insbesondere in Bezug auf Gesellschafterwechsel und die Änderung des Gesellschaftsvertrages die flexible Handhabung bietet und keine Einbeziehung eines Notars erfordert.

Diese Gestaltung hat den Vorteil, dass die individuellen Gesellschafter jeweils nur an einer Gesellschaft, der Holding, beteiligt sind. Das Problem der Verzahnung von GmbH-Gesellschafterstellung und Kommanditbeteiligung stellt sich daher von vornherein nicht und die „Verwaltung“ nur einer Beteiligung (zB wenn diese auf einen Dritten übertragen werden soll) reduziert für den einzelnen Gesellschafter die Komplexität. Demgegenüber wird das „Gesamtkonstrukt“ gesellschaftsrechtlich

durch die Einführung einer weiteren Ebene komplizierter<sup>118</sup> und die Gesellschafter entfernen sich rechtlich gesehen von ihrer eigentlichen, durch die GmbH & Co. KG ausgeübten Unternehmung. So bedarf es im Gesellschaftsvertrag der Holding präziser Regelungen über die Ausübung der Gesellschafterrechte der Holding in der KG und deren Komplementärin durch den oder die Geschäftsführer der Holding. Je nach gewählter Rechtsform werden die Gesellschafter auf Ebene der Holding die Entscheidung über Geschäftsführungsmaßnahmen weitgehend an sich ziehen bzw. einen Prozess implementieren müssen, der dem der Vorentscheidung durch die Kommanditisten bei der Einheits-KG entspricht. Im Unterschied zu letzterer ist dies aber nicht nur für alle die Komplementärin betreffenden Fragen, sondern zusätzlich auch für die Entscheidungen in der Gesellschafterversammlung der KG erforderlich. Etwas erleichtert wird dieses „Durchregieren“, wenn die selbe(n) Person(en) zugleich in der Holding und der Komplementärin der GmbH & Co. KG Geschäftsführer ist/sind.

## III. Einzelfallbezogene Strukturierung

Ob eine der hier genannten Strukturen der Gründung einer Einheits-KG vorzuziehen ist, lässt sich nur in der konkreten Beratungssituation für den jeweiligen Einzelfall ermitteln. Maßgebliches Kriterium wird auch hier die steuerliche Gestaltung sein. So wirkt sich die Zwischenschaltung einer körperschaftsteuerpflichtigen Kapitalgesellschaft anders aus als die Gestaltung über Personengesellschaften und es kann bei Übertragung von Anteilen an der GmbH & Co. KG auf eine Zwischengesellschaft unter Umständen zum Anfall von Grunderwerbsteuer kommen, wenn die jeweilige KG Grundbesitz hat.<sup>119</sup> Die Klärung der steuerlichen Situation ist dem Klienten im Vorfeld daher dringend anzuraten bzw. wird oft bereits erfolgt sein. Je nach Komplexität des Einzelfalles, beispielsweise bei als Beteiligungsvehikel dienenden Familien-KGs, können auch Fragen der Mitbestimmung gem. §§ 4 ff. MitbestG<sup>120</sup> oder der Zurechnung von Stimmrechten aus Unterbeteiligungen gem. §§ 21 ff. WpHG oder §§ 29 ff. WpÜG nebst damit einhergehenden (Melde)Pflichten der einzelnen Gesellschafter eine Rolle spielen. Dies sind jeweils Aspekte, deren Klärung ebenfalls nicht Gegenstand der notariellen Beratung sein kann. Insoweit ist dem Klienten ggf. die Einholung anwaltlicher Beratung zu empfehlen.

## E. Steuer- und bilanzrechtliche Aspekte

Die steuer- und bilanzrechtliche Behandlung der Einheits-GmbH & Co. KG unterscheidet sich nur unwesentlich von der der regulären GmbH & Co. KG. Sofern für die Einheits-KG Besonderheiten bestehen, sind diese in der notariellen Beratungs- und Gestaltungspraxis von untergeordneter Bedeutung, weshalb sie hier nur kurz dargestellt werden sollen.

115 Vgl. hierzu sowie zu weiteren Gestaltungsfragen des Poolvertrages, einschließlich der Bindung von Rechtsnachfolgern, BeckHB Personengesellschaften/Bärwaldt, 4. Aufl. 2014, § 22 Rn. 20 ff.

116 Baumbach/Hueck/Zöllner, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 47 Rn. 113; Michalski/Römermann, GmbHG, 2. Aufl. 2010, § 47 Rn. 479; BeckHB Personengesellschaften/Bärwaldt, 4. Aufl. 2014, § 22 Rn. 12.

117 Binz/Sorg, Die GmbH & Co. KG im Gesellschafts- und Steuerrecht, 11. Aufl. 2010, § 8 Rn. 71.

118 So auch Binz/Sorg, Die GmbH & Co. KG im Gesellschafts- und Steuerrecht, 11. Aufl. 2010, § 8 Rn. 73.

119 Binz/Sorg, Die GmbH & Co. KG im Gesellschafts- und Steuerrecht, 11. Aufl. 2010, § 8 Rn. 74; sofern im Einzelfall ein Bezug zu ausländischen Sachverhalten besteht, kann auch das jeweilige ausländische Steuerrecht von Bedeutung sein.

120 S. zur Mitbestimmung in der Einheits-KG Hesselmann/Tillmann/Mueller-Thuns/Lüke, Handbuch GmbH & Co. KG, 21. Aufl. 2016, Rn. 2484.

## I. Steuerliche Besonderheiten der Einheits-GmbH & Co. KG

### 1. Gewerbliche Prägung der Einheits-GmbH & Co. KG

Mit der Wahl einer GmbH & Co. KG wird steuerlich oft das Ziel verfolgt, gewerbliche Einkünfte iSv § 15 EStG zu erzielen. Sofern dies bislang den Hintergrund hatte, das in die KG eingebrachte Vermögen von Privat- in Betriebsvermögen umzuwidmen, um die für die Übertragung von Betriebsvermögen geltenden erb- und schenkungsteuerlichen Privilegierungen in Anspruch zu nehmen,<sup>121</sup> ist die Erreichung dieses Ziels zukünftig fraglich. Im Anschluss an die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, mit der diese steuerlichen Begünstigungen für verfassungswidrig erklärt wurden,<sup>122</sup> hat der Bundestag jüngst eine jedenfalls teilweise Verschärfung der erbschaftsteuerlichen Behandlung von Betriebsvermögen beschlossen.<sup>123</sup>

Sofern die Erzielung gewerblicher Einkünfte aus anderen Gründen gewünscht ist, die GmbH & Co. KG aber nicht gewerblich tätig ist (wie zB die rein vermögensverwaltend tätige Familien-KG), kommt die Einordnung ihrer Einkünfte als gewerbliche nur in Betracht, wenn die GmbH & Co. KG iSd § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG eine „gewerblich geprägte Personengesellschaft“ ist. Dies setzt voraus, dass in der KG ausschließlich eine oder mehrere Kapitalgesellschaften persönlich haftender Gesellschafter sind und nur diese (oder Personen, die nicht Gesellschafter sind) zur Geschäftsführung befugt sind. Bei der Einheits-KG ist fraglich, ob die letztgenannte Voraussetzung erfüllt ist, wenn entsprechend der in der Literatur favorisierten und auch hier vorgeschlagenen Gestaltung ein Teil der Geschäftsführungsbefugnis betreffend die Ausübung der Gesellschafterrechte in der Komplementärin auf die Kommanditisten übertragen wird.<sup>124</sup>

Nach der Rechtsprechung schadet es der gewerblichen Prägung jedoch nur, wenn einer oder mehrere Kommanditisten eine organschaftliche Geschäftsführungsbefugnis haben, wobei die bloße Delegation von Geschäftsführungsaufgaben hierfür nicht ausreicht.<sup>125</sup> Allein die Übertragung der Kompetenzen zur Wahrnehmung der Gesellschafterrechte in der Komplementär-GmbH auf die Kommanditisten führt deshalb nicht dazu, dass diese in der KG geschäftsführungsbefugt sind.<sup>126</sup> Deshalb kann auch die entsprechend dem hier dargestellten Vorschlag strukturierte Einheits-KG eine gewerblich geprägte Personengesellschaft iSd § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG sein.<sup>127</sup>

121 Vgl. zur bisherigen Rechtslage *Werner* DStR 2006, 706 (710).

122 BVerfG 17.12.2014, BVerfGE 138, 136 ff.

123 Vgl. den Gesetzentwurf zur Anpassung des Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetzes an die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, BT-Drs. 18/5923, beschlossen am 29.9.2016 in der Form der Beschlussempfehlung des Vermittlungsausschusses, BT-Drs. 18/9690 s. auch *Schmitz* RNotZ 2016, 502 ff. und 649

124 Ausführlich zu dieser Problematik *Hesselmann/Tillmann/Mueller-Thuns/Lüke*, Handbuch GmbH & Co. KG, 21. Aufl. 2016, Rn. 2486 f.; *Werner* DStR 2006, 706 (710); *Jorde/Götz* BB 2007, 2718 (2722).

125 BFH 23.5.1996, DStR 1996, 1443; BFH 23.2.2011 I R 52/2010.

126 FG Münster 28.8.2014, 3 K 743/14 F, EFG 2015, 121; gegen das Urteil ist unter dem Az. IV R 42/14 Revision beim Bundesfinanzhof anhängig.

127 FG Münster 28.8.2014, 3 K 743/14 F, EFG 2015, 121; ebenso *Werner* DStR 2006, 706 (710); *Hesselmann/Tillmann/Mueller-Thuns/Lüke*, Handbuch GmbH & Co. KG, 21. Aufl. 2016,

## 2. Umsatzsteuerliche Organschaft zwischen KG und Komplementärin

Sofern für die Geschäftsführungs- und Vertretungsleistungen der Komplementärin einer GmbH & Co. KG ein Entgelt gewährt wird, unterliegt dieses der von der KG zusätzlich an die Komplementärin zu zahlenden Umsatzsteuer.<sup>128</sup> Die Umsatzsteuerpflicht kann vermieden werden, wenn die KG und ihre Komplementärin eine umsatzsteuerliche Organschaft gem. § 2 Abs. 2 Nr. 2 S. 1 UStG bilden, bei der die KG als Organträgerin und die Komplementär-GmbH als Organgesellschaft fungieren, da die Komplementärin ihre Leistungen dann nicht selbständig ausübt.<sup>129</sup> In Literatur und Rechtsprechung wird zum Teil unterschiedlich beurteilt, ob die für eine solche Organschaft erforderlichen Voraussetzungen der finanziellen, wirtschaftlichen und organisatorischen Eingliederung bei der regulären GmbH & Co. KG bzw. der Einheits-KG vorliegen.<sup>130</sup> Das Erfordernis der finanziellen Eingliederung ist regelmäßig erfüllt, da die KG alle Anteile an der Komplementärin hält.<sup>131</sup> Auch von einer wirtschaftlichen Eingliederung der Komplementärin in die KG, die vorliegt, wenn Organträger und Organgesellschaft ihre Tätigkeiten so aufeinander abgestimmt haben, dass sie sich ergänzen,<sup>132</sup> ist bei der Einheits-KG auszugehen.<sup>133</sup>

Organisatorisch ist eine juristische Person dann in ein anderes Unternehmen eingegliedert, wenn die Organgesellschaft, hier die Komplementär-GmbH, in das wirtschaftliche Gesamtkonzept des Organträgers, hier die KG, eingegliedert und insbesondere eine vom Willen des Organträgers abweichende Willensbildung der Organgesellschaft ausgeschlossen ist.<sup>134</sup>

Für die „reguläre“ GmbH & Co. KG wird das Vorliegen dieses Merkmals zum Teil angezweifelt, da die Komplementärin, vertreten durch ihre Geschäftsführung, als Geschäftsführerin und Vertreterin der KG deren Willen bildet und gerade nicht umgekehrt.<sup>135</sup> Bei einer Einheits-KG hingegen, bei der – wie hier auch befürwortet – die Kommanditisten sämtliche Gesellschafterrechte in „ihrer“ Komplementärin ausüben und damit deren Willensbildung alleine bestimmen, ist eine organisatorische Eingliederung zu bejahen.<sup>136</sup> Dem scheint in Nordrhein-

Rn. 2486, die darauf hinweisen, dass in kritischen Fällen auf die „Beiratslösung“ als Alternative ausgewichen werden kann; einschränkend *Jorde/Götz* BB 2007, 2718 (2722).

128 BFH 6.6.2002, DStR 2002, 1346; für die KG stellt die nur dann eine zusätzliche Belastung dar, wenn sie nicht berechtigt ist, die gezahlte Umsatzsteuer als Vorsteuer geltend zu machen; vgl. *Jorde/Götz* BB 2007, 2718 (2723).

129 *Kersten/Bühling/Wachter*, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 25. Aufl. 2016, § 139 Rn. 72.

130 *Binz/Sorg*, Die GmbH & Co. KG im Gesellschafts- und Steuerrecht, 11. Aufl. 2010, § 18 Rn. 6 ff.

131 *Binz/Sorg*, Die GmbH & Co. KG im Gesellschafts- und Steuerrecht, 11. Aufl. 2010, § 18 Rn. 7.

132 *Jorde/Götz* BB 2007, 2718 (2723).

133 *Hesselmann/Tillmann/Mueller-Thuns/Lüke*, Handbuch GmbH & Co. KG, 21. Aufl. 2016, Rn. 2485; *Werner* DStR 2006, 706 (710).

134 BFH 28.1.1999, NZG 1999, 570.

135 BFH 14.12.1978, NJW 1979, 2272; vgl. bei *Binz/Sorg*, Die GmbH & Co. KG im Gesellschafts- und Steuerrecht, 11. Aufl. 2010, § 18 Rn. 6.

136 Ebenso *Hesselmann/Tillmann/Mueller-Thuns/Lüke*, Handbuch GmbH & Co. KG, 21. Aufl. 2016, Rn. 2485; *Binz/Sorg*, Die GmbH & Co. KG im Gesellschafts- und Steuerrecht, 11. Aufl. 2010, § 18 Rn. 7; *Werner* DStR 2006, 706 (710); *Jorde/Götz* BB 2007, 2718 (2723); wohl auch *Kersten/Bühling/Wachter*, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 25. Aufl. 2016, § 139 Rn. 72.

Westfalen auch die Finanzverwaltung zuzustimmen<sup>137</sup>, so dass bei der Einheits-KG von dem Bestehen einer umsatzsteuerlichen Organschaft zwischen KG und Komplementär-GmbH ausgegangen werden kann.<sup>138</sup> In etwaigen Regelungen über die Vergütung der Komplementärin im Gesellschaftsvertrag der KG kann daher ein Hinweis auf von der KG zu zahlende Umsatzsteuer unterbleiben.

## II. Bilanzrechtliche Besonderheiten der Einheits-GmbH & Co. KG

### 1. Gesonderte Ausweisung der GmbH-Anteile

Neben § 172 Abs. 6 HGB kennt auch das Bilanzrecht mit § 264c Abs. 4 HGB eine die Einheits-KG anerkennende Regelung. Danach müssen GmbH & Co. KGs, die Anteile an ihrer Komplementärin halten, diese sowohl auf der Aktiv- als auch der Passivseite der Bilanz gesondert ausweisen. Dadurch soll bilanziell verdeutlicht werden, dass die KG Vermögen ausweist, auf das die Gläubiger bereits über die Komplementär-GmbH zugreifen können, und so die Trennung der Haftungsmassen aufrecht erhalten bleiben.<sup>139</sup>

Auf der Passivseite ist nach dem Posten „Eigenkapital“ ein Sonderposten „Ausgleichsposten für aktivierte eigene Anteile“ zu bilden. Dieser Ausgleichsposten ist aus den frei verfügbaren Rücklagen oder dem Jahresüberschuss bzw., wenn diese dazu nicht ausreichen, zu Lasten der Kapitalanteile zu bilden (§§ 264c Abs. 4 S. 2, 272 Abs. 4 S. 3 HGB). Letzteres geht ggf. mit einer für Personenhandelsgesellschaften untypischen Entnahmesperre in Höhe dieses Sonderpostens einher.<sup>140</sup> Vermieden werden soll dadurch eine vermeintliche Kapitalaufblähung bei der KG für den oben<sup>141</sup> geschilderten Fall, dass die sonst kein wesentliches Vermögen besitzende Komplementär-GmbH ihre Einlage in die KG aus ihrem Stammkapital bewirkt und die KG als Alleingesellschafterin der GmbH diese Einlage damit quasi selbst finanziert.<sup>142</sup> Leistet die Komplementärin dagegen wie meist keine eigene Kapitaleinlage und ist an den Gewinnen der KG nicht beteiligt, bleibt die Trennung des geschützten Vermögens der Komplementärin von dem der KG erhalten. Aus diesem Grund wird in der Literatur teilweise befürwortet, § 264c Abs. 4 HGB dahingehend teleologisch zu reduzie-

ren, dass bei einer nicht kapitalmäßig beteiligten Komplementärin ein entsprechender Ausgleichsposten nicht zu bilden ist.<sup>143</sup>

## 2. Erstellung eines Konzernabschlusses

Lediglich für Einheits-GmbH & Co. KGs, die aufgrund ihrer Größe (gemessen an Bilanzsumme, Umsatzerlösen und Arbeitnehmerzahl) nicht von der Befreiungsregelung des § 293 Abs. 1 HGB profitieren, stellt sich die Frage, ob die KG zur Erstellung eines Konzernabschlusses verpflichtet ist.<sup>144</sup> Dem Wortlaut des § 290 Abs. 1 HGB zufolge, der sich lediglich auf Kapitalgesellschaften als Mutterunternehmen bezieht, erschien dies lange zweifelhaft.

Da in der Einheits-KG die KG als Mutterunternehmen anzusehen ist und es sich bei ihr um eine Personenhandelsgesellschaft handelt, fiel sie nicht in den Anwendungsbereich der Norm.<sup>145</sup> Seit Einführung des § 264a HGB sind unter anderem die Vorschriften über den Konzernabschluss jedoch auch auf Personenhandelsgesellschaften anwendbar, bei denen nicht unmittelbar oder mittelbar eine natürliche Person persönlich haftender Gesellschafter ist. Bei Vorliegen der Voraussetzungen – und sofern nicht die Komplementärin gem. § 264b Nr. 1 a) HGB selbst einen befreienden Konzernabschluss erstellt – ist die KG als Mutterunternehmen zur Aufstellung eines Konzernabschlusses verpflichtet.<sup>146</sup>

## F. Fazit

Mit der Einheits-GmbH & Co. KG steht der Praxis ein Instrument zur Verfügung, mit dem eine von den Gesellschaftern angestrebte Teilhabeidentität auf Ebene der KG und ihrer Komplementär-GmbH gesellschaftsrechtlich einfach erreicht werden kann. Ob sie sich im jeweiligen Einzelfall als die geeignete Rechtsform erweist, muss von notarieller Seite anhand der konkreten Umstände in der jeweiligen Beratungssituation ermittelt werden. Maßgeblich werden dabei in erster Linie wirtschaftliche und steuerliche Erwägungen sein. Wird die Einheits-KG gewählt, lässt sich diese bei Berücksichtigung einiger Strukturierungselemente effizient und interessengerecht gestalten. ■

137 OFD Düsseldorf, OFD Köln, OFD Münster, 2.2.2005, DStR 2005, 381.

138 Durch diese Organschaft nicht ausgeschlossen ist allerdings die Umsatzsteuerpflicht von etwaigen Einkünften, die ein Gesellschafter als Geschäftsführer der Komplementärin erzielt; vgl. *Werner DStR 2006, 706 (710)*.

139 Binz/Sorg, Die GmbH & Co. KG im Gesellschafts- und Steuerrecht, 11. Aufl. 2010, § 15 Rn. 36; *Werner DStR 2006, 706 (710)*.

140 BeckBilanzkommentar/*Schmidt/K. Hoffmann*, 10. Aufl. 2016, § 264c Rn. 82.

141 C.I.1. a).

142 BeckBilanzkommentar/*Schmidt/K. Hoffmann*, 10. Aufl. 2016, § 264c Rn. 83; anschaulich, *Zeyer BB 2008, 1442 (1443)*.

143 Binz/Sorg, Die GmbH & Co. KG im Gesellschafts- und Steuerrecht, 11. Aufl. 2010, § 15 Rn. 37; BeckBilanzkommentar/*Schmidt/K. Hoffmann*, 10. Aufl. 2016, § 264c Rn. 87; ausführlich zu der Problematik *Zeyer BB 2008, 1442*.

144 Ausführlich dazu *Pawelzik/Theile DStR 2000, 2145 (2146 ff.)*.

145 Vgl. Münchener HB Gesellschaftsrecht/*Gummert*, II, 3. Aufl. 2009, § 51 Rn. 14; ausführlich zu der Diskussion, ob die Komplementär-GmbH nach § 290 HGB zur Erstellung eines Konzernabschlusses verpflichtet war Binz/Sorg, Die GmbH & Co. KG im Gesellschafts- und Steuerrecht, 11. Aufl. 2010, § 15 Rn. 40 ff.

146 Binz/Sorg, Die GmbH & Co. KG im Gesellschafts- und Steuerrecht, 11. Aufl. 2010, § 15 Rn. 43; Münchener HB Gesellschaftsrecht/*Gummert*, II, 3. Aufl. 2009, § 51 Rn. 14; *Werner DStR 2006, 706 (709 f.)*.

NOTARASSESSORIN KARIN RAUDE, WÜRZBURG

# Der digitale Nachlass in der notariellen Praxis

## Inhaltsübersicht

### A. Der digitale Nachlass als rechtliches Problemfeld

- I. Das Urteil des LG Berlin
- II. Begriffsbestimmung
- III. Rechtsnachfolge im Todesfall
  1. Grundsatz: § 1922 BGB
  2. Höchstpersönliche Rechte
- IV. Datenschutz
- V. Allgemeines Persönlichkeitsrecht
- VI. Fernmeldegeheimnis
- VII. Digitaler Nachlass in AGB der Dienstleister
- VIII. Abwicklung durch kommerzielle Anbieter

### B. Gestaltungsmöglichkeiten in der notariellen Praxis

- I. Die Interessenlage der Beteiligten
- II. Vollmachtslösungen
  1. Regelungsinhalt
  2. Ergänzung durch notarielle Vorsorgeurkunde
  3. Praktische Probleme
- III. Erbrechtliche Regelungen
  1. Hinterlegung von Masterpasswörtern
  2. Testamentsvollstreckung mit Verwaltungsanordnung
  3. Vermächtnis
  4. „Zero-Knowledge“ Daten

### C. Fazit

## A. Der digitale Nachlass als rechtliches Problemfeld

Seit einigen Jahren ist das Problemfeld „digitaler Nachlass“ in der juristischen Diskussion präsent. Nicht nur zahlreiche Aufsätze widmen sich inzwischen dieser lange Zeit stiefmütterlich behandelten Problematik,<sup>1</sup> auch bei der Bundes- und Landesregierung steht der digitale Nachlass auf der Agenda.<sup>2</sup> Es ist zu vermuten, dass das erste und noch nicht rechtskräftige deutsche Gerichtsurteil zu dieser Fragestellung nicht das einzige bleiben wird.<sup>3</sup>

Auch in der notariellen Praxis werden die Herausforderungen der Digitalisierung für die Gestaltung von Vollmachten und Verfügungen von Todes wegen allmählich erkannt. In den ersten Formularbüchern finden sich bereits einige, wenn auch teils recht knappe, Hinweise zum Umgang mit dem digitalen Erbe in der notariellen Gestaltungspraxis.<sup>4</sup>

In der erb- und vorsorgerechtlichen Beratung allerdings, scheint das Problembewusstsein deutlich geringer zu sein. Dies mag damit zusammenhängen, dass vor allem

ältere Menschen, deren Leben noch nicht so stark von der Digitalisierung bestimmt ist, ihren Nachlass notariell regeln lassen. Auch hier können sich jedoch die im Folgenden näher zu beleuchtenden Probleme im Umgang mit dem digitalen Nachlass stellen, nicht zuletzt, da inzwischen viele ältere Menschen zumindest durch E-Mail-Konten, Smartphones etc., „vernetzt“ sind. Marktforscher vermuten, dass bis zu 5 % der aktiven Facebook-Accounts Personen gehören, die nicht mehr am Leben sind.<sup>5</sup> Fotos, Musik, Videos oder Bücher sind häufig noch nicht einmal mehr auf der Festplatte des Nutzers, sondern nur noch in einer „cloud“ gespeichert.

Es ist daher zu hoffen, dass auch in der täglichen Beratungspraxis die Sensibilisierung für das Thema „digitaler Nachlass“ weiter zunimmt.<sup>6</sup> Neben persönlichen Daten spielen digitale Inhalte auch im Unternehmensbereich eine immer größere Rolle. Online-Accounts bspw. bei YouTube bzw. Instagram stellen bereits heute teilweise einen erheblichen wirtschaftlichen Wert dar. Viele Unternehmen wickeln Geschäfte überwiegend online ab. Der Zugriff auf diese Inhalte für Erben und Familienangehörige ist ohne eine entsprechende Vorsorge mitunter kompliziert, langwierig und teuer.

Das genaue Zusammenspiel zwischen Erbrecht, Grundrechten, Datenschutz und Geschäftspraktiken der Dienstleister ist dabei noch weitgehend ungeklärt und die zugrundeliegenden Rechtsfragen sind umstritten. Diese Rechtsfelder bilden gleichsam den Rahmen für eine mögliche notarielle Regelung. Für Erben, Berater, Dienstleister und Gerichte birgt die Thematik zahlreiche Herausforderungen.<sup>7</sup> Im Folgenden sollen der dem LG Berlin vorgelegte Sachverhalt und die Lösung des Gerichts als Ausgangspunkt für die Beleuchtung der Problematik dienen.

## I. Das Urteil des LG Berlin<sup>8</sup>

Die Probleme, auf welche die Erben stoßen, wenn der digitale Nachlass nicht geregelt ist, werden gut in dem vom LG Berlin zu beurteilenden Sachverhalt sichtbar.

1 Etwa *Alexander* K&R 2016, 301; *Steiner/Holzer* ZEV 2015, 261; *Klas/Mörbke-Sobolewski* NJW 2015, 3473; *Salomon* NotBZ 2016, 324; *Deusch* ZEV 2014, 2; *Herzog* NJW 2013, 3745; *Hoeren* NJW 2005, 2113; *Solmecke/Köbrich/Schmitt* MMR 2015, 291; *Gloser* MittBayNot 2016, 12; *Gloser* DNotZ 2015, 4; *Lange/Holtwiesche* ZErB 2016, 125; *Lange/Holtwiesche* ErbR 2016, 487; *Martini* JZ 2012, 1145; *Brisch/Müller-ter Jung*, CR 2013, 446; *Knoop*, NZFam 2016, 966; auch eine Dissertation hat sich bereits des Themas angenommen: *Kutscher*, Der digitale Nachlass, Diss. jur., Göttingen 2015.

2 Vgl. hierzu *Kuntz* ZD-Aktuell 2015, 04666; Redaktion MMR-Aktuell 2015, 368599.

3 LG Berlin DNotZ 2016, 537 ff. mAnm *Holzer* = GWR 2016, 37 ff. mAnm *Podszun* = ZEV 2016, 189 ff. mAnm *Deusch* = JuS 2016, 653 mAnm *Wellenhofer*; in der angloamerikanischen Rechtssphäre ist diese Problematik (unter dem Begriff „digital assets“) bereits bekannter als in Deutschland, vgl. hierzu *Scherer*, Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht, 4. Aufl. 2014, § 1 Rn. 29 mwN. In den USA hat auch die Legislative bereits reagiert. Der „Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act“ aus dem Jahr 2015 soll Betreuern und Testamentsvollstreckern den Zugriff auf den digitalen Nachlass erleichtern und gleichzeitig die privaten Daten des Verstorbenen oder zu Betreuenden schützen. Aufgrund der grenzüberschreitenden Problematik digitaler Daten wird auch für Europa eine einheitliche Regelung gefordert, *van Erp* EuCML 2016, 73 (74). Nach *Klas/Mörbke-Sobolewski* NJW 2015, 3473 erreichte bereits 2014 die Anzahl der Facebook-Nutzer in Deutschland 22 Mio.

4 Bspw.: *Otto* in Herrler (Hrsg.), Münchener Vertragshandbuch, VI (Bürgerliches Recht II), 7. Aufl. 2016, XII. 4 Rn. 14; *Groll/Holzer*, Praxishandbuch Erbrechtsberatung, 4. Aufl. 2015, B XVII 1 ff.

5 *Bleich* c't 2013, 62.

6 *Herzog* ErbR 2016, 173 weist zu Recht darauf hin, die Regelung des digitalen Nachlasses sei „nunmehr Pflicht und nicht mehr Kür“.

7 *Steiner/Holzer* ZEV 2015, 262.

8 LG Berlin DNotZ 2016, 537; derzeit ist der Rechtsstreit in zweiter Instanz beim KG anhängig (AZ 21 U 9/16).

Die minderjährige Tochter der Klägerin verstarb bei einem Unfall mit einer U-Bahn, ein Suizid stand im Raum. Aus dem Inhalt des Facebook-Accounts erhofften sich die Eltern Hinweise auf die Hintergründe. Facebook versetzte zwar den Account der Tochter in den sogenannten Gedenkstatus, in dem es nur noch Freunden möglich ist, Kondolenznachrichten auf der Pinnwand des Verstorbenen zu posten, verweigerte den Eltern jedoch den Zugriff auf das Konto und die dort gespeicherten Nachrichten.

Das LG Berlin, welches sich gem. Art. 16 Abs. 1 2. Alt. EuGVVO für örtlich zuständig erklärte, urteilte, den Eltern stehe ein Anspruch auf Zugang zu dem Benutzerkonto ihrer Tochter zu, der im Wege der Gesamtrechtsnachfolge (§ 1922 BGB) auf diese übergegangen sei. Bei dem zwischen Facebook und der Verstorbenen geschlossenen Nutzervertrag handele es sich um einen schuldrechtlichen Vertrag mit miet-, werk- und dienstvertraglichen Elementen.<sup>9</sup> Das Zugangsrecht sei Teil dieses Vertragsverhältnisses und daher nach § 1922 BGB, der gem. Art. 6 Abs. 1 Rom-I-VO auch hier anwendbar sei, auf die Eltern übergegangen. Das Prinzip der Gesamtrechtsnachfolge gelte auch für die höchstpersönlichen Daten im digitalen Nachlass des Erblassers. Ausdrücklich entschied sich das Gericht damit gegen die Ansicht, nur der vermögensrechtliche Teil des digitalen Nachlasses, nicht hingegen auch die nicht vermögensrechtlichen Bestandteile, seien vererblich.<sup>10</sup>

Eine Vererblichkeit des schuldrechtlichen Nutzungsverhältnisses mit Facebook sei auch nicht wegen besonderer Personenbezogenheit des Nutzungsvertrages ausgeschlossen. Dies sei zwar gem. § 399 1. Alt. BGB bei schuldrechtlichen Verhältnissen der Fall, wenn deren Inhalt in einem solchen Maße auf die Person des Berechtigten oder des Verpflichteten zugeschnitten sei, dass bei einem Subjektwechsel die Leistung in ihrem Wesen verändert werde. Dies sei jedoch bei einem Facebook-Account trotz der Anderes vermuten lassenden AGB-Regelungen nicht der Fall. Der Nutzungsvertrag werde regelmäßig ohne nähere Prüfung des Nutzers abgeschlossen und dessen Identität im laufenden Betrieb auch nur in Ausnahmefällen kontrolliert. Insoweit helfe Facebook auch die Tatsache nicht, dass in der analogen Welt Vorschriften zur Geheimhaltung auch gegenüber Erben (bspw. im Hinblick auf Einsichtnahme in Patientenunterlagen oder das anwaltliche und notarielle Beratungsgeheimnis) existierten. Denn diese Geheimhaltungspflichten seien durch § 203 Abs. 4 StGB besonders privilegiert, was sich auch durch das Vorhandensein eines Zeugnisverweigerungsrechts im Strafprozess zeige. Selbst wenn man annehme, dass die Nutzung des Accounts selbst, vergleichbar mit der Mitgliedschaft in einem Verein, nicht vererblich sei, so gingen doch die Auskunftsansprüche in Bezug auf den Zugang zum Account auf den Erben über.<sup>11</sup>

Schließlich stehe auch das postmortale Persönlichkeitsrecht der Erblasserin aus Art. 1 Abs. 1 GG einer Zugangsgewährung nicht entgegen. Die Erziehungsberechtigten seien Sachwalter des Persönlichkeitsrechts ihres Kindes, sodass eine Persönlichkeitsrechtsverletzung schon aus diesem Grunde ausscheide. Ausdrücklich offen gelassen hat das LG Berlin allerdings, ob in anderen Fäl-

len eine Verletzung des postmortalen Persönlichkeitsrechts anzunehmen wäre.<sup>12</sup>

Die Gedenkzustandsrichtlinie von Facebook, die es Erben nicht mehr gestatte, sich auf dem Konto des Erblassers anzumelden, verstoße gegen § 307 Abs. 1 und 2 Nr. 1 BGB und sei daher unwirksam, denn sie beschränke in pauschaler Weise die grundsätzlich von der Rechtsordnung in § 1922 BGB vorgesehene Vererblichkeit eines Rechts.<sup>13</sup>

Das Fernmeldegeheimnis aus § 88 Abs. 3 TKG iVm Art. 10 Abs. 1 GG stehe einer Zugangsgewährung ebenso nicht entgegen. Es bedürfe insoweit auch keines Einverständnisses des jeweiligen Kommunikationspartners der Erblasserin. Dies sei nämlich dann entbehrlich, wenn das Verschaffen von Kommunikationsinhalten im Rahmen des für die geschäftsmäßige Erbringung erforderlichen Maßes iSd § 88 Abs. 3 S. 1 TKG erfolge.<sup>14</sup>

Auch das Datenschutzrecht müsse hinter dem sich aus § 1922 BGB ergebenden erbrechtlichen Befund im Wege praktischer Konkordanz zurückstehen. Ein entsprechender Auskunftsanspruch der Erben ergebe sich schließlich auch aus § 34 BDSG, denn auch der Erbe sei als „Betroffener“ in diesem Sinne anzusehen.<sup>15</sup>

Die Entscheidung des LG Berlin ist in der Literatur grundsätzlich auf Zustimmung gestoßen.<sup>16</sup> Insbesondere die Anwendung der Grundsätze der Gesamtrechtsnachfolge, unabhängig vom Inhalt der digitalen Kommunikation, und die kritische Beleuchtung der Anbieter-AGB wurden begrüßt.<sup>17</sup>

Das Urteil ist jedoch noch nicht rechtskräftig, die Beklagte hat Rechtsmittel eingelegt. Es bleibt daher abzuwarten, ob die Rechtsauffassung des LG Berlin auch in der nächsten Instanz bestätigt wird. Insgesamt ist sicherlich eine obergerichtliche Stellungnahme zu dieser Problematik wünschenswert. Die Übertragbarkeit der Entscheidung auf volljährige Dienstenutzer erscheint zudem noch unsicher und ist durch das Gericht bewusst offen gelassen worden.<sup>18</sup> Die rechtlichen Unsicherheiten im Bereich des digitalen Nachlasses werden daher die Praxis noch einige Zeit begleiten. Einige davon sollen im Folgenden genauer betrachtet werden.

## II. Begriffsbestimmung

Die rechtlichen Unsicherheiten, die die Behandlung des digitalen Nachlasses für die juristische und notarielle Praxis mit sich bringen, beginnen bereits mit der genaueren Bestimmung des Begriffs „digitaler Nachlass“. Während nach einer Definition der digitale Nachlass alle Konten und Daten des Erblassers im Internet umfasst, die auch nach Ableben des Nutzers weiter bestehen bleiben,<sup>19</sup> wird diese Begriffsbestimmung an anderer Stelle als zu restriktiv kritisiert. Eine solche Definition begegne Bedenken, da sie die lokal auf der Hardware des Erblassers gespeicher-

9 Vgl. zu der IT-rechtlichen Einordnung des Nutzungsvertrages *Knoop NZFam* 2016, 966 (967).

10 LG Berlin DNotZ 2016, 537 (538).

11 LG Berlin DNotZ 2016, 537 (539 f.).

12 LG Berlin DNotZ 2016, 537 (540).

13 LG Berlin DNotZ 2016, 537 (541).

14 LG Berlin DNotZ 2016, 537 (541 f.).

15 LG Berlin DNotZ 2016, 537 (544).

16 Bspw. bei *Kuhls jurisPR-ITR* 6/2016, Anm. 2 unter C, wengleich zweifelnd im Hinblick auf die angebliche Entbehrlichkeit einer gesetzlichen Grundlage für den Eingriff ist das Fernmeldegeheimnis; *Gloser MittBayNot* 2016, 101 (102).

17 LG Berlin DNotZ 2016, 537 (547 ff.) Anm. *Gloser*.

18 Vgl. hierzu auch *Knoop NZFam* 2016, 966 (968 f.).

19 *Pruns NWB* 2013, 3161.

ten Daten nicht erfasse.<sup>20</sup> Stattdessen schlagen die Vertreter eines weiten Begriffsverständnisses vor, den Begriff „digitaler Nachlass“ auf sämtliche Rechtsverhältnisse des Erblassers, betreffend informationstechnische Systeme, einschließlich des gesamten elektronischen Datenbestandes, auszudehnen.<sup>21</sup> Demnach wären vom digitalen Nachlass neben der kompletten Hard- und Software auch alle auf lokalen Datenträgern oder online gespeicherten Daten sowie sämtliche Zugänge zum Internet, alle E-Mails und die Rechte des Erblassers an Websites, Blogs, Fotos, Videos und Textbeiträgen, die er im Internet veröffentlicht hat, erfasst. Auch alle elektronisch begründeten Vertragsbeziehungen, bspw. im Rahmen des Kaufs und Verkaufs von Waren, aber auch die Vertragsbeziehungen zu Host-, Access- oder E-Mail-Account-Providern, fielen hierunter.

Schon aus den Schwierigkeiten bei der Definition wird klar, welch bunten Strauß von Rechten und Rechtsbeziehungen der „digitale Nachlass“ umfasst. Dieser kann im Folgenden nur grob umrissen werden.

### III. Rechtsnachfolge im Todesfall

Wenn *Weidlich* feststellt, im Bereich des digitalen Nachlasses (Internet, E-Mail etc.) bestehe bislang kaum Klarheit,<sup>22</sup> so beginnt die Unsicherheit bereits mit der Frage, inwieweit digitale Inhalte überhaupt dem Erbrecht unterliegen.

#### 1. Grundsatz: § 1922 BGB

Gem. § 1922 BGB geht mit dem Tod einer Person deren Vermögen als Ganzes auf eine oder mehrere andere Personen als Erben über. Vererblich sind dabei alle dinglichen und persönlichen Vermögensrechte und Verbindlichkeiten einschließlich der Rechte und Verbindlichkeiten aus Bürgschaften oder unerlaubten Handlungen.<sup>23</sup> Eine Trennung zwischen vererblichen vermögenswerten Positionen und nicht vererblichen nichtvermögenswerten Positionen, wie sie teilweise vorgeschlagen wird,<sup>24</sup> ist in der Literatur als zu restriktiv und wegen der mit einer solchen Unterscheidung einhergehenden Abgrenzungsschwierigkeit auf Kritik gestoßen.<sup>25</sup>

Die Befürworter einer solchen Abgrenzung gehen davon aus, dass höchstpersönliche E-Mails mit ausschließlich nichtvermögensrechtlichem Bezug und höchstpersönliche Internet-Account-Daten nicht vererblich sind, sondern den nächsten Angehörigen des Erblassers oder einer besonderen Vertrauensperson zustehen.<sup>26</sup> Sie berufen sich dabei auf das sog. „Mephisto-Urteil“ des BGH.<sup>27</sup> Danach stehen die Abwehrrechte gegen eine Verletzung des postmortalen Persönlichkeitsschutzes einem vom Erblasser ermächtigten Wahrnehmungsberechtigten, ansonsten den nahen Angehörigen, zu.<sup>28</sup> Teilweise wird sogar vertreten, der Dienstanbieter selbst müsse treuhänderisch die vermögensrecht-

lichen und höchstpersönlichen Daten nach dem (tatsächlichen oder mutmaßlichen) Willen des Erblassers sortieren, da die Persönlichkeitsentfaltung des Verstorbenen zu Lebzeiten ansonsten erheblich gehemmt werde.<sup>29</sup>

In der Tat dürfte eine solche Trennung zwischen vermögensrechtlich relevanten und nicht relevanten Inhalten in der Praxis kaum durchführbar sein.<sup>30</sup> So sind private und geschäftliche Inhalte in E-Mails und anderer Korrespondenz häufig eng miteinander verknüpft. Ist der Erblasser etwa bei einer kommerziellen Partnersuchseite angemeldet gewesen und enthält sein Postfach diesbezügliche Kommunikation, etwa auch Rechnungen, so dürften diese zwar vermögensrechtlich relevant sein, für den Erblasser trotzdem aber wohl eher dem höchstpersönlichen Bereich zuzuordnen sein. Es müsste daher wohl grundsätzlich von einer „Infektion“ des gesamten Account-Inhalts mit privaten Inhalten ausgegangen werden. In der Konsequenz wären dann alle Daten nicht den Erben, sondern den nächsten Angehörigen zuzuordnen, was in Anbetracht der erbrechtlichen Prinzipien, die vom Regelfall der Universalsukzession (§ 1922 BGB) ausgehen, nicht zu überzeugen vermag.<sup>31</sup>

Das BGB kennt eine solche Trennung daher auch nicht. § 2373 S. 2 BGB und § 2047 Abs. 2 BGB sprechen im Gegenteil dafür, dass auch nur persönlich relevante Gegenstände Teil des Nachlasses werden.<sup>32</sup> Überzeugend dürfte es daher sein, mit der hM davon auszugehen, dass dem Erben sämtliche Daten des Erblassers zustehen, unabhängig davon, ob diese geschäftlich oder privat sind.<sup>33</sup>

Eine unterschiedliche Behandlung des digitalen und des analogen Nachlasses würde letztlich zu dem widersprüchlichen Ergebnis führen, dass Briefe und Tagebücher, unabhängig von ihrem Inhalt, vererblich wären, E-Mails oder private Facebook-Nachrichten hingegen nicht.<sup>34</sup>

Sofern digitale Daten auf einem physischen Medium abgespeichert sind, werden die Daten im Rahmen des Eigentums des physischen Mediums betrachtet.<sup>35</sup> Im Hinblick auf E-Mails ist daher zwischen solchen zu unterscheiden, die der Nutzer bereits heruntergeladen hat, und die somit als Teil der Festplatte schon aus diesem Grund auf die Erben übergehen. Die Mails dagegen, die noch nicht abgerufen worden sind und daher auf dem Server des Providers gespeichert sind, werden nicht automatisch Eigentum des Erben. Der Erbe kann hier nur einen Anspruch auf Zurverfügungstellung der E-Mails gegen den Provider erben.<sup>36</sup>

Unklar ist demgegenüber, wie dies bei digital gespeicherten Medien, die dem Urheberrecht unterliegen, zu handhaben ist. Ob der urheberrechtliche Erschöpfungsgrundsatz auch für digitale Inhalte gilt, ist heftig umstritten.<sup>37</sup> Einige Anbieter, bspw. iCloud, sehen vor, dass ge-

20 *Salomon* NotBZ 2016, 324 (325); *Steiner/Holzer* ZEV 2015, 262.

21 *Deusch* ZEV 2014, 2; *Klas/Möhrke-Sobolewski* NJW 2015, 3473.

22 *Palandt/Weidlich*, BGB, 75. Aufl. 2016, § 1922 Rn. 34.

23 *Palandt/Weidlich*, BGB, 75. Aufl. 2016, § 1922 Rn. 8.

24 *Hoeren* NJW 2005, 2113 (2114).

25 So wohl jetzt die hM: *Klas/Möhrke-Sobolewski* NJW 2015, 3473 (3474); *Steiner/Holzer* ZEV 2015, 262 (263); *Burandt/Rojahn/Bräutigam*, ErbR, 2. Aufl. 2014, Anhang Digitaler Nachlass, Rn. 10; *Solmecke/Köbrich/Schmitt* MMR 2015, 291 (291); *Gloser* MittBayNot 2016, 12 (16); *Salomon* NotBZ 2016, 324 (326); *Lange/Holtwiesche* ZErB 2016, 125 (126).

26 *Hoeren* NJW 2005, 2113 (2114); *Martini* JZ 2012, 1145 (1147 ff.).

27 BGH NJW 1968, 1773.

28 BGH NJW 1968, 1773.

29 *Martini* JZ 2012, 1145 (1152 ff.).

30 Krit. daher auch *Bräutigam* in Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins durch die Ausschüsse Erbrecht, Informationsrecht und Verfassungsrecht zum Digitalen Nachlass, Stellungnahme Nr. 34/2013 (im Folgenden Stellungnahme DAV), S. 52 f.

31 *Bräutigam* in Stellungnahme DAV, S. 24 f.; vgl. ausführlich zu dieser Problematik *Lange/Holtwiesche* ZErB 2016, 125 (127).

32 *Steiner/Holzer* ZEV 2015, 262 (263); *Gloser* MittBayNot 2016, 12 (16); *Herzog* NJW 2013, 3745 (3748).

33 *Steiner/Holzer* ZEV 2015, 262 (263); *Burandt/Rojahn/Bräutigam*, ErbR, 2. Aufl. 2014, Anhang Digitaler Nachlass, Rn. 11.

34 LG Berlin DNotZ 2016, 537 (538 f.).

35 *Palandt/Ellenberg*, BGB, 75. Aufl. 2016, § 90 Rn. 2.

36 *Burandt/Rojahn/Bräutigam*, ErbR, 2. Aufl. 2014, Anhang Digitaler Nachlass, Rn. 7 f.; *Lange/Holtwiesche* ZErB 2016, 125 (127).

37 Vgl. hierzu auch *Steiner/Holzer* ZEV 2015, 262 (264 f.); *BeckOGK* BGB/Mössner, 1.9.2016, § 90 Rn. 83 ff., jeweils mwN.

speicherte Inhalte nicht übertragbar sind und alle Rechte an diesen Inhalten mit dem Tod des Nutzers erlöschen.<sup>38</sup> Ob diese Regelung allerdings einer AGB-rechtlichen Überprüfung standhalten kann, erscheint fraglich.<sup>39</sup>

## 2. Höchstpönliche Rechte

Unvererblich sind demgegenüber die höchstpersönlichen Rechte des Erblassers.<sup>40</sup> Hierzu gehört insbesondere auch das Persönlichkeitsrecht in seinen ideellen Komponenten. Daraus wird bspw. gefolgert, Erben könnten nicht von Facebook verlangen, den Account des Erblassers samt Profil und Content zu verändern, da dies als freie Entfaltung der Persönlichkeit des Erblassers mit dessen Tod nicht mehr in Betracht komme.<sup>41</sup>

Die Frage, ob die nächsten Angehörigen auch dann, wenn sie nicht Erben geworden sind, Abwehrensprüche geltend machen können, wenn das postmortale Persönlichkeitsrecht des Erblassers durch Darstellungen im Internet verletzt wird, ist daher keine Frage, die sich im Zusammenhang mit der Vererblichkeit von nicht vermögensrechtlichen Inhalten stellt.<sup>42</sup> Das sog. postmortale Persönlichkeitsrecht kann unabhängig von einer etwaigen Erbenstellung durch die nächsten Angehörigen ausgeübt werden, denen diese Rechte subjektiv zur treuhänderischen Wahrnehmung zugeordnet sind.<sup>43</sup>

Auch bestimmte Schuldverhältnisse können unvererblich sein, wenn sie einen engen Personenbezug aufweisen. Gem. § 399 BGB kann eine Forderung nicht abgetreten werden, wenn der damit stattfindende Gläubigerwechsel eine Veränderung der Leistung bewirken würde, weil die Person des Gläubigers den Inhalt der Leistung bestimmt. Dies ist in der Literatur auch mit Bezug auf Verträge zwischen sozialen Netzwerken und ihren Mitgliedern in Betracht gezogen worden. Diese Verträge beinhalteten, so die Argumentation, die Bereitstellung und Nutzung der Plattform gegen eine Mitgliedschaft und knüpften damit unmittelbar an die Person des Nutzers an, die Mitgliedschaft könne daher nicht übertragen werden.<sup>44</sup>

Andere Stimmen in der Literatur gehen demgegenüber vom Eintritt des Erben auch in vertragliche Beziehungen, die soziale Netzwerke wie Twitter oder Facebook betreffen, aus, ohne § 399 BGB zu problematisieren.<sup>45</sup>

Im Ergebnis dürfte zu unterscheiden sein zwischen der Mitgliedschaft bzw. dem Account an sich, der als solcher höchstpersönlich und daher im Hinblick auf seine weitere Nutzbarkeit unvererblich sein kann, und den dort gespeicherten Inhalten, die grundsätzlich vererblich sein dürften. Dabei dürfte zunächst auch der Account an sich auf den Erben übergehen, will dieser ihn aber für eigene Zwecke nutzen, entsteht ein eigenständiges Verhältnis

zum Dienstleister, welches vom alten mit dem Erblasser geführten Vertragsverhältnis zu unterscheiden ist.<sup>46</sup>

Sind Nutzungsverträge nicht nach § 399 BGB als höchstpersönlich einzuordnen, gehen sie mit allen bestehenden Haupt- und Nebenpflichten auf den Erben über. Dies gilt damit auch für die Nebenpflicht des Providers, seinem Vertragspartner Auskunft in Bezug auf Passwörter oder sonstige Zugangs- und Vertragsdaten zu erteilen.<sup>47</sup> Dies gilt ebenso für Domainverträge, Online-Tickets, Lizenzverträge zu online veröffentlichten Werken, Online-Abonnements und Mobilfunk- und Festnetzverträge.<sup>48</sup>

Nicht verwunderlich ist, dass sich in der Praxis zahlreiche Abgrenzungsschwierigkeiten ergeben. Ob ein Nutzungsverhältnis nun tatsächlich höchstpersönlich ist und aus diesem Grunde nicht auf einen Erben übergeht, dürfte sich im Einzelfall durch die Erben schwer beurteilen lassen. Auch haben diese mit den uU sehr restriktiven AGB der Dienstleister zu kämpfen, die eine Herausgabe der gespeicherten Daten an Dritte häufig nicht erlauben. Auch könnten entgegenstehende Rechte Dritter der Vererblichkeit der Zugriffsrechte Schranken setzen.

## IV. Datenschutz

Gem. § 34 BDSG hat der Betroffene einen Anspruch auf Auskunft hinsichtlich zu seiner Person gespeicherter Daten.

Neben der Frage, ob deutsches Datenschutzrecht auf die häufig im Ausland ansässigen Provider und Dienstleister überhaupt anwendbar ist, stellt sich die Frage, ob auch dieser Anspruch auf die Erben übergeht. Während das LG Berlin dies mit recht knappem Verweis auf ansonsten unbillige Ergebnisse bejaht,<sup>49</sup> wird dies in der Literatur nicht ganz so eindeutig beurteilt.

Grundsätzlich sollen die Erben nicht als Betroffene iSd § 34 BDSG anzusehen sein.<sup>50</sup> Anderes solle nur in Bezug auf vermögensrechtlich relevante Auskünfte gelten. Dies setze aber voraus, dass die Auskunft zwingend für die Geltendmachung vermögensrechtlicher Ansprüche benötigt werde.<sup>51</sup>

Dem wird jedoch entgegengehalten, eine solche Unterscheidung in vermögensrechtlich bedingte und nicht vermögensrechtliche Auskünfte sei nicht praktikabel. Das BDSG sei auf Grund seines Schutzzweckes per se nur auf lebende Menschen anwendbar, da es die freie Entfaltung der Persönlichkeit des lebenden Menschen ermöglichen solle. Auch eine Analogie wird abgelehnt.<sup>52</sup> Es könnten daher weder Ansprüche auf Erben übergehen, noch könnten die Vorschriften des Datenschutzes, die den Einzelnen davor schützen sollen, durch den Umgang mit seinen personenbezogenen Daten in seinem

38 Steiner/Holzer ZEV 2015, 262 (265); vgl. hierzu auch Burandt/Rojahn/Bräutigam, ErbR, 2. Aufl. 2014, Anhang Digitaler Nachlass, Rn. 3.

39 So auch Gloser MittBayNot 2016, 12 (13).

40 Palandt/Weidlich, BGB, 75. Aufl. 2016, § 1922 Rn. 36.

41 Klas/Möhrke-Sobolewski NJW 2015, 3473 (3474).

42 Herzog NJW 2013, 3745 (3749); in diesem Sinne auch Bräutigam in Stellungnahme DAV, S. 31 f.

43 Staudinger/Marotzke, BGB, Neubearb. 2008, § 1922 Rn. 131 mwN; vererblich sind darüber hinaus bestimmte vermögensrechtliche Bestandteile des Persönlichkeitsrechts.

44 Klas/Möhrke-Sobolewski NJW 2015, 3473 (3474); aA aber das LG Berlin DNotZ 2016, 537 (539); Lange/Holtwiesche ZErB 2016, 125 (129).

45 Steiner/Holzer ZEV 2015, 262 (263).

46 Vgl. hierzu auch Burandt/Rojahn/Bräutigam, ErbR, 2. Aufl. 2014, Anhang Digitaler Nachlass, Rn. 5, der die Parallele zum Giroverhältnis zieht; ausführlich hierzu auch Bräutigam in Stellungnahme DAV, S. 36 f.; Herzog NJW 2013, 3745 (3749); differenzierend hier Gloser MittBayNot 2016, 12 (14).

47 Herzog NJW 2013, 3745 (3749); Klas/Möhrke-Sobolewski NJW 2015, 3473 (3474).

48 Klas/Möhrke-Sobolewski NJW 2015, 3473 (3475).

49 LG Berlin DNotZ 2016, 537 (544); so auch Solmeckel Köbrich/Schmitt MMR 2015, 291 (293).

50 Kuntz jM 2016, 190 (192); Gola/Schomerus/Gola/Klug/Körffler, BDSG, 12. Aufl. 2015, § 3 Rn. 12; vgl. hierzu ausführlich auch Lange/Holtwiesche ZErB 2016, 157 (158).

51 Klas/Möhrke-Sobolewski NJW 2015, 3473 (3475) mwN.

52 Klas/Möhrke-Sobolewski NJW 2015, 3473 (3475) f.).

Persönlichkeitsrecht beeinträchtigt zu werden, einer Herausgabe von Daten an die Erben entgegenstehen.<sup>53</sup> Das Datenschutzrecht habe im Wege praktischer Konkordanz hinter dem erbrechtlichen Befund zurückzustehen.<sup>54</sup>

Hiergegen wird eingewandt, das Verhalten zu Lebzeiten werde durch einen solchen fehlenden Schutz nach dem Tod beeinflusst.<sup>55</sup> Auch hier ist die Rechtslage daher noch ungeklärt.

## V. Allgemeines Persönlichkeitsrecht

Zwar ist der Verstorbene als solcher nicht Grundrechtsträger, sein auf Art. 2 Abs. 2 GG basierendes Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit endet mit dem Tod,<sup>56</sup> das allgemeine Persönlichkeitsrecht besteht allerdings, wie gesehen, als sog. postmortales Persönlichkeitsrecht insoweit fort, als der Verstorbene auch nach seinem Tod gegen Herabwürdigungen und Verfälschungen jedweder Art geschützt ist. Auch die Daten Verstorbener sollen unter diesem postmortalen Persönlichkeitsschutz stehen.<sup>57</sup>

Dies bedeutet aber wohl nicht, dass alle personenbezogenen Daten des Betroffenen nach seinem Tod dem postmortalen Persönlichkeitsschutz unterliegen, und damit die Rechte der Erben eingeschränkt sind.<sup>58</sup> Dies beeinflusst die Frage, wie Dienstanbieter im Regelfall, also ohne ausdrückliche Anweisung des Erblassers mit der Herausgabe von Daten an Erben zu verfahren haben.

Um das Persönlichkeitsrecht des Verstorbenen zu schützen, vertreten einige Stimmen in der Literatur, eine Herausgabe von Daten an Hinterbliebene scheidet im Regelfall aus, es sei denn, der Erblasser habe zu Lebzeiten eine entsprechende Freigabe erteilt.<sup>59</sup> Dienstanbieter wären demnach verpflichtet, ein entsprechendes Auskunftsverlangen von Erben abschlägig zu bescheiden.

Andere wiederum lehnen eine solche Einschränkung des § 1922 BGB ab. Die Herausgabe habe zu erfolgen, solange der Erblasser nicht die Geheimhaltung oder Löschung verfügt habe.<sup>60</sup> Da es an einer mit § 203 StGB vergleichbaren Regelung fehle, könnten sich Provider in diesem Zusammenhang auch nicht auf Verschwiegenheitspflichten berufen, wenn sie die Herausgabe von Daten verweigern wollten. Zwischen Nutzern und Providern bestehe kein mit dem anwaltlichen Mandatsverhältnis oder dem Verhältnis zwischen Arzt und Patient vergleichbares besonderes Vertrauensverhältnis.<sup>61</sup> Die den Telekommunikationsanbieter treffende Verschwiegenheitspflicht, die sich auch im Datenschutzrecht niederschläge, beziehe sich zudem nur auf den Schutz des Nutzers vor Kommerzialisierung der Daten durch Dritte.<sup>62</sup> Der Erbe sei jedoch kein solcher Dritter, sondern trete anstelle des Erblassers in das Vertragsverhältnis ein.<sup>63</sup>

Auch hierzu fehlen jedoch obergerichtliche Entscheidungen oder konkrete Handlungsanweisungen des Gesetzgebers. Für die Dienstanbieter bleibt die Rechtslage daher derzeit nicht sicher abschätzbar.

## VI. Fernmeldegeheimnis

Das in § 88 Abs. 1 TKG iVm Art. 10 Abs. 1 GG verkörperte Fernmeldegeheimnis schützt den Inhalt der Telekommunikation, ihre näheren Umstände sowie Informationen darüber, ob jemand an einem Telekommunikationsvorgang beteiligt war und die näheren Umstände erfolgloser Verbindungsversuche.<sup>64</sup> Der Schutz des Fernmeldegeheimnisses endet grundsätzlich in dem Augenblick, in dem die Nachricht beim Empfänger angekommen und der Übertragungsvorgang damit abgeschlossen ist.<sup>65</sup>

Über die mittelbare Drittwirkung der Grundrechte trifft diese Verpflichtung auch Diensteanbieter, die in der Form der juristischen Person des Privatrechts organisiert sind. Dies gilt in Folge der „Fraport-Entscheidung“ des Bundesverfassungsgerichts<sup>66</sup> insbesondere dann, wenn die Provider Dienste übernommen haben, die früher dem Staat als Aufgabe der Daseinsfürsorge zugewiesen waren.<sup>67</sup>

Dies soll jedoch nicht nur für solche Anbieter gelten, die ehemals staatliche Aufgaben übernommen haben. Provider sollen grundsätzlich mittelbar an das Fernmeldegeheimnis gebunden sein, soweit sie Telekommunikationsdienstleistungen erbringen, um der gesteigerten Abhängigkeit der Bürger von diesen Strukturen Rechnung zu tragen.<sup>68</sup> Reine Content-Provider, die ausschließlich Inhalte anbieten, ohne eine Verbindung zu Telekommunikationsdienstleistungen aufzuweisen, sollen demgegenüber nicht mehr der gesteigerten Grundrechtsbindung des Art. 10 Abs. 1 GG unterliegen.<sup>69</sup>

Problematisch kann das Fernmeldegeheimnis insbesondere dann sein, wenn der Dienstanbieter E-Mails an den Erblasser, die dieser noch nicht abgerufen hat, die also noch auf dem Server des Providers liegen, herausgeben muss bzw. will. Der Schutzbereich des Art. 10 Abs. 1 GG erstreckt sich auch auf diese auf dem Server gespeicherten E-Mails unabhängig davon, ob der Nutzer schon von ihnen Kenntnis genommen hat oder nicht.<sup>70</sup> Die Einräumung des Zugangs zu einem E-Mail Account durch einen Diensteanbieter für einen Erben wird daher teilweise als Verstoß gegen das Fernmeldegeheimnis gesehen.

Der Deutsche Anwaltverein ist in einer umfangreichen Stellungnahme bereits 2013 für eine Änderung des TKG eingetreten. Die Weitergabe der auf dem Mailserver eines Providers gespeicherten E-Mails des Erblassers durch den Provider an die jeweiligen Erben sei grundsätzlich ein Eingriff in das Fernmeldegeheimnis, insoweit sie nicht von der Einwilligung sämtlicher an dem Kommunikationsvorgang Beteiligter abgedeckt sei. Nötig sei damit grundsätzlich also auch eine Einwilligung des jeweiligen Kommunikationspartners des Erblassers.

53 *Lange/Holtwiesche* ZErB 2016, 157.

54 *Knoop* NZFam 2016, 966 (969).

55 *Martini* JZ 2012, 1145 (1150 f.).

56 St. Rspr. vgl. bspw. BVerfG NJW 2001, 2957 (2959); NJW 2006, 3409; NJW 2008, 1657.

57 OLG Hamburg NJW-RR 2005, 52; BVerfGE 199, 1 (Esra); *Bizer* NVwZ 1993, 653.

58 *Klas/Möhrke-Sobolewski* NJW 2015, 3473 (3477).

59 *Martini* JZ 2012, 1145 (1148).

60 *Klas/Möhrke-Sobolewski* NJW 2015, 3473 (3477).

61 *Martini* JZ 2012, 1145 (1150).

62 *Burandt/Rojahn/Bräutigam*, ErbR, 2. Aufl. 2014, Anhang Digitaler Nachlass, Rn. 8; *Bräutigam* in Stellungnahme DAV, S. 55.

63 *Klas/Möhrke-Sobolewski* NJW 2015, 3473 (3477).

64 Vgl. hierzu ausführlich BeckOK GG/Baldus, 1.3.2015, Art. 10 Rn. 7 ff.

65 BeckOK GG/Baldus, 1.3.2015, Art. 10 Rn. 11 mwN.

66 BVerfG NJW 2011, 1201.

67 *Klas/Möhrke-Sobolewski* NJW 2015, 3473 (3477).

68 *Burandt/Rojahn/Bräutigam*, ErbR, 2. Aufl. 2014, Anhang Digitaler Nachlass, Rn. 15; vgl. hierzu auch ausführlich *Mayen* in Stellungnahme DAV, S. 66 ff.

69 *Mayen* in Stellungnahme DAV, S. 71.

70 BVerfG NJW 2009, 2431 (2432 f.).

Es ergebe sich somit ein Spannungsverhältnis zwischen Erbrecht und Art. 10 GG. Das TKG sei daher dahingehend zu ergänzen, dass Telekommunikationsverträge auf Gesamtrechtsnachfolger bzw. Personen, die mit dem Erblasser in einem gemeinsamen Haushalt gelebt haben, übergehen. Der Dienstanbieter dürfe dann auch diesen Personen gegenüber die entsprechenden Daten offenlegen. Dass mit der Zugriffsmöglichkeit für Erben auch in die Grundrechte des Absenders eingegriffen werde, sei damit gerechtfertigt, dass nach dem Tod die Rechtsverhältnisse des Erblassers einheitlich geregelt werden müssten. Dies entspreche auch der im Mietrecht anwendbaren Regelung aus §§ 563 ff. BGB, die auf diese Konstellation übertragbar sei.<sup>71</sup> Das Bestimmungsrecht des Erblassers darüber, wer Zugriff auf bestimmte Daten erhalten soll, wird damit jedoch teilweise beschränkt.

An anderer Stelle wird die Ansicht, die Herausgabe der Daten durch den Diensteanbieter verstoße gegen das grundrechtlich geschützte Fernmeldegeheimnis, als praxisfern kritisiert. Das Fernmeldegeheimnis müsse vielmehr im Wege praktischer Konkordanz mit dem Erbrecht in Einklang gebracht werden.<sup>72</sup> Hierbei sei zu berücksichtigen, dass insbesondere Kommunikationspartner geschäftlicher Korrespondenz in der Regel ein erhöhtes Interesse daran hätten, dass offene Verbindlichkeiten gesichtet und ausstehende Forderungen beglichen würden. Ebenso habe der Erbe ein Interesse daran, den Nachlass innerhalb der 6-Wochenfrist des § 1944 Abs. 1 BGB zu überblicken.

Auch ein Vergleich mit im Briefkasten verbliebenen Briefen des Erblassers zeige, dass der Telekommunikationsdatenschutz Auskunftsansprüchen der Erben nicht entgegenstehe.<sup>73</sup> So könne der Absender eines Briefes bereits mit dem Einwerfen des Briefes in den Empfängerbriefkasten sein allgemeines Persönlichkeitsrecht in Form des Briefgeheimnisses nicht mehr geltend machen. Dies müsse auch für den digitalen Briefkasten, den Server des Mailproviders, gelten.<sup>74</sup>

Zu Recht wird man demgegenüber jedoch einwenden können, dass § 39 Abs. 4 S. 2 PostG den Postdienstleister ausdrücklich ermächtigt, mit seinem Kunden vertragliche Vereinbarungen zur Auslieferung von Postsendungen an Ersatzempfänger zu treffen, also auch eine solche Zustellung auszuschließen. Diese Möglichkeit besteht im Bereich der E-Mail jedoch nicht.<sup>75</sup>

Teilweise wird vertreten, es sei grundsätzlich von einer mutmaßlichen Einwilligung des Absenders in die Weiterleitung der Korrespondenz an einen Erben auszugehen.<sup>76</sup> Dies erscheint jedoch zumindest fraglich, insbesondere in Bezug auf private Mitteilungen an den Erblasser.

Das LG Berlin hat einen Verstoß gegen § 88 Abs. 3 TKG insgesamt abgelehnt. Der Provider erfülle mit der Weiterleitung der E-Mails an den Erben lediglich seine vertragliche Pflicht und verschaffe dem Erben im zur geschäftlichen Erbringung von Telekommunikationsdiensten erforderlichen Maße Zugang zu den gespeicherten Daten.<sup>77</sup> Beim Erben handele es sich schließlich auch nicht um „andere“ iSv § 88 Abs. 3 TKG.<sup>78</sup>

## VII. Digitaler Nachlass in AGB der Dienstanbieter

Die Anbieter digitaler Dienste selber handhaben die Herausgabe sensibler Daten an Erben höchst unterschiedlich.<sup>79</sup> Während einige nach Vorlage eines Erbscheins Zugang zu Email-Konten und hinterlegten Daten gewähren (so bspw. GMX), sehen andere Anbieter nur eine vollständige Löschung der Daten vor. Facebook – dies war Gegenstand des Urteils des LG Berlin – versetzt das Konto eines Nutzers in einen sogenannten „Gedenkstatus“. Das Profil wird zum digitalen Kondolenzbuch, in dem sich allerdings nur sog. „Facebook-Freunde“ eintragen können. Zugriff auf Nachrichten und Chatverläufe erhalten die Erben jedoch nicht. Zwischenzeitlich hat Facebook seinen Gedenkstatus überarbeitet, die Gedenkstatus-Funktion als solche aber beibehalten. Der Nutzer kann nun aber auch einen „Nachlasskontakt“ angeben.

Google wiederum bietet eine ganz eigene Lösung an. Mittels des sogenannten „Kontoaktivitäts-Managers“ (auch als „Google-Testament“ oder „virtueller Notar“ bezeichnet<sup>80</sup>) kann der Nutzer selbst festlegen, was mit seinen Daten passieren soll, wenn das Konto inaktiv werden sollte. Der Nutzer kann auswählen, ob die Daten nach einer gewissen Wartezeit von 3, 6, 9 oder 12 Monaten automatisch gelöscht werden oder die Login-Daten für Google-Dienste an bestimmte Vertrauenspersonen des Nutzers übermittelt werden sollen.

Erfahrungsberichte, ob dieses System im Einzelfall tatsächlich funktioniert und praktikabel ist, waren nicht zu finden. Gleichfalls dürften ohne eine entsprechende Regelung des Erblassers die Erben wohl weiterhin darauf angewiesen sein, das umständliche Verfahren zur Löschung bzw. Freigabe des Accounts zu durchlaufen.

Regelungen zum Umgang mit den Daten Verstorbener finden sich darüber hinaus noch bei LinkedIn, Microsoft, Twitter, Wikipedia und Yahoo. Keinerlei Regelungen sehen Instagram, Myspace, Skype, Tumblr oder Xing vor.

Viele dieser Regelungen stoßen dabei auf rechtliche Bedenken.<sup>81</sup> Erschwert wird die AGB-rechtliche Überprüfung der jeweiligen Klauseln zunächst dadurch, dass es eine große Vielfalt an verschiedenen Nutzungsverträgen gibt, die sich nicht zweifelsfrei einem bestimmten Vertragstyp zuordnen lassen. Meist werden derartige Verträge aber als Miet- oder Dienstverträge behandelt, teilwei-

71 Ohne Autorenangabe, Stellungnahme DAV, S. 8.

72 So bspw. auch *Solmecke/Köbrich/Schmitt* MMR 2015, 291 (292); demgegenüber krit., da von einer Konkordanz nichts übrig bleibe, wenn in Anbetracht das Interesse der Erben an einer raschen Regelung der Verhältnisse das Interesse des Kommunikationspartners vollends zurücktreten solle, *Kuntz* jM 2016, 190 (191 f.).

73 *Klas/Möhrke-Sobolewski* NJW 2015, 3473 (3477 f.) mwN.

74 *Gloser* MittBayNot 2016, 12 (18); so auch *Salomon* NotBZ 2016, 324 (327).

75 *Deusch* ZEV 2014, 2 (5).

76 *Steiner/Holzer* ZEV 2015, 262 (263); aA *Mayen* in Stellungnahme DAV, S. 76 f. (im Gegenteil sei oft eher davon auszugehen, dass E-Mails nur zur Kenntnisnahme durch den Empfänger bestimmt seien); *Burandt/Rojahn/Bräutigam*, ErbR, 2. Aufl. 2014, Anhang Digitaler Nachlass, Rn. 17; *Solmecke/Köbrich/Schmitt* MMR 2015, 291 (292).

77 *Steiner/Holzer* ZEV 2015, 262 (264); LG Berlin DNotZ 2016, 537 (541).

78 *Steiner/Holzer* ZEV 2015, 262 (264); *Salomon* NotBZ 2016, 324 (327); insgesamt krit. *Kuntz* jM 2016, 190 (191).

79 Vgl. für einen Überblick über die Praxis der verschiedenen Provider *Bräutigam* in Stellungnahme DAV, S. 26 ff.; *Martini* JZ 2012, 1145 (1146 f.).

80 <http://artikel.de.softonic.com/google-testament-was-passiert-mit-den-daten-nach-dem-tod>, Abrufdatum 21.10.2016.

81 Hierzu ausführlich auch *Kutscher*, Der digitale Nachlass, Diss., Göttingen 2015, S. 116 ff.

se, wenn die Leistung, wie bei sozialen Netzwerken üblich, unentgeltlich erfolgt, gilt Auftragsrecht.<sup>82</sup>

Haben Erben im Ergebnis keinen Zugriff auf die gespeicherten Daten, etwa weil diese auch ohne Anweisung des Erblassers automatisch gelöscht werden, oder wie bei Facebook ein Gedenk-Zustand den Zugriff versperrt, so dürften solche Klauseln gem. § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB unwirksam sein, da sie den Zweck des Providervertrages, der auch den Anspruch auf die Herausgabe der Inhalte umfasst, gefährden.<sup>83</sup>

Ähnliches dürfte für Klauseln gelten, nach denen das Vertragsverhältnis automatisch mit dem Tode des Nutzers erlöschen soll.<sup>84</sup> Ob sich eine Unwirksamkeit ergibt, ist stets von den Umständen des Einzelfalles abhängig und mangels obergerichtlicher Rechtsprechung zurzeit noch nicht sicher absehbar. Dass solche Klauseln unabhängig von ihrer Vereinbarkeit mit deutschen AGB-Standards trauernde Angehörige im Zweifel aber davon abhalten dürften, eine aufwendige Auseinandersetzung mit dem Provider über die Herausgabe der Daten zu suchen, erscheint sehr wahrscheinlich.

Dagegen werden solche Klauseln, die sich lediglich mit dem erforderlichen Legitimationsnachweis der Erben beschäftigen, grundsätzlich als wirksam angesehen, soweit sie durch ein legitimes Sicherheitsinteresse des Verwenders gedeckt sind. Strengere Voraussetzungen als die Vorlage eines Erbscheines oder Testamentsvollstreckerzeugnisses dürften allerdings wohl nicht in AGB aufgenommen werden.<sup>85</sup>

Die Praxis des Anbieters Yahoo bspw., der für einen Zugriff des Erben auf den Accountinhalt des Verstorbenen verlangt, dass ein irischer Gerichtsbeschluss vorgelegt wird, der die Offenlegung des Kontoinhalts anordnet,<sup>86</sup> dürfte daher problematisch sein. Schließlich hat der BGH in der Vergangenheit dem Interesse der Erben an einer möglichst raschen und kostengünstigen Abwicklung des Nachlasses einen hohen Stellenwert eingeräumt und daher insbesondere die AGB der Sparkassen, nach der diese nach dem Tode des Kunden trotz Vorliegens eines öffentlichen Testamentes und Fehlens jeglicher Zweifel an der Erbfolge auf die Vorlage eines Erbscheines bestehen konnten, für unwirksam gehalten.<sup>87</sup>

Oft dürfte man daher im Ergebnis zur Unwirksamkeit der von den Providern verwendeten AGB gelangen, insbesondere insoweit diese sich ein Ermessen einräumen oder über die Vorlage des Erbscheines hinaus weitere öffentliche Nachweise (bspw. den Beschluss eines US-Gerichts, wie Google) verlangen.<sup>88</sup>

Immer noch umstritten, im Ergebnis aber wohl zu bejahen ist zudem die Frage, ob in AGB auch geringere An-

forderungen an den Nachweis der Erbenstellung vereinbart werden können.<sup>89</sup>

Insgesamt wirft die Handhabung der Problematik durch die Diensteanbieter, die versuchen, die Abwicklung des digitalen Nachlasses ihren eigenen Regeln zu unterwerfen, durchaus Fragen auf. Angebote wie das sogenannte „Google-Testament“ orientieren sich nicht mehr an den erbrechtlichen Vorschriften des BGB, sondern schaffen Lösungen „am Erbrecht vorbei“. Insbesondere die Aufweichung der Formvorschriften der §§ 2231 ff. BGB durch eine solche Praxis erscheint bedenklich. Das Verhältnis zwischen einem Berechtigten aus einem „Google-Testament“ und einem gesetzlichen Erben bietet zudem möglichen Konfliktstoff.

## VIII. Abwicklung durch kommerzielle Anbieter

Die rechtlichen Unsicherheiten im Umgang mit dem digitalen Nachlass sind daher groß. Da auch die notarielle Praxis bisher wenig Antworten auf die Herausforderungen des digitalen Nachlasses gefunden hat, hat sich die Abwicklung des digitalen Erbes inzwischen auf dem freien Markt als lukratives Geschäftsmodell etabliert. Sog. „digitale Nachlassverwalter“ bieten den oft überforderten Erben an, sich gegen ein nicht geringes Entgelt um die Ermittlung und die Auflösung des digitalen Nachlasses zu kümmern. Ob es dabei im Sinne des Erblassers ist, dass unbekannte Dritte somit Zugriff auf seine persönlichsten Daten erhalten, darf mit Recht bezweifelt werden. Dennoch bleibt vor allem nicht Internet-affinen Erben oft scheinbar keine andere Alternative, wenn der Erblasser nicht rechtzeitig Vorsorge getroffen hat.

Auch schon vor dem Todesfall bieten kommerzielle Anbieter ihre Dienste an. Teilweise können auf Plattformen dieser Anbieter Passwörter hinterlegt oder durch den Download eines entsprechenden Software-Tools selbst gespeichert werden. Die Inanspruchnahme solcher Dienste ist dabei nicht risikofrei. So stellt sich zum einen die Frage, was mit den gespeicherten Daten passiert, wenn der Anbieter insolvent ist oder aus einem anderen Grund seine Geschäftstätigkeit einstellt. Zudem gibt es derzeit keinerlei Kontrolle, ob die Anbieter tatsächlich halten, was sie versprechen, im Todesfall also tatsächlich die notwendigen Daten an die vom Erblasser bestimmten Personen herausgeben. Insoweit besteht auch die Unsicherheit, wie der Anbieter überhaupt vom Ableben des Nutzers erfährt.<sup>90</sup>

Es ist zu erwarten, dass sich der Wettbewerb auf dem Markt der digitalen Nachlassverwaltung noch verschärfen wird. Viele werden erst jetzt auf dieses gewinnträchtige Geschäftsmodell aufmerksam. Dass unter diesen Umständen die Sicherheit der Daten nicht garantiert ist, und viele Startups den Tod des Nutzers gar nicht mehr erleben werden, erscheint wahrscheinlich.<sup>91</sup>

Auch die Kosten für die Inanspruchnahme der Dienste sind teilweise erheblich. So berechnet ein Anbieter bspw. für eine Hardware Analyse pro Gerät 249 EUR. Die Lö-

82 Vgl. hierzu auch die Darstellung bei *Redeker*, Stellungnahme DAV, S. 59 f. mwN.

83 LG Berlin DNotZ 2016, 537 (541); zustimmend auch *Gloser* in seiner Anm. (DNotZ 2016, 548 f.).

84 *Redeker* in Stellungnahme DAV, S. 62; *Alexander K&R* 2016, 301 (306); vgl. hierzu auch *Lange/Holtwiesche ZERB* 2016, 125 (128 f.), die darauf abstellen, inwieweit die Dispositionsfreiheit des Erblassers beeinträchtigt wird.

85 *Redeker* in Stellungnahme DAV, S. 62, mit Verweis auf § 2365 BGB.

86 Vgl. diesbezüglich die Darstellung bei *Lange/Holtwiesche*, ErbR 2016, 487 (489) mit weiteren Beispielen.

87 BGH NJW 2013, 3716 (3718).

88 *Redeker* in Stellungnahme DAV, S. 64.

89 *Redeker* in Stellungnahme DAV, S. 63 mwN und Bezug auf die BGH-Rechtsprechung zu AGB von Banken.

90 Zur Vorsicht mahnen daher auch bspw. *Lange/Holtwiesche ErbR* 2016, 487 (491); *Martini JZ* 2012, 1145 (1155); *Bleich c't* 2013, 62 (64).

91 *Steiner/Holzer ZEV* 2015, 262 (265 f.); *Bräutigam* in Stellungnahme DAV, S. 28.

schung eines Accounts kostet zusätzlich 39 EUR.<sup>92</sup> Wenn man überlegt, wie viele Accounts sich im Laufe eines Lebens ansammeln, kann dies ein teures Vergnügen werden. Dass der Anbieter dabei nichts übersieht, der digitale Nachlass also tatsächlich komplett abgewickelt wird, ist nicht garantiert.

## B. Gestaltungsmöglichkeiten in der notariellen Praxis

Die dargestellten Rechtsunsicherheiten im Hinblick auf den Umgang mit dem digitalen Nachlass und die erhebliche Erschwernis für Erben, ohne ausdrückliche Anordnung des Erblassers Zugriff auf gespeicherte Daten zu erhalten, machen eine persönliche Vorsorge unerlässlich.<sup>93</sup>

In jedem Fall helfen die nachfolgend dargestellten Lösungen den Bevollmächtigten, Erben, Vermächtnisnehmern oder Testamentsvollstreckern aber nur dann unkompliziert weiter, wenn der Erblasser auch für diese nachvollziehbar dokumentiert hat, wo sich sein digitaler Nachlass zumindest ungefähr befindet.<sup>94</sup> Während Online-Konten über eine Geldkarte, Kontoauszüge o.Ä. noch recht leicht ausfindig gemacht werden können, sind bei verschiedenen Cloud-Diensten gespeicherte Daten häufig bereits zu gut versteckt. Gleiches kann auf sich automatisch verlängernde Abo-Verträge (bspw. zur Nutzung von Office-Produkten oder zur Erweiterung eines virtuellen Speichers) zutreffen. Die Beteiligten hierfür zu sensibilisieren, dürfte ebenfalls Aufgabe des beratenden Notars sein.

### I. Die Interessenlagen der Beteiligten

Aufgabe der notariellen Vorsorge ist es zunächst, die verschiedenen Interessen der Beteiligten möglichst umfassend zu berücksichtigen. Dabei treffen im Bereich des digitalen Nachlasses die Interessen des Erblassers, des Erben bzw. Vermächtnisnehmers und der nächsten Angehörigen des Erblassers aufeinander.

Der Erblasser möchte zunächst Sicherheit darüber haben, wer nachher auf seine Daten tatsächlich zugreifen kann. Für seine Erben möchte er die Abwicklung des digitalen Nachlasses soweit wie möglich erleichtern, für eine mögliche Geschäftsunfähigkeit möchte er sicherstellen, dass Verträge gekündigt und damit unnötige Kosten vermieden werden, gleichzeitig aber geschäftliche Unternehmungen problemlos weiterlaufen können. Private Daten sollen privat bleiben.

Den nächsten Angehörigen wird demgegenüber vor allem der Schutz des Andenkens des Verstorbenen und der verantwortungsvolle Umgang mit dem von diesem hinterlassenen Daten am Herzen liegen.

Die Erben haben in Anbetracht der laufenden Fristen bspw. aus § 1944 BGB oder § 6 TMG<sup>95</sup> (Impressum) vor

allem ein Interesse an einer raschen Aufklärung darüber, was sich im Nachlass befindet und wo welche Informationen „lagern“. Ebenfalls zu berücksichtigen ist das Interesse etwaiger Geschäftspartner, die bestehenden Geschäftsbeziehungen möglichst reibungslos abzuwickeln bzw. fortzuführen.<sup>96</sup>

## II. Vollmachtslösungen

Insbesondere für die Zeit unmittelbar nach dem Erbfall, in der schnelles Handeln notwendig ist, aber auch in Fällen, in denen der Vollmachtgeber aufgrund Alters oder Krankheit nicht mehr in der Lage ist, seine Angelegenheiten selber zu regeln, wird für den digitalen Bereich die Erstellung einer „digitalen Vollmacht“ bzw. die Aufnahme eines Unterpunktes für die Regelung des digitalen Bereiches in die allgemeine Vorsorgevollmacht empfohlen.<sup>97</sup> Dies ist auch deswegen sachgerecht, da der Begriff des „digitalen Nachlasses“ dazu verleitet, die Problematik der lebzeitigen Geschäftsunfähigkeit aus dem Blick zu verlieren. Bereits zu Lebzeiten ist es jedoch wichtig, dass eine Vertrauensperson Zugriff auf digitale Inhalte erhält, etwa um kostenpflichtige Leistungen zu kündigen oder auf Guthaben bspw. bei PayPal oder ähnlichen Diensten zugreifen zu können.<sup>98</sup>

### 1. Regelungsinhalt

Wie für die „reguläre“ Vorsorgevollmacht (die sich im Zweifel bereits jetzt auch auf digitale Inhalte erstrecken dürfte), empfiehlt sich auch für die „digitale Vollmacht“ im Außenverhältnis eine möglichst unbeschränkte Geltung. Die Ausgestaltung als transmortale Vollmacht erleichtert die Abwicklung bereits vor Eröffnung einer Verfügung von Todes wegen bzw. vor Erteilung eines Erbscheins. Wegen der größeren Akzeptanz notarieller Vollmachten dürfte sich eine notarielle Beurkundung empfehlen.<sup>99</sup>

Ergänzt werden sollte die Vollmacht durch möglichst konkrete Anweisungen im Innenverhältnis, wie mit den entsprechenden Daten umgegangen werden soll. Dabei ist zu überlegen, ob diese genauen Anweisungen tatsächlich mit in das Vollmachtdokument aufgenommen werden sollten<sup>100</sup> oder ob es dem Vollmachtgeber nicht lieber ist, wenn diese genauen Informationen nur in der Form einer Anlage o.Ä. tatsächlich nur dem tatsächlich Bevollmächtigten eröffnet werden. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Vollmacht in Form einer Ergänzung zur allgemeinen Vorsorgevollmacht erteilt wird.

Eher abzulehnen ist demgegenüber die Empfehlung, alle relevanten Online-Aktivitäten samt Passwörtern auf einer privat geführten Liste zu vermerken, da dies das erhebliche Risiko birgt, dass Dritte von den Passwörtern

92 Entnommen dem Bericht über die Nachlassverwaltung „Semno“, Spiegel Online, 26.7.2015.

93 So auch die Schlussfolgerung von *Bräutigam*, Stellungnahme DAV, S. 57; *Lange/Holtwiesche* ErbR 2016, 487 (490).

94 So auch *Steiner/Holzer* ZEV 2015, 262 (265); unter [test.de/internetkonten-pdf](http://test.de/internetkonten-pdf) befindet sich ein von der Stiftung Warentest entwickelter Vordruck, auf dem für die Erben übersichtlich die jeweilig genutzten Dienste eingetragen werden können. Vermeiden sollte man jedoch, wie vorgeschlagen, das jeweilige Passwort zu vermerken.

95 *Bräutigam* in Stellungnahme DAV, S. 53; hierzu auch *Hoeren* NJW 2005, 2113 (2116 f.), zum damaligen § 6 TDG.

96 Vgl. zum Ganzen *Salomon* NotBZ 2016, 324 (325); *Holzer*, BXVII Rn. 83 ff.

97 So bspw. *Steiner/Holzer* ZEV 2015, 262 (265); *Nieder/Kössinger/Kössinger*, Handbuch der Testamentsgestaltung, 5. Aufl. 2015, § 1 Rn. 100; *Salomon* NotBZ 2016, 324 (330); *Gloser* MittBayNot 2016, 101 (103) hält demgegenüber eine Ergänzung nicht für erforderlich, die bisherigen Muster reichten auch hierfür aus.

98 Hierauf macht auch *Gloser* MittBayNot 2016, 12 (12) aufmerksam.

99 *Steiner/Holzer* ZEV 2015, 262 (265); *Salomon* NotBZ 2016, 324 (331); *Holzer*, B XVII Rn. 89.

100 So der Vorschlag bei *Steiner/Holzer* ZEV 2015, 262 (265); *Salomon* NotBZ 2016, 324 (330) mit konkreten Beispielen. Ob es dem Erblasser aber recht ist, dass alle diejenigen, denen die Vollmacht vorgelegt wird, vom „Tinder-Account“ erfahren, darf bezweifelt werden. Ebenfalls krit. *Lange/Holtwiesche* ErbR 2016, 487 (491).

Kenntnis nehmen können bzw. dass die Liste im Ernstfall nicht aufgefunden werden kann.<sup>101</sup>

Es versteht sich zudem von selbst, dass es nicht ratsam ist, Passwörter und Zugangsdaten ausdrücklich in den Vollmachten aufzuführen, da im Vorsorgefall eine unbeschränkte Anzahl von Personen von diesem Dokument Kenntnis nimmt.<sup>102</sup>

## 2. Ergänzung durch notarielle Vorsorgeurkunde

Um dennoch dem Bevollmächtigten nicht nur eine Legitimation gegenüber Dritten in Form der Vollmacht an die Hand zu geben, sondern diesem im Ernstfall auch die erforderlichen Zugangsdaten mitzuteilen, die er benötigt, um unkompliziert auf digitale Daten zugreifen zu können, bietet es sich an, die Vorsorgevollmacht durch eine notarielle Vorsorgeurkunde zu ergänzen.<sup>103</sup>

Die Idee dahinter ist dabei folgende: Der Vollmachtgeber erstellt eine digitale Liste seiner Online-Aktivitäten und der dazu gehörigen Passwörter. Diese Liste ist optimalerweise auf einem lokalen Datenträger, bspw. einem USB-Stick, gespeichert und mit einem sogenannten Masterpasswort verschlüsselt. Nur dieses Masterpasswort wird, zusammen mit einer konkreten Handlungsanweisung an den Notar, wann die Urkunde an wen herausgegeben werden soll, Teil der notariellen Niederschrift.

Im Hinblick auf den Zeitpunkt und die Voraussetzungen der Übergabe der Daten an den Bevollmächtigten sollten klare und eindeutige Anweisungen an den Notar aufgenommen werden, damit diesem eine rechtssichere Überprüfung der Voraussetzungen für eine Herausgabe möglich ist.

Das Passwort sollte nicht in der Urkunde selbst enthalten sein, da es dann in der EDV entsprechend niedergelegt und daher anderen zugänglich wäre, sondern in eine Anlage zur Urkunde aufgenommen werden.

Sollen verschiedene Personen Zugriff auf verschiedene Inhalte haben, können entsprechend mehrere Anlagen erstellt werden.<sup>104</sup> Es dürfte sich eine sichere Verwahrung dieser Anlagen empfehlen, über die notariellen Verschwiegenheitspflichten dürfte aber auch im Übrigen eine Geheimhaltung dieser Daten sichergestellt sein. Den Datenträger selber sollte der Vollmachtgeber an einer für den Bevollmächtigten zugänglichen Stelle aufbewahren. Dies ist insbesondere auch aufgrund der begrenzten Lebensdauer moderner Datenträger zu empfehlen.<sup>105</sup> So ist es dem Vollmachtgeber regelmäßig möglich, die Daten zu aktualisieren und den Datenträger nötigenfalls zu erneuern.

Durch die Verbindung weiterer Niederschriften über die Herausgabe an Dritte mit der Haupturkunde bleibt nachvollziehbar, wer Passwörter erhalten hat und welche Legitimationspapiere er hierfür vorlegen konnte.<sup>106</sup> Nachteil an dieser mit Sicherheit für Beweis Zwecke empfehlenswerten Lösung ist lediglich die Verursachung zusätzlicher Kosten. Insoweit könnte auch ein Erteilungsvermerk ausreichende Sicherheit vermitteln.

Im Gegensatz zur Hinterlegung bei kommerziellen Dritt-Anbietern bietet die Hinterlegung des Masterpassworts beim Notar die Gewähr dafür, dass die Daten zum einen vertraulich behandelt werden (§ 18 BNotO), zum anderen aber auch eine dauerhafte Sicherung der Daten garantiert ist.<sup>107</sup> Die Gebührenordnung führt für die Beteiligten zu einer Transparenz der Kosten.

Langfristig könnte auch eine Registrierung solcher notariellen Vorsorgeurkunden bspw. im ZVR oder ZTR eine zusätzliche Sicherheit für die Beteiligten bieten und eine rasche Abwicklung im „Ernstfall“ garantieren.

## 3. Praktische Probleme

Teilweise wird mit Verweis auf die Notwendigkeit der regelmäßigen Erneuerung von Passwörtern die Hinterlegung und Verwahrung bei einem Notar als zu kostenintensiv und unpraktikabel abgelehnt.<sup>108</sup>

Richtig ist, dass aus Sicherheitsgründen Passwörter in regelmäßigen Abständen erneuert werden sollten. Dies dürfte allerdings vor allem für solche Passwörter gelten, die auch tatsächlich in Umlauf gelangen, also regelmäßig verwendet werden, auf den entsprechenden Servern der Providern hinterlegt und daher auch anfällig für den Zugriff Unbefugter sind.

Daher dürfte die Verwahrung einer Passwortliste beim Notar in der Tat wenig praktikabel sein. Hat der Vollmachtgeber allerdings ein spezielles „Masterpasswort“ ausgewählt, welches er möglichst in keinem anderen Zusammenhang verwendet, und dient dies nur dazu, eine verschlüsselte Datei mit den anderen, tatsächlich häufiger zu aktualisierenden, Passwörtern zu öffnen, so dürfte die Gefahr eines unbefugten Zugriffs auf dieses Passwort deutlich geringer sein. Unter Umständen reichten hier also deutlich größere Aktualisierungsabstände aus, um eine vergleichbare Datensicherheit zu garantieren.

Allein aus der notariellen Hinterlegung eines Masterpasswortes, welches nicht an anderer Stelle verwendet wird, dürften sich daher auch noch keine Haftungsrisiken in Bezug auf einen möglichen missbräuchlichen Kontozugriff durch einen Dritten ergeben.<sup>109</sup> Immer noch deutlich riskanter dürfte es sein, das Passwort privat zu notieren, oder jeweils dem Bevollmächtigten persönlich mitzuteilen bzw. die Dienste eines kommerziellen Anbieters, der ohne staatliche Aufsicht operiert, in Anspruch zu nehmen.

Die Überlassung des Passwortes an einen Dritten dürfte grundsätzlich auch nicht strafrechtlich relevant sein.<sup>110</sup> Dennoch dürfte sich empfehlen, dass der Notar den Beteiligten darauf hinweist, dass er selbst überprüfen muss, ob die Überlassung des Passwortes an einen Dritten auch nach dem individuellen Nutzungsvertrag zulässig ist.<sup>111</sup>

101 *Salomon* NotBZ 2016, 324 (328).

102 *Salomon* NotBZ 2016, 324 (328).

103 Hierzu auch *Gloser* DNotZ 2015, 4 (11); Formulierungsvorschlag bei *Gloser* MittBayNot 2015, 537.

104 So der Vorschlag bei *Salomon* NotBZ 2016, 324 (329).

105 Hierzu sowie zu Verschlüsselungen mittels „Keyfiles“ auch ausführlich bei *Gloser* DNotZ 2015, 4 (15 f.).

106 *Gloser* MittBayNot 2015, 537 (540 f.).

107 *Salomon* NotBZ 2016, 324 (331); *Gloser* MittBayNot 2016, 101 (108).

108 *Otto* in Herrler (Hrsg.), Münchener Vertragshandbuch, VI (Bürgerliches Recht II), 7. Aufl. 2016, XII, 4 Rn. 14; *Langge/Holtwiesche* ErbR 2016, 487 (491); *Martini* JZ 2012, 1145 (1155); *Steiner/Holzer* ZEV 2015, 262 (266), die gleichzeitig aber empfehlen, das Passwort auf einem alle anderen Passwörter enthaltenden USB-Stick dem Bevollmächtigten und Testamentsvollstrecker zugänglich zu machen; *Kutscher*, Der digitale Nachlass, Diss., Göttingen 2015, S. 150, die davon ausgeht, dass Passwörter am besten bei jedem Nutzer selbst aufbewahrt werden.

109 Vgl. im Hinblick auf das Haftungsrisiko bei Überlassung von Zugangsdaten an Dritte: *Alexander* K&R 2016, 301 (307).

110 *Gloser* DNotZ 2015, 4 (12), in Bezug auf die von *Mayen* in Stellungnahme DAV, S. 76, aufgeworfenen Bedenken.

111 So auch der Formulierungsvorschlag von *Gloser* MittBayNot 2015, 537 (537 f.).

Die Tatsache, dass ein Erbe die ihm so überlassenen Zugangsdaten nutzen darf, um sich Zugang zu den digitalen Daten des Vollmachtgebers zu verschaffen, wird, soweit ersichtlich, von niemandem in Frage gestellt.<sup>112</sup> Ähnlich müsste es sich im Hinblick auf einen Bevollmächtigten verhalten. Insoweit könnte sich eine Unzulässigkeit nur aus entsprechenden AGB-Regelungen der Provider ergeben, die häufig eine Weitergabe des Passwortes an dritte Personen untersagen.<sup>113</sup> Es ist allerdings bereits fraglich, inwieweit ein Erbe, Vermächtnisnehmer oder Bevollmächtigter in diesem Sinne als „Dritter“ eingeordnet werden kann. Die Wirksamkeit solcher AGB ist zudem zweifelhaft, da es dem Nutzer grundsätzlich wohl nicht untersagt werden kann, seine Angelegenheiten durch eine Vertrauensperson zu regeln.

Problematischer könnte dagegen sein, dass bei Vollmachten, die zur Herausgabe bestimmter Passwörter oder Zugangsdaten gegenüber häufig im Ausland ansässigen Diensteanbietern berechtigen sollen, eine Geltung auch im Ausland sichergestellt sein muss. Dies ist gerade bei transmortalen Vollmachten jedoch nicht garantiert, da andere Länder solche Vollmachten teilweise nicht kennen. Zumindest durch die notarielle Vorsorgeurkunde kann dann sichergestellt werden, dass auch in diesen Fällen Bevollmächtigte unkompliziert auf die erforderlichen Daten zugreifen können.

### III. Erbrechtliche Regelungen

Auch im Rahmen erbrechtlicher Regelungen dürfte es grundsätzlich nicht zu empfehlen sein, Zugangsdaten handschriftlich im Testament zu hinterlegen.<sup>114</sup> Abgesehen von der umständlichen Ergänzung des Dokuments bei regelmäßigen Passwortwechseln, ist auch nicht sichergestellt, dass nur die gewünschten Personen von den Passwörtern Kenntnis erlangen. Vielmehr dürfte es sich auch hier empfehlen, die Verfügung von Todes wegen und die Hinterlegung des (Master-)Passwortes räumlich zu trennen.

#### 1. Hinterlegung von Masterpasswörtern

Ähnlich wie bei der oben beschriebenen Vollmachtlösung kann auch eine testamentarische Regelung so ausgestaltet werden, dass Bezug auf ein in einer notariellen Vorsorgeurkunde hinterlegtes Masterpasswort genommen wird. Idealerweise ist dann in diesem Vorsorgedokument vorgesehen, dass nur die Person des Erben bzw. Vermächtnisnehmers (bspw. gegen Vorlage des Eröffnungsprotokolls bzw. des Erbscheins) Kenntnis von dem Dokument nehmen darf.<sup>115</sup> Vorsorgeurkunde und Verfügung von Todes wegen sollten sich daher inhaltlich diesbezüglich entsprechen.

#### 2. Testamentsvollstreckung mit Verwaltungsanordnung

Wenn der Erblasser die Verwaltung seines Nachlasses einer besonders fachkundigen Person anvertrauen oder

verhindern möchte, dass alle oder bestimmte Erben Kenntnis vom Inhalt der digitalen Daten des Erblassers erlangen, kann an die Einsetzung eines Testamentsvollstreckers mit dem Aufgabenbereich „Verwaltung digitaler Daten“ gedacht werden.<sup>116</sup>

Dies kann sich auch für den Fall empfehlen, in dem der digitale Nachlass als Vermächtnis einer Person vermacht worden ist, da auf diese Weise der Zugriff aller Erben vor Vermächtniserfüllung verhindert wird. Dies dürfte auch im Hinblick auf höchstpersönliche Daten des Erblassers zulässig sein, da dem Erblasser in jedem Fall zugestanden werden muss, bindende Regelungen zum Umgang mit seinen persönlichen Daten zu treffen.<sup>117</sup>

Gem. § 2205 BGB hat der Testamentsvollstrecker allerdings nur das zu verwalten, was auch tatsächlich in den Nachlass fällt. Unproblematisch dürfte eine Testamentsvollstreckung daher nur zu dem gewünschten Ergebnis führen, wenn man mit der oben dargestellten vorzugswürdigen Ansicht davon ausgeht, dass auch die persönlichen Daten des Erblassers grundsätzlich nachlasszugehörig sind.<sup>118</sup>

Wählt der Erblasser die Kombination mit der notariellen Vorsorgeurkunde, so kann auch hier der Testamentsvollstrecker als Berechtigter aufgenommen werden. Als dem Notar vorzulegende Legitimationsnachweise kann dann die Vorlage eines Testamentsvollstreckerzeugnisses bzw. der Nachweis über die dem Gericht gegenüber erklärte Annahme des Testamentsvollstreckeramtes vereinbart werden.<sup>119</sup>

Schwierigkeiten können sich für den Testamentsvollstrecker allerdings auch hier daraus ergeben, dass die digitalen Daten größtenteils bei ausländischen Providern gespeichert sind. Die Durchsetzung der Herausgabe kann sich daher für den Testamentsvollstrecker als außerordentlich schwierig erweisen, insbesondere, wenn das Institut der Testamentsvollstreckung in dem jeweiligen Standortstaat des digitalen Anbieters nicht bekannt und daher ein deutscher Testamentsvollstrecker mit seinen Befugnissen nicht anerkannt wird.<sup>120</sup>

Auch bei der Lösung über eine Testamentsvollstreckung empfiehlt sich daher die Hinterlegung eines Masterpasswortes, mit dem der Testamentsvollstrecker einfacheren Zugang auf die Daten des Erblassers erhält, ohne sich einem oft komplizierten Verfahren mit ungewissem Ausgang im Ausland stellen zu müssen.<sup>121</sup>

116 *Schleifenbaum* ErbR 2015, 230 (236); *Steiner/Holzer* ZEV 2015, 262 (266).

117 Vgl. hierzu auch das Muster bei *Otto* in Herrler (Hrsg.), *Münchener Vertragshandbuch*, VI (Bürgerliches Recht II), 7. Aufl. 2016, XII. 4.

118 *Bräutigam* in Stellungnahme DAV, S. 58; eher krit. im Hinblick auf die Testamentsvollstreckung daher *Lange/Holtwiesche* ErbR 2016, 487 (491).

119 *Gloser* DNotZ 2015, 4 (18 f.).

120 *Schleifenbaum* ErbR 2015, 230 (236).

121 Bei im Ausland belegtem Vermögen wird die Kombination der Testamentsvollstreckeranordnung mit der Erteilung im jeweiligen Land wirksamen Vollmacht empfohlen. Dabei ist zu beachten, dass zahlreiche Rechtsordnungen postmortale Vollmachten nicht anerkennen. Gestalterisch kann dieses Problem dadurch entschärft werden, dass der Erblasser seine Erben im Wege einer Auflage verpflichtet, dem Testamentsvollstrecker eine entsprechende Vollmacht zu erteilen. Dies garantiert dem Testamentsvollstrecker freilich nicht, dass die Erben die Auflage erfüllen bzw. die Vollmacht nicht nach Erteilung widerrufen, was ihnen weiterhin möglich bleibt. Vgl. hierzu *Schleifenbaum* ErbR 2015, 230 (235 f.).

112 *Bräutigam* in Stellungnahme DAV, S. 50; auf mögliche Problemfelder (Berufsschweigepflicht etc.) macht *Gloser* MittBayNot 2016, 101 (106 f.) aufmerksam.

113 Hierzu auch *Lange/Holtwiesche* ErbR 2016, 487 (491).

114 So der Vorschlag bei *Kuntz* ZD-Aktuell 2015, 04666.

115 Hierzu auch *Gloser* MittBayNot 2016, 101 (106).

### 3. Vermächtnis

Denkbar ist auch, dass der Erblasser bestimmte Daten gezielt nur an einige Vermächtnisnehmer (uU auch im Rahmen eines Vorausvermächtnisses) vermachen möchte. Oft wird es dabei seinem Interesse entsprechen, wenn der Zugriff auf die Daten vorher gerade nicht durch alle Erben erfolgen kann. Auch in diesen Fällen kann der Bezug auf eine notarielle Vorsorgeurkunde mit einem entsprechenden Masterpasswort sicherstellen, dass nur die Person des Vermächtnisnehmers Zugriff auf die gespeicherten Daten erhält.<sup>122</sup>

Da die Berechtigung an den Daten allerdings grundsätzlich in den Nachlass fällt, ist nicht auszuschließen, dass die Erben versuchen, sich vor Vermächtniserfüllung selber durch die Geltendmachung eines entsprechenden Auskunftsanspruchs beim Diensteanbieter Kenntnis von den Daten zu verschaffen. Daher kann man überlegen, das Vermächtnis mit einer entsprechenden Testamentsvollstreckung zu verbinden, um das Verwaltungsrecht der Erben diesbezüglich auf den Testamentsvollstrecker, der auch der Vermächtnisnehmer sein kann, zu übertragen (§ 2205 BGB).

Insgesamt dürfte sich eine Kombination aus digitaler Vollmacht und entsprechenden Verfügungen in Testament oder Erbvertrag empfehlen, um eine umfassende Vorsorge zu erreichen.

### 4. „Zero-Knowledge“ Daten

Soll tatsächlich niemand, nicht einmal eine als Testamentsvollstrecker eingesetzte Vertrauensperson, von bestimmten hochbrisanten Daten des Erblassers erfahren, wäre zu überlegen, durch die Wahl einer entsprechenden Verschlüsselung und getrennter Speicherung sog. „Zero-Knowledge“ Daten zu erschaffen und das Passwort zu diesen Daten „mit ins Grab“ zu nehmen.<sup>123</sup>

Das Passwort und die Daten selbst sind dabei auch vom Provider nicht zu entschlüsseln, ein entsprechender Auskunftsanspruch der Erben ginge daher ins Leere. Letzte Sicherheit kann auch dies allerdings nicht bieten, da auch hier eine Entschlüsselung in Anbetracht schnell fortschreitender Technik nie völlig auszuschließen sein dürfte.

## C. Fazit

Vor dem Hintergrund der erheblichen Rechtsunsicherheiten beim Thema „digitaler Nachlass“ sind sowohl die Beratungspraxis als auch der Gesetzgeber und die Rechtsprechung aufgefordert, für Erben und Erblasser praktikable und möglichst erschwingliche Lösungen zu entwickeln. Auch für die Diensteanbieter kann nur eine gesicherte Rechtslage zur unkomplizierten Abwicklung der Nutzerkonten Verstorbener beitragen. Solange sich diese sowohl mit der Herausgabe von Daten als auch mit der Verweigerung derselben in einem rechtlichen Graubereich befinden, ist es wahrscheinlich, dass die einzelnen Anbieter weiter versuchen, durch restriktive AGB selbst einen ver-

meintlich sicheren Handlungsbereich zu schaffen. Gleichzeitig darf die Lösung des Problembereichs „digitaler Nachlass“ nicht völlig privaten Anbietern und der durch diese vorgegebenen Vertragsgestaltung überlassen werden. Dies erscheint vor allem in Anbetracht der Tatsache, dass durch diese Angebote Lösungen außerhalb des Erbrechtssystems des BGB geschaffen werden, insbesondere vor dem Hintergrund der schnell voranschreitenden Digitalisierung vieler Lebensbereiche bedenklich.

Eine Vereinheitlichung und Sicherung der Rechtslage ist daher sicherlich wünschenswert.<sup>124</sup> Dies gilt insbesondere im Hinblick auf das noch unsichere Verhältnis zwischen Erbrecht, Fernmeldegeheimnis und Datenschutz sowie für die Frage nach den Grenzen für die Zulässigkeit von Provider-AGB, letztlich aber auch für die Frage, welche Daten und Verträge überhaupt in den Nachlass fallen und daher einer testamentarischen oder erbvertraglichen Regelung zugänglich sind.

In Anbetracht der Tatsache, dass es sich beim digitalen Nachlass meist um ein grenzüberschreitendes Problem handelt, dürfte zumindest eine einheitliche europäische Lösung wünschenswert sein.<sup>125</sup> In diesem Rahmen spielt die Anerkennung von Vollmachten und Verfügungen von Todes wegen sowie des Instituts der Testamentsvollstreckung eine entscheidende Rolle.

Kommerzielle „digitale Nachlassverwalter“ bieten für die Betroffenen weder die erhoffte Sicherheit bei der Hinterlegung sensibler Daten, noch können sie dauerhaft einen verantwortungsvollen Umgang mit den ihnen zur Verfügung gestellten Daten garantieren. Die Gefahr, dass sich hier unseriöse Anbieter ein lukratives Geschäftsmodell erschließen wollen, ist groß.

Hier sind insbesondere die Notare gefragt, den Beteiligten kostengünstige und sichere Alternativen anzubieten. Die digitale Vorsorgeurkunde bietet hierzu einen praktikablen Ansatz. Ob die Problematik der fehlenden Änderbarkeit der hinterlegten Masterpasswörter auf der Grundlage technischer Möglichkeiten überwunden werden kann, wird die Zukunft zeigen. Hier wird der technische Fortschritt die Gestaltungspraxis unter Umständen bereits bald vor noch erheblich größere Herausforderungen stellen. Man denke nur an den Ersatz von Passwörtern durch die Verwendung biometrischer Erkennungszeichen (bspw. Fingerabdruck).

Die Hinterlegung eines Masterpassworts bei einem Notar erscheint dennoch derzeit die erfolgversprechendste Möglichkeit sicherzustellen, dass wichtige persönliche oder geschäftliche Daten bei Geschäftsunfähigkeit oder nach dem Tod des Erblassers tatsächlich schnell in die entsprechenden Hände, und nur in diese, fallen.

Insgesamt ist vor allem eine Sensibilisierung der Ratsuchenden für die zahlreichen ungelösten Probleme des digitalen Nachlasses dringend erforderlich. ■

<sup>124</sup> So schon die Forderung von *Bräutigam* auf dem 7. Deutschen Erbrechtstag in Berlin 2012, vgl. Tagungsbericht, *ErbR* 2012, 162; so auch *Kuntz* *JM* 2016, 190 (191 f.) sowie das Fazit der Stellungnahme des DAV.

<sup>125</sup> Vgl. hierzu schon die Forderung von *van Erp* *EuCML* 2016, 73, der schlussfolgert: „given the ever growing impact of the Digital Revolution, we cannot afford to wait very long“.

<sup>122</sup> *Gloser* *MittBayNot* 2016, 101 (107).

<sup>123</sup> *Gloser* *MittBayNot* 2016, 101 (107 f.).

## 1. Liegenschaftsrecht – Zur Grundbucheintragung bei Verpfändung eines GbR-Anteils

(BGH, Beschluss vom 20.5.2016 – V ZB 142/15)

BGB §§ 899a, 1276

GBO §§ 18 Abs. 1, 22 Abs. 1 S. 1, 29, 39 Abs. 1, 47 Abs. 1

FamFG § 26

Mit Anerkennung der Rechtsfähigkeit der (Außen-) Gesellschaft bürgerlichen Rechts scheidet die Eintragung der Verpfändung eines Gesellschaftsanteils in das Grundbuch eines im Eigentum der Gesellschaft stehenden Grundstücks aus.

### Zur Einordnung:

Obwohl die Teilrechtsfähigkeit der GbR und ihre Grundbuchfähigkeit nunmehr seit Jahren anerkannt sind, beschäftigen Probleme in diesem Zusammenhang nach wie vor die Praxis. In der nachfolgend abgedruckten Entscheidung befasst sich der BGH mit der Frage, ob die Verpfändung eines Anteils an einer grundbesitzhaltenden GbR in das Grundbuch eingetragen werden kann.

Auch jenseits von Grundpfandrechten kann sich der Notar mit der Eintragung von Pfandrechten im Grundbuch konfrontiert sehen. So ist die Eintragung einer Pfändung in Abt. II des Grundbuchs möglich, wenn Eigentümer des Grundstücks eine Personenmehrheit ist. Wird der Erbteil eines Miterben gepfändet und sind die Miterben in Erbengemeinschaft Grundeigentümer, ist auf Antrag des Gläubigers die Pfändung des Erbteils im Wege des Unrichtigkeitsnachweises einzutragen (Schöner/Stöber, 2012, Rn. 1662). Die Verfügungsmacht über das Grundstück steht den Miterben zur gesamten Hand als Mitgliedern der Erbengemeinschaft zu (vgl. § 2040 Abs. 1 BGB), so dass ein Interesse daran besteht, die Beschränkung der Verfügungsmacht eines der Miterben zur Verhinderung eines gutgläubigen Erwerbs einzutragen (BeckOGK BGB/Leinenweber, 15.5.16, § 1274 Rn. 105). In der Verfügung über das Grundstück liegt nämlich letztlich eine mittelbare Beeinträchtigung des Pfandrechts selbst iSd § 1276 BGB, woraus sich das Erfordernis der Zustimmung des Pfandgläubigers ergibt (BayObLG NJW 1959, 1780 [1781]).

Ob dies in gleicher Weise auch für die Verpfändung eines Anteils an einer GbR gilt, ist umstritten. Vor Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR ging man gestützt auf die Parallele zur gesamthänderischen Erbengemeinschaft oftmals von der Eintragungsfähigkeit der Verpfändung eines GbR-Anteils aus (vgl. etwa OLG Hamm OLGZ 1977, 283 [287 ff.] mwN). Nach dem Wandel der höchstrichterlichen Rechtsprechung wird zum Teil eine Grundbucheintragung immer noch für möglich gehalten (OLG Düsseldorf NJW-RR 2004, 1111), die wohl hM in der Literatur sieht die Eintragung dagegen nunmehr als unzulässig an (Schöner/Stöber, 2012, Rn. 4292; Staudinger/Habermeier, 2003, § 719 BGB Rn. 18; MüKoBGB/Schäfer, 6. Aufl., § 719 Rn. 56).

Der BGH schließt sich der hM an und verneint die Eintragungsfähigkeit der Verpfändung. Tragendes Argument ist die Rechtsfähigkeit der GbR. Weil die GbR als solche Eigentümerin von Grundstücken ist, erlangt der Pfandgläubiger eines GbR-Anteils keine unmittelbare Berechtigung am Grundstück. Auch im Hinblick auf den Gutgläubensschutz aus § 899a BGB sei eine Eintragung nicht geboten, weil die Verpfändung die Gesellschafterstellung unberührt lasse. § 1276 BGB, der den Pfandgläubiger vor einer Beeinträchtigung schützen soll und bei Pfändung eines Erbteils die Grundbucheintragung bei den Nachlassgrundstücken rechtfertige, gelte nicht entsprechend für die Verpfändung eines GbR-Anteils.

Offen lässt der BGH, ob sich die Verpfändung eines GbR-Anteils (die in der Praxis etwa in Übertragungsverträgen zur Sicherung der Rückübertragungsrechte des Übergebers vorgesehen wird (vgl. *Munzig* in Münch, Familienrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 2. Aufl. 2016, § 22 Rn. 43) durch die Einräumung einer gesellschafterähnlichen Stellung für den Pfandgläubiger derart gestalten lässt, dass ausnahmsweise eine Eintragung in das Grundbuch möglich ist (vgl. zur Parallelfrage bei Nießbrauchseinräumung: *Frank* MittBayNot 2010, 96 [97]; MüKoBGB/*Pohlmann*, 6. Aufl., § 1068 Rn. 85; dagegen aber *Schöner/Stöber*, 2012, Rn. 1367). Jedenfalls bedürfe eine solche Vereinbarung der Form des § 29 GBO.

Die fehlende Eintragungsfähigkeit von Verfügungsbeschränkungen dürfte über den konkreten Einzelfall hinaus Bedeutung für die Gestaltungspraxis haben, namentlich für Kaufverträge über Anteile an grundbesitzenden GbRs. Hier ist schon bisher davon abgeraten worden, die Anteile unter der aufschiebenden Bedingung vollständiger Kaufpreiszahlung zu übertragen, weil bereits nach bisher hM die Verfügungsbeschränkung des § 161 BGB nicht eintragungsfähig war (vgl. DNotI-Report 2015, 97 [98]). Die Argumentation des BGH dürfte diese Sicht bestätigen, so dass die vorgeschlagene Alternative der durch die Nichtzahlung des Kaufpreises auflösend bedingten Abtretung und eines einzutragenden Widerspruchs zur vorläufigen Sicherung des Erwerbers (vgl. *Krauß*, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 7. Aufl., Rn. 818 ff. und das Muster bei Rn. 4513) weiterhin vorzugswürdig erscheint.

Die Schriftleitung (TH)

### Zum Sachverhalt:

I. Die Beteiligten zu 1 und 2 sind die Gesellschafter der Beteiligten zu 3, einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR). Diese ist als Eigentümerin der im Rubrum dieses Beschlusses genannten Wohnungseigentums- und Teileigentumsrechte im Grundbuch eingetragen. Der Beteiligte zu 2 hat seinen Gesellschaftsanteil an der GbR an die Beteiligte zu 4 verpfändet. Sämtliche Beteiligte haben bei dem Grundbuchamt beantragt, die Verpfändung in die jeweiligen Grundbücher einzutragen.

Das Grundbuchamt hat den Eintragungsantrag zurückgewiesen. Die von den Beteiligten gegen den Zurückwei-

sungsbeschluss gerichtete Beschwerde ist erfolglos geblieben. Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgen sie den Eintragungsantrag weiter.

### Aus den Gründen:

II. Das Beschwerdegericht meint, dass die Verpfändung des Gesellschaftsanteils zwar zu einer Verfügungsbeschränkung des verpfändenden Gesellschafters führe. Nach den Regeln des Pfandrechts an Rechten sei der Beteiligte zu 2 als Verpfänder aber nicht in der Verfügung über die Wohnungseigentums- und Teileigentumsrechte, sondern in der Verfügung über seinen Gesellschaftsanteil beschränkt. Inhaberin der in dem Grundbuch eingetragenen Rechte sei allein die GbR. Die Gesellschafter seien durch die aus der Verpfändung resultierende Verfügungsbeschränkung des Beteiligten zu 2 hinsichtlich dessen Gesellschaftsanteils nicht gehindert, über das Grundstück der Gesellschaft zu verfügen.

III. Die gemäß § 78 Abs. 1 GBO statthafte und auch im Übrigen zulässige (§ 78 Abs. 3 GBO i.V.m. § 71 FamFG) Rechtsbeschwerde ist unbegründet. Die Erwägungen des Beschwerdegerichts halten einer rechtlichen Überprüfung stand.

[...]

a) Einzutragen wäre die Verpfändung, wenn sie ein Recht der Beteiligten zu 4 an dem in den Grundbüchern eingetragenen Eigentum der GbR begründete. Die Eintragung wäre in diesem Fall erforderlich, um einen ansonsten gemäß § 892 Abs. 1 Satz 1 BGB möglichen gutgläubigen lastenfreien Erwerb eines Dritten zu verhindern. Da der öffentliche Glaube des Grundbuchs auch das Fehlen von nicht eingetragenen Verfügungsbeschränkungen des Berechtigten über ein im Grundbuch eingetragenes Recht umfasst (§ 892 Abs. 1 Satz 2 BGB), hätte die Eintragung der Verpfändung zur Vermeidung eines gutgläubigen Erwerbs des eingetragenen Rechts ferner dann zu erfolgen, wenn die Verpfändung zu einer Verfügungsbeschränkung der GbR führte. Entsprechendes würde schließlich gelten, wenn die Verpfändung die Gesellschafterstellung des Beteiligten zu 2 verändern oder dessen Befugnis beschränken würde, über im Grundbuch eingetragene Rechte der GbR zu verfügen. Gemäß § 899a BGB erstreckt sich nämlich der gute Glaube des Grundbuchs auch darauf, dass diejenigen Personen Gesellschafter sind, die nach § 47 Abs. 2 Satz 1 GBO im Grundbuch eingetragen sind.

b) Unter keinem der genannten Gesichtspunkte ist die Verpfändung des Gesellschaftsanteils an die Beteiligte zu 4 in den jeweiligen Grundbüchern einzutragen.

### Es ist umstritten, ob die Verpfändung eines GbR-Anteils in das Grundbuch einzutragen ist

a) Allerdings ist die Frage, ob die Verpfändung eines Anteils an einer GbR in das Grundbuch eines im Eigentum der Gesellschaft stehenden Grundstücks – für die hier zu Gunsten der Beteiligten zu 3 eingetragenen Wohnungseigentums- und Teileigentumsrechte gilt nichts anderes – einzutragen ist, umstritten. In der Literatur wird dies ganz überwiegend verneint (vgl. Schöner/ Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rn. 4292; Meikel/Böttcher, GBO, 10. Aufl., § 10 GBV, Rn. 34; Demharter, GBO, 30. Aufl., Anhang zu § 13 Rn. 33; KEHE/Schrandt, GBR, 7. Aufl., § 22 Rn. 54; Staudinger/Habermeier, BGB [2003], § 719 Rn. 18; MüKoBGB/Carsten Schäfer, 6. Aufl., § 719

Rn. 56; BeckOK GBO/Kral, Stand: 1.2.2016, Gesellschaftsrecht Rn. 95; Bestelmeyer, Rpfleger 2010, 169, 189; Lautner, DNotZ 2009, 650, 670; Böhringer, Rpfleger 2010, 406; ders., ZfIR 2012, 11, 13; Wertbruch in: Westermann/Wertbruch, Handbuch Personengesellschaften, 63. Lieferung 10.2015, § 29, Rn. 669c). Demgegenüber wird in Teilen der Rechtsprechung (vgl. OLG Düsseldorf, NJW-RR 2004, 1111; LG Hamburg, Rpfleger 1982, 142) sowie auch in Teilen der Literatur (Hügel/Holzer, GBO, 3. Aufl., § 26 Rn. 20; Bauer/v. Oefele, GBO, 3. Aufl., § 20 Rn. 185; Palandt/Sprau, BGB, 75. Aufl., § 719 Rn. 8; Palandt/Bassenge, aaO, § 1274 Rn. 6) die Eintragung als erforderlich bzw. möglich angesehen.

### Auf Grund der Rechtsfähigkeit der GbR kommt eine Eintragung der Verpfändung nicht in Betracht

bb) Die Rechtsfrage ist im Sinne der erstgenannten Auffassung zu entscheiden. Mit Anerkennung der Rechtsfähigkeit der (Außen-)Gesellschaft bürgerlichen Rechts (BGH, Urteil vom 29. Januar 2001 – II ZR 331/00, BGHZ 146, 341) scheidet die Eintragung der Verpfändung eines Gesellschaftsanteils in das Grundbuch eines im Eigentum der Gesellschaft stehenden Grundstücks aus.

### Weil die GbR Rechtsträgerin des Gesellschaftsvermögens ist, vermittelt die Pfändung eines Anteils kein Recht am Grundstück

(1) Nur die GbR ist Rechtsträgerin des Gesellschaftsvermögens. Grundstücke einer GbR stehen in deren Alleineigentum und nicht im gemeinschaftlichen Eigentum ihrer Gesellschafter (vgl. Senat, Beschluss vom 4. Dezember 2008 – V ZB 74/08, BGHZ 179, 102 Rn. 11). Die Verpfändung eines Gesellschaftsanteils begründet weder ein Recht des Pfandrechtsinhabers an den im Grundbuch eingetragenen Rechten der GbR noch wird diese als Rechtsinhaberin in ihrer Verfügungsbefugnis beschränkt. Eine Eintragung der Verpfändung zur Vermeidung eines gutgläubigen (lastenfreien) Erwerbs eines Dritten (§ 892 Abs. 1 Satz 1 und 2 BGB) kommt unter diesem Aspekt nicht in Betracht.

### Auch aus § 899a BGB ergibt sich nichts anderes

(2) Die Verpfändung eines Gesellschaftsanteils ist auch nicht deshalb in das Grundbuch einzutragen, weil gemäß § 899a BGB in Ansehung des eingetragenen Rechts vermutet wird, dass diejenigen Personen Gesellschafter sind, die nach § 47 Abs. 2 Satz 1 GBO im Grundbuch eingetragen sind.

### § 899a BGB schützt den guten Glauben an die Gesellschafterstellung und Verfügungsbefugnis der Eingetragenen

(a) Die Eintragung der Gesellschafter im Grundbuch dient zum einen der Identifizierung der GbR und ermöglicht zum anderen durch die Verweisung auf die §§ 892 ff. BGB einen gutgläubigen Erwerb eines Grundstücks der GbR in den Fällen, in denen sämtliche eingetragenen Gesellschafter über das Grundstück verfügen, zumindest einer der eingetragenen Personen aber tatsächlich nicht Gesellschafter oder aus sonstigen Gründen zu einer Verfügung über das Grundstück nicht befugt ist. Das Gesetz schützt damit den guten Glauben an die Gesellschafterstellung der Eingetragenen bzw. deren Verfügungsbefugnis (vgl. MüKoBGB/Kohler, 6. Aufl., § 899a

Rn. 14), wobei es hier auf die umstrittene Frage, ob sich die Vermutungswirkung des § 899a BGB neben dem Verfügungsgeschäft auch auf das Verpflichtungsgeschäfte bezieht (vgl. zum Streitstand nur Palandt/Bassenge, BGB, 75. Aufl., § 899a, Rn. 6 mwN), nicht ankommt. Dies ist Folge des Personengesellschaften kennzeichnenden Grundsatzes der Selbstorganschaft, der es verbietet, sämtliche Gesellschafter von der Geschäftsführung und Vertretung auszuschließen und diese auf Dritte zu übertragen (vgl. BT-Drucks. 16/13437 S. 26; BGH, Urteil vom 5. Oktober 1981 – II ZR 203/80, NJW 1982, 1817).

### **Die Verpfändung lässt die Gesellschafterstellung unberührt**

(b) Durch die Verpfändung eines Gesellschaftsanteils wird die Stellung des Gesellschafters aber nicht berührt, der Pfandgläubiger rückt nicht in die Rechtsstellung des Gesellschafters ein, so dass eine Eintragung der Verpfändung im Grundbuch nicht zur Verhinderung eines ohne Eintragung möglichen gutgläubigen Erwerbs erforderlich ist. Durch die Verpfändung erhält der Pfandgläubiger nur das Recht, sich aus dem Gesellschaftsanteil durch dessen Verwertung nach den für die Zwangsvollstreckung geltenden Vorschriften (§ 1277 BGB) zu befriedigen. Der verpfändende Gesellschafter bleibt in der Regel in der Ausübung der Mitgliedschaftsrechte und insbesondere auch in der Ausübung des Stimmrechts frei. Das Pfandrecht gewährt damit dem Pfandgläubiger grundsätzlich keinen Einfluss auf die Gesellschafterstellung des Verpfändenden (BGH, Urteil vom 13. Juli 1992 – II ZR 251/91, BGHZ 119, 191, 194 f. für die GmbH; Staudinger/Wiegand, BGB [2009], § 1274 Rn. 45). Die Vorschrift des § 1258 Abs. 1 BGB, wonach bei einer Verpfändung eines Miteigentumsanteils der Gläubiger die Rechte ausübt, die sich aus der Gemeinschaft der Miteigentümer in Ansehung der Verwaltung der Sache und der Art ihrer Benutzung ergeben, gilt grundsätzlich nicht entsprechend für Gesellschaftsanteile (Staudinger/Wiegand, aaO; BeckOGK/Leinenweber, BGB, Stand: 15.10.2015, § 1274 Rn. 188; siehe auch MüKoBGB/Carsten Schäfer, 6. Aufl., § 719 Rn. 55 zu möglichen Ausnahmen bei Kontroll- und Informationsrechten, die zum Schutz des Pfandgläubigers erforderlich seien).

### **Im Hinblick auf den Fortbestand der Gesellschafterstellung sind die Verpfändung und die Pfändung im Rahmen der Zwangsvollstreckung vergleichbar**

(c) In ihren hier maßgeblichen Wirkungen auf die Gesellschafterstellung unterscheidet sich die Verpfändung eines Anteils an einer GbR nicht von der Pfändung eines solchen Anteils im Wege der Zwangsvollstreckung (§ 859 Abs. 1 ZPO); bei dieser rückt der Gläubiger ebenfalls nicht in die Stellung des Gesellschafters ein (so bereits RGZ 60, 126, 130 f.). Die Befugnis des Gesellschafters über ein zum Gesellschaftsvermögen gehörendes Grundstück zu verfügen, bleibt trotz Pfändung des Gesellschaftsanteils bestehen, eine Eintragung der Pfändung im Grundbuch scheidet nach nahezu einhelliger Auffassung in Rechtsprechung und Literatur aus (vgl. OLG Hamm, OLGZ 1987, 175, 178 = DNotZ 1987, 357; OLG Zweibrücken, OLGZ 1982, 406; Zöller/Stöber, ZPO, 31. Aufl., § 859 Rn. 4 mwN; Palandt/Sprau, BGB, 75. Aufl., § 725 Rn. 2; Stöber, Forderungspfändung, 16. Aufl., Rn. 1558 mwN).

### **Auch aus § 1276 BGB (Zustimmung des Pfandgläubigers zu beeinträchtigenden Änderungen des Pfandrechts) folgt keine Eintragungsfähigkeit der Verpfändung**

(3) Schließlich folgt eine Pflicht zur Eintragung der Verpfändung eines Anteils an einer GbR in das Grundbuch nicht aus § 1276 Abs. 1 und 2 BGB. Nach dieser Vorschrift sind die Aufhebung des verpfändeten Rechts und beeinträchtigende Änderungen nur mit Zustimmung des Pfandgläubigers zulässig. Dies bedeutet jedoch nicht, dass der seinen Anteil verpfändende Gesellschafter nicht mehr gemeinsam mit den übrigen Gesellschaftern über im Eigentum der GbR stehende Grundstücke verfügen kann.

### **Unmittelbar ist § 1276 BGB nicht anwendbar, weil Gegenstand des Pfandrechts der Gesellschaftsanteil ist**

(a) Eine unmittelbare Anwendung der Vorschrift auf Verfügungen über ein der GbR gehörendes Grundstück scheidet von vorneherein aus, weil verpfändetes Recht i.S.d. § 1276 Abs. 1 und 2 BGB im vorliegenden Zusammenhang nur der Gesellschaftsanteil ist. Nur hierauf kann sich deshalb die in der Vorschrift normierte Verfügungsbeschränkung des Gesellschafters nach ihrem eindeutigen Wortlaut beziehen, nicht jedoch auf die Grundstücke, die im Eigentum der GbR stehen.

(b) Auch eine entsprechende Anwendung kommt nicht in Betracht.

### **Zwar wird in analoger Anwendung der Norm angenommen, dass ein Miterbe, dessen Erbanteil verpfändet ist, in der Verfügung über Nachlassgrundstücke beschränkt ist**

(aa) Allerdings entspricht es ganz herrschender Meinung, dass bei der Verpfändung eines Anteils an einer Erbengemeinschaft der verpfändende Miterbe hinsichtlich seiner Befugnis, gemeinsam mit den anderen Miterben über einen Nachlassgegenstand zu verfügen (§ 2040 Abs. 1 BGB), zugunsten des Pfandgläubigers beschränkt ist und die Verpfändung in das Grundbuch einzutragen ist (vgl. RGZ 90, 232, 236; BayObLG, NJW 1959, 1780, 1781; BeckOGK/Leinenweber BGB, Stand: 15.5.2015, § 1274 Rn. 105; Demharter, GBO, 30. Aufl., Anhang zu § 13, Rn. 33 mwN; Palandt/Bassenge, BGB, 75. Aufl., § 1276 Rn. 3; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rn. 974; KEHE/Schrandt, GBR, 7. Aufl., § 22 Rn. 53). Begründet wird dies damit, dass es eine (mittelbare) Beeinträchtigung des Pfandrechts an dem Erbteil i.S.d. § 1276 BGB bedeute, wenn der verpfändende Miterbe ein zum Nachlass gehörendes Grundstück in Gemeinschaft mit den anderen Miterben ohne Berücksichtigung der Verpfändung veräußerte oder belastete. Es würde dadurch ein Gegenstand, der von dem verpfändeten Anteilsrecht ergriffen werde und ihm mit den anderen Nachlassgegenständen Inhalt und Wert verleihe, dem Anteilsrechte entzogen werden oder in seiner Verwertbarkeit eine Einbuße erleiden (RGZ 90, 232, 236; BayObLG, NJW 1959, 1780, 1781; OLG Hamm, OLGZ 1977, 283, 286).

### **Dieser Gedanke wurde früher auch für die GbR herangezogen**

(bb) Dieser Gesichtspunkt wird in Teilen der – insbesondere älteren – Rechtsprechung auch bei der Frage heran-

gezogen, ob die Verpfändung eines Anteils an einer GbR oder die Bestellung eines Nießbrauchs an einem GbR-Anteil, die gemäß § 1071 BGB zu einer § 1276 BGB entsprechenden Beschränkung des von dem Nießbrauch betroffenen Rechts führt, eine in das Grundbuch einzutragende Verfügungsbeschränkung des Gesellschafters zur Folge hat. Hierauf stützt sich die Rechtsbeschwerde. Nach dieser Rechtsprechung bedeutet es zumindest eine Beeinträchtigung des Nießbrauchs oder des Pfandrechts, wenn die Gesellschafter bürgerlichen Rechts ohne Zustimmung des Pfandgläubigers oder des Nießbrauchers über einen zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenstand verfügen könnten. Erst die Einzelgegenstände verliehen dem mit dem Nießbrauch oder mit dem Pfandrecht belasteten Anteilsrecht am Gesellschaftsvermögen Inhalt und Wert. Eine Verfügung über die Einzelgegenstände ohne Zustimmung des Nießbrauchers oder Pfandgläubigers könne zur Aushöhlung des Nießbrauchs oder des Pfandrechts führen (OLG Hamm, OLGZ 1977, 283, 287 f.; OLG Düsseldorf, NJW-RR 2004, 1111; siehe zu dem Gesichtspunkt der „Aushöhlung“ jüngst auch Reyman, MittBay-Not 2016, 38, 39 f.).

### Nach Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR kommt eine analoge Anwendung des § 1276 BGB nicht mehr in Betracht

(cc) Nach Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR ist aber eine entsprechende Anwendung des § 1276 BGB bzw. – bei einem Nießbrauch an einem GbR-Anteil – des § 1071 BGB nicht mehr möglich. Solange die GbR als Gesamthandsgemeinschaft ohne eigene Rechtspersönlichkeit verstanden wurde, waren deren Gesellschafter ebenso wie der Miterbe einer Erbengemeinschaft an den Vermögensgegenständen der Gesellschaft bzw. der Erbengemeinschaft jedenfalls insoweit unmittelbar rechtlich beteiligt, als ihnen das Eigentum an Grundstücken zusammen mit den anderen Gesellschaftern bzw. Miterben zur gesamten Hand zustand. Während diese unmittelbare Beteiligung bei der Erbengemeinschaft, die anders als eine GbR nicht rechtsfähig ist (BGH, Urteil vom 11. September 2002 – XII ZR 187/00, NJW 2002, 3389, 3390; Beschluss vom 17. Oktober 2006 – VIII ZB 94/05, NJW 2006, 3715 f.), fortbesteht, hat der Gesellschafter einer GbR an den einzelnen Vermögensgegenständen keine unmittelbaren Rechte mehr. Rechtsinhaber ist ebenso wie bei einer Kapitalgesellschaft nur die GbR. Die notwendige klare Trennung zwischen der rechtsfähigen Gesellschaft und ihren Gesellschaftern schließt es aus, gemeinschaftliche Verfügungen der Gesellschafter über Vermögen der GbR als das Pfandrecht an einem Gesellschaftsanteil beeinträchtigende Änderungen i.S.d. § 1276 BGB anzusehen (vgl. zur fehlenden Eintragungsfähigkeit der Bestellung eines Nießbrauchs an einem Gesellschaftsanteil nach Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR OLG München, FGPrax 2011, 67, 68 = RNotZ 2011, 176; OLG Celle, NZG 2011, 1146 = RNotZ 2011, 489).

(dd) Gegen mittelbare Verschlechterungen des wirtschaftlichen Werts des Pfandrechts an dem Gesellschaftsanteil wird der Pfandgläubiger durch § 1276 BGB deshalb nicht geschützt. Allerdings können sich der Verpfänder und die übrigen Gesellschafter durch die Art und Weise der Ausübung ihrer Gesellschafterrechte gegenüber dem Pfandgläubiger schadensersatzpflichtig machen (vgl. hierzu RGZ 139, 224, 230).

### Es bedarf keiner Entscheidung, ob bei entsprechenden vertraglichen Abreden zu Gunsten des Pfandgläubigers die Eintragung der Verpfändung in Frage kommt

(4) Ob es – ebenso wie bei einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung – möglich ist, einem Pfandgläubiger durch weitergehende Nebenabreden eine Position einzuräumen, die nach ihrer konkreten Ausgestaltung im wirtschaftlichen Ergebnis der Stellung eines Gesellschafters gleich- oder doch jedenfalls nahe kommt (vgl. BGH, Urteil vom 13. Juli 1992 – II ZR 251/91, BGHZ 119, 191, 195; siehe auch Frank, MittBayNot 2010, 96, 97 und MüKoBGB/Pohlmann, 6. Aufl., § 1068 Rn. 85 zu der Einräumung von echten Mitwirkungsrechten bei der Bestellung eines Nießbrauchs an einem GbR-Anteil) und deshalb die Eintragung einer Verpfändung rechtfertigt, bedarf keiner Entscheidung. Eine solche atypische, von dem gesetzlichen Leitbild der Verpfändung abweichende Ausgestaltung des Pfandrechts, die im Übrigen gegenüber dem Grundbuchamt in der Form des § 29 GBO nachgewiesen werden müsste, ist weder von dem Beschwerdegericht festgestellt noch wird sie von der Rechtsbeschwerde behauptet. ■

## 2. Liegenschaftsrecht – Zur Formbedürftigkeit einer zwischen gewerblichen Grundstückshändlern getroffenen Reservierungsvereinbarung

(OLG Dresden, Beschluss vom 23.8.2016 – 8 U 964/16)

BGB § 311b  
ZPO § 522 Abs. 2

1. Eine Reservierungsvereinbarung zwischen Verkaufs- und Kaufinteressenten bedarf der notariellen Form, wenn sie eine einem Vorkaufsrecht gleichkommende verbindliche Verpflichtung der Verkäuferin zum Abschluss eines Immobiliarkaufvertrages enthält.
2. Ein Reservierungsentgelt in Höhe von mehr als 10 % bis 15 % des üblichen Maklerlohns bedarf auch bei Vereinbarungen zwischen gewerblichen Immobilienhändlern ohne Beteiligung eines Maklers der notariellen Form. Es kommt in Betracht, bei derartigen Vereinbarungen zwischen Verkaufs- und Kaufinteressenten statt an die Höhe des üblichen Maklerlohns an einen Grenzwert von 1 % des in Aussicht genommenen Kaufpreises anzuknüpfen.

### Zur Einordnung

Das OLG Dresden beschäftigt sich in der vorliegenden Entscheidung mit der Formbedürftigkeit einer Reservierungsvereinbarung für ein zum Verkauf stehendes Grundstück.

Eine Reservierungsvereinbarung zwischen dem Verkaufs- und dem Kaufinteressenten ist stets beurkundungspflichtig gem. § 311b Abs. 1 BGB, wenn zumindest ein Vertragsteil in der Vereinbarung die (wenigstens bedingte) Verpflichtung übernimmt, ein Grundstück zu übertragen oder zu erwerben. Eine mit dem Verkäufer oder einem Dritten (insbesondere einem Makler) geschlossene Reservierungsvereinbarung unterliegt auch dann der Beurkundungspflicht, wenn auf den Kaufinteressenten im Hinblick auf die Höhe des geforderten Entgelts möglicherweise unangemessener

Druck zum Erwerb des Grundstücks ausgeübt und hierdurch mittelbar eine Erwerbspflicht begründet wird (BGH NJW 2010, 3568 Tz. 18). In diesem Sinne hat der BGH entschieden, dass eine Reservierungsvereinbarung, in der einem Makler für den Fall des Nichtzustandekommens des Hauptvertrags ein Entgelt versprochen wird, formbedürftig ist, wenn das Entgelt 10 % bis 15 % der vereinbarten Maklerprovision übersteigt (BGH, DNotZ 1981, 23; BGH, DNotZ 1987, 745). Vor dem Hintergrund, dass das übliche Maklerhonorar (netto) ca. 3 % des Kaufpreises beträgt, wird hieraus in der Literatur teilweise abgeleitet, dass eine mit einem Makler oder dem Verkäufer geschlossene Reservierungsvereinbarung stets der Beurkundungspflicht unterliegt, wenn sie ein Reservierungsentgelt in Höhe von 0,3 % des avisierten Kaufpreises vorsieht (vgl. Darstellung in DNotl-Report 2014, 185). Teilweise wird auch angenommen, dass ein Reservierungsentgelt ab 5.000 EUR stets die Beurkundungspflicht auslöst (Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 7. Aufl. 2014, Rn. 106 f.; BeckOK BGB/Gehrlein BGB § 311b Rn. 14).

In der vorliegenden Entscheidung erörtert das OLG Dresden, unter welchen Voraussetzungen ein Reservierungsentgelt unangemessenen Druck im Sinne der oben genannten BGH-Rechtsprechung auf einen im Bereich des gewerblichen Grundstückshandels tätigen Kaufinteressenten ausübt. Das Gericht diskutiert, ob Reservierungsvereinbarungen mit solchen Kaufinteressenten erst bei Vereinbarung eines höheren Entgelts formbedürftig sind. Jedenfalls das im zugrundeliegenden Fall versprochene Reservierungsentgelt in Höhe von 3 % des Kaufpreises hat nach Auffassung des Gerichts die Formbedürftigkeit der Vereinbarung zur Folge.

Für die Praxis verdeutlicht die Entscheidung des OLG Dresden, dass die vom BGH aufgestellten Grundsätze zur Formbedürftigkeit von Grundstückreservierungsvereinbarungen wegen eines mittelbaren Erwerbszwangs grundsätzlich auch dann Anwendung finden, wenn der Kaufinteressent unternehmerisch tätig ist.

*Die Schriftleitung (JB)*

## Zum Sachverhalt:

I. Beide Parteien sind gewerblich im Immobilienhandel tätig. Die Klägerin begehrt von der Beklagten über bereits erhaltene 8.000,00 € weitere 16.000,00 € aus einer Reservierungsvereinbarung vom 15.9.2015; die Beklagte begehrt im Wege der Widerklage von der Klägerin die Rückzahlung der vorgenannten 8.000,00 €. Die Reservierungsvereinbarung, über deren Art und Weise des Zustandekommens zwischen den Parteien Streit herrscht, beinhaltete bezüglich einer Liegenschaft in der C.-straße ... in L. Folgendes:

„Der Angebotspreis für die Liegenschaft beträgt 800.000,00 €.

Der Käufer erhält die Gelegenheit und Zusage, das Objekt bis zum 13.10.2015 zu diesem Kaufpreis zu erwerben.

Der Verkäufer veräußert bis zu diesem Zeitpunkt die Liegenschaft an keinen Dritten. Der Verkäufer stellt bis zum 21.9.2015 sämtliche für den Erwerb relevanten und

nötigen Unterlagen, Gutachten und Beschlüsse zur Verfügung.

Sondervereinbarung: Das Bodengutachten der M. GmbH wurde mit dem Mailverkehr zur Verfügung gestellt. Der Käufer trägt damit das Risiko der Bodenverunreinigungen. Das ist nicht mehr Bestandteil oder ein Rücktrittsgrund im Notarvertrag.

Der Käufer bezahlt für diese Reservierungsvereinbarung eine Gebühr von 1 % (8.000,00 €) sofort und 2 % (16.000,00 €) spätestens zum 29.9.2015, die mit dem Kaufpreis verrechnet wird. Die o.g. Gebühr wird auf das Konto des Verkäufers [...] überwiesen.

Die Gebühr 3 % verbleibt beim Verkäufer, falls der Käufer vom Kauf zurücktritt.

Die Gebühr wird an den Käufer zurückerstattet, wenn der Kauf ohne sein Verschulden nicht zustande kommt.“

Hinsichtlich des weiteren erstinstanzlichen Sach- und Streitstandes wird auf die Darstellung in der angefochtenen Entscheidung sowie die wechselseitigen Schriftsätze Bezug genommen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und der Widerklage stattgegeben. Der Schutzzweck der gesetzlichen Regelung zur notariellen Form bei Verträgen über Grundstücke verbiete es, formlose Vertragsstrafeversprechen als wirksam anzuerkennen, durch die gegen den vom Makler als möglichen Grundstückskäufer geworbenen Interessenten mittelbarer Zwang zum Erwerb ausgeübt werde. Auch im vorliegenden Fall werde ein wirtschaftlicher Zwang zum Erwerb ausgeübt, da 10 % der üblichen Maklerprovision lediglich einen Betrag von 4.000,00 € ergäbe. Unerheblich sei, ob die Klägerin Eigentümerin des veräußerten Grundstückes gewesen sei, da die Schutzbedürftigkeit des die Reservierungsgebühr Schuldenden nicht an die Maklereigenschaft einer Vertragspartei anknüpfe.

Hiergegen richtet sich die Berufung der Klägerin: Hintergrund des Abschlusses der Reservierungsgebühr sei das starke Interesse der Beklagten am Ankauf des Objektes gewesen, wobei ihr Geschäftsführer wegen eines Urlaubs Zeit für eine Kaufentscheidung benötigt habe. Da zu diesem Zeitpunkt ein anderer Kaufinteressent sogar schon einen Notartermin vorgeschlagen habe, sei auf Wunsch der Beklagten eine Reservierung gegen Entgelt abgestimmt worden. Nachdem zunächst über eine Reservierungsgebühr von 1 % des Kaufpreises gesprochen worden sei, habe die Klägerin den Geschäftsführer der Beklagten um eine Erhöhung auf 3 % gebeten, dem der Geschäftsführer der Beklagten zugestimmt habe. Formuliert worden sei die Reservierungsvereinbarung von einem Architekturbüro, welches von der Beklagten beauftragt worden sei. Die Reservierungsvereinbarung habe nicht den Formvorschriften des § 311b BGB unterlegen. Durch diese Vereinbarung sei kein Kaufzwang auf die Beklagte ausgeübt worden, was bereits daran zu erkennen sei, dass diese trotz der Vereinbarung von dem Kauf Abstand genommen habe. Auf diesen Sachverhalt seien die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zur Reservierungsgebühr im Maklerrecht nicht heranzuziehen. Die Abmachung beinhalte ein schuldrechtliches Veräußerungsverbot, welches formfrei vereinbart sei und nur dazu gedient habe, das Objekt trotz eines anderen Kaufinteressenten für die Beklagte auf deren Wunsch zu reservieren.

Die Klägerin beantragt, die Beklagte unter Aufhebung des Urteils des Landgerichts Leipzig zu Aktenzeichen 7 O 473/16, verkündet am 25.5.2016, zugestellt am 1.6.2016, zu verurteilen, an sie 16.000,00 € zuzüglich Zinsen in Höhe von 9 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz daraus seit 30.9.2015 zu zahlen, und die Widerklage abzuweisen.

### Aus den Gründen:

II. Die zulässige Berufung hat zur einstimmigen Überzeugung des Senats offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg. Da auch die weiteren Voraussetzungen zur Anwendung des § 522 Abs. 2 ZPO vorliegen, beabsichtigt der Senat, die Berufung ohne mündliche Verhandlung zurückzuweisen:

#### **Verpflichtung des Verkaufsinteressenten zum Vertragsschluss ist formbedürftig**

1. Entgegen der Ansicht der Klägerin geht die zwischen den Parteien vereinbarte Reservierungsvereinbarung hinsichtlich der von der Klägerin übernommenen Verpflichtungen über eine schuldrechtliche Verpflichtung, das Objekt nicht an einen anderen Interessenten für einen bestimmten Zeitraum zu verkaufen, hinaus. Vielmehr enthält die Vereinbarung mit der Zusage der Klägerin, der Beklagten bis zum 13.10.2015 das Grundstück C.-straße in L. zu einem Kaufpreis von 800.000,00 € zu veräußern, eine einem Vorkaufsrecht gleichkommende verbindliche Verpflichtung der Klägerin zum Abschluss eines Immobilienkaufvertrages; eine derartige Willenserklärung ist formbedürftig (vgl. BGH, Urt. v. 1.7.1970, IV ZR 1178/68 = NJW 1970, 1915; Grüneberg in Palandt, BGB, Rn. 11 zu § 311b; Hertel in Staudinger, BGB, [2012] Rn. 113 und 121 f. zu § 311b; Kanzleitner in Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl., Rn. 34 zu § 311b; Gehrlein in Bamberger/Roth, Beck'scher Online-Kommentar BGB, 39. Edition, Rn. 13 zu § 313b BGB [gemeint wohl § 311b BGB]). Zwar gingen die Parteien in der Vereinbarung erkennbar davon aus, dass noch ein eigener Kaufvertrag abgeschlossen werden sollte; es handelte sich jedoch um eine Abmachung, die als – wie die darin enthaltenen Kaufbedingungen erweisen – hinreichend bestimmter Vorvertrag zu verstehen ist und die die Klägerin zum Abschluss eines Hauptvertrages über den Verkauf der Grundstücke verpflichten sollte, falls sich die Beklagte innerhalb der Bindungsfrist dafür entschied (vgl. hierzu OLG Hamburg, Urt. vom 15.2.1991, 11 U 203/90, NJW-RR 1992, 20). Bereits aus diesem Grund ist die Entscheidung des Landgerichts im Ergebnis richtig, da die notarielle Form nicht eingehalten wurde.

#### **Auch die vereinbarte Reservierungsgebühr hat die Formbedürftigkeit zur Folge**

2. Daneben sind aber auch die Ausführungen des Landgerichts zutreffend, dass die Reservierungsvereinbarung zwischen den Parteien auch ohne die enthaltene Verkaufsverpflichtung der Klägerin der notariellen Form bedürftig hätte, wenn sie nur eine – als solche nicht formbedürftige – Verpflichtung der Klägerin enthalten hätte, für einen bestimmten Zeitraum das Grundstück nicht an jemand anderen zu veräußern, da durch die Vereinbarung einer Reservierungsgebühr in Höhe von 3 % des Kaufpreises ein erheblicher mittelbarer Druck auf die Beklagte ausgeübt wurde, einen Kaufvertrag abzuschließen. Dies wird regelmäßig angenommen, wenn die Ver-

pflichtung einen Betrag überschreitet, der 10 bis 15 % der üblichen Maklervergütung überschreitet (vgl. BGH, Urt. v. 2.7.1986, IVa ZR 102/85 = DNotZ 1987, 745; OLG Köln, Urt. v. 8.1.2013, 24 U 83/12 = BeckRS 2015, 18510; Senat, Urt. v. 9.4.1997, 8 U 2528/96 mit Tendenz zu einer 10 %-Grenze).

Selbst wenn man der Klägerin dahin beipflichten sollte, dass grundsätzlich dennoch auch eine Einzelfallbetrachtung vorzunehmen ist, bei der auch berücksichtigt werden kann, ob der Wunsch nach einer Reservierungsvereinbarung vom Zahlungspflichtigen ausgegangen ist und ob es sich bei demjenigen, von dem die Reservierungsvereinbarung ausgegangen ist, um ein gewerbliches Immobilienhandelsunternehmen handelt, ist daneben aber auch die Höhe des vereinbarten Reservierungsentgeltes in den Blick zu nehmen. Zu Recht unterscheidet das Landgericht bei der Bemessung des Maßstabes nicht danach, dass es sich bei dem vorliegenden Vertrag um eine Vereinbarung zwischen den künftigen Kaufvertragsparteien und nicht zwischen einem Makler und einem Interessenten handelt, da es bei der Frage, ob durch eine kostenpflichtige Reservierungsvereinbarung ein wirtschaftlicher Zwang zum Kauf auf den potenziellen Erwerber ausgeübt wird, nicht darauf ankommt, wem gegenüber er zahlungspflichtig ist, sondern allein auf die wirtschaftliche Belastung durch die Verpflichtung.

#### **Ein Reservierungsentgelt von 3 % des Kaufpreises übt auch auf einen gewerblichen Kaufinteressenten unangemessenen Zwang aus**

Daher ist es auch nicht zu beanstanden, wenn das Landgericht im Ausgangspunkt von der Größenordnung ausgeht, die 10 % einer üblichen Maklergebühr betragen würde. Nach den nicht angegriffenen Feststellungen des Landgerichts würde eine solche Gebühr in L. 40.000,00 € betragen haben. Selbst wenn man bei der Bemessung der Frage, ob ein unangemessener Zwang ausgeübt wird, im vorliegenden Fall in Betracht ziehen würde, dass bei einem gewerblichen Immobilienunternehmen, welches sich unmittelbar gegenüber dem Veräußerer zur Zahlung einer Reservierungsvergütung bereit erklärt, auch ein Betrag in den Blick genommen werden könnte, der die in der Rechtsprechung sonst angenommene Obergrenze von 10 bis 15 % des Maklerlohns (hier: 4.000,00 € bis 6.000,00 €) maßvoll überschreitet, und sich eventuell vertreten ließe, dass die von den Parteien ursprünglich in den Blick genommene Reservierungsgebühr von 8.000,00 € und die Anknüpfung der Bestimmung der Höhe der Gebühr an 1 % des Kaufpreises möglicherweise im hier vorliegenden Fall eines Vertrages zwischen den potentiellen Kaufvertragsparteien ohne Einschaltung eines Maklers noch keinen solchen wirtschaftlichen Druck auf den Erwerbsinteressenten ausgeübt hätte, dass von einer Formbedürftigkeit der Reservierungsvereinbarung auszugehen wäre, so überschreitet die – auf Veranlassung der Klägerin erfolgte – Festsetzung der Gebühr auf 3 % und damit auf mehr als 50% einer in L. üblichen Maklerprovision auf jeden Fall den Umfang dessen, was ohne Einhaltung der notariellen Form hätte vereinbart werden können. Allein aus dem Umstand, dass die Beklagte trotz der Reservierungsvereinbarung von dem Kauf Abstand genommen hat, lässt sich nicht der Schluss ziehen, dass für sie kein erheblicher mittelbarer Zwang bestanden habe, zumal sie sich geweigert hat, die zweite Teilzahlung zu erbringen.

3. Zwar könnte sich eine Berufung auf die Formnichtigkeit dann als rechtsmissbräuchlich darstellen, wenn eine Partei über längere Zeit hin aus dem nichtigem Vertrag Vorteile gezogen hat und sich nunmehr ihrer Verpflichtung unter Berufung auf den Formmangel entziehen will (vgl. hierzu beispielsweise BGH, Urt. v. 14.6.1996, V ZR 85/95, NJW 1996, 2503). Ein Formmangel führt grundsätzlich zur Nichtigkeit der Vereinbarung. Er ist nur ausnahmsweise wegen unzulässiger Rechtsausübung unbeachtlich, weil sonst die Formvorschriften des Bürgerlichen Rechts ausgehöhlt würden, die vor unüberlegten und übereilten Handlungen die Vertragspartner schützen sollen. An die Unzulässigkeit der Rechtsausübung sind deshalb strenge Anforderungen zu stellen. Das Ergebnis muss mit Treu und Glauben unvereinbar sein und die andere Partei nicht nur hart, sondern schlechterdings untragbar treffen (vgl. hierzu OLG Hamm, Urt. v. 19.8.1999, 22 U 80/99). Vor dem Hintergrund, dass die Festsetzung der Höhe der Reservierungsgebühr auf 3 % auf Verlangen der Klägerin erfolgt ist, stellt sich die Berufung der Beklagten – auch wenn sie von der Einräumung der Überlegungsfrist profitiert haben mag – auf die Formnichtigkeit nach diesen Maßstäben keinesfalls als rechtsmissbräuchlich dar. ■

### 3. Liegenschaftsrecht – Zur Zuweisung von Sondernutzungsrechten durch den teilenden Eigentümer

(OLG Schleswig, Beschluss vom 26.9.2016 – 2 Wx 56/16, mitgeteilt durch *Notar Dr. Heskamp, Bonn*)

WEG §§ 10, 13, 15

Eine Vereinbarung in der Gemeinschaftsordnung, wonach demjenigen Wohnungseigentümer ein Sondernutzungsrecht an einer Gemeinschaftsfläche zugewiesen wird, der diese Fläche käuflich erworben hat, stellt keine wirksame Zuweisung eines Sondernutzungsrechts dar.

#### Zur Einordnung

In der vorliegenden Entscheidung beschäftigt sich das OLG Schleswig mit der Möglichkeit eines Bauträgers, einem Erwerber außerhalb der Teilungserklärung Sondernutzungsrechte an Stellplätzen zuzuweisen.

Bei einem Bauträgerprojekt ist der Bauträger häufig nicht gewillt, die vorgesehenen Sondernutzungsrechte an Stellplätzen bzw. Gartenflächen den zu bildenden Sondereigentumseinheiten bereits in der Teilungserklärung zuzuordnen. Insbesondere die zum Verkauf stehenden Stellplätze will der Bauträger typischerweise erst im Rahmen des (späteren) Verkaufs zuweisen und sich auf diese Weise eine gewisse Flexibilität erhalten. Um diesen Wunsch des Bauträgers zu verwirklichen, haben sich in der notariellen Vertragspraxis im Wesentlichen drei Gestaltungsmöglichkeiten durchgesetzt, welche eine Zuordnung von Sondernutzungsrechten außerhalb der Teilungserklärung ermöglichen (Überblick: DNotI-Report 2016, 117):

Der Bauträger kann zunächst die Sondernutzungsrechte bei der letzten zum Verkauf vorgesehenen Sondereigentumseinheit (häufig einem Kellerraum) „parken“ und dann im Rahmen des Abverkaufs der übrigen Sondereigentumseinheiten dem jeweiligen Erwerber einzeln abtreten.

Diese Gestaltungsoption setzt jedoch voraus, dass bereits im Rahmen der Teilung nach § 8 WEG feststeht, welche Einheit zuletzt verkauft werden soll und kann zudem sehr unübersichtliche Grundbuchverhältnisse zur Folge haben. Dieser Gestaltung kommt daher in der Praxis nur untergeordnete Bedeutung zu (ausführlich: *Francastel RNotZ 2015, 385 [407]*).

Der Bauträger hat ferner die Möglichkeit zur sog. gestreckten Begründung von Sondernutzungsrechten. Hierbei entstehen die negative und die positive Komponente zeitlich versetzt: In einem ersten Schritt wird die negative Komponente des Sondernutzungsrechts dadurch begründet, dass bis auf den aufteilenden Eigentümer sämtliche Sondereigentümer in der Teilungserklärung bzw. der Gemeinschaftsordnung von der Nutzung der betreffenden Bereiche des Gemeinschaftseigentums ausgeschlossen werden. Der Ausschluss wird durch Eintragung in den Grundbüchern sämtlicher Einheiten verdinglicht. Die alleinige Nutzungsbefugnis wird in diesem ersten Schritt in der Regel dem teilenden Eigentümer zugewiesen, ohne jedoch mit einer konkreten Einheit verknüpft zu werden (sog. persönliches Sondernutzungsrecht). Der aufteilende Eigentümer erhält das Recht, diese Nutzungsbefugnis einer Sondereigentumseinheit seiner Wahl zuzuweisen. Im Rahmen des späteren Kaufvertrags weist der Bauträger der verkauften Einheit die alleinige Nutzungsbefugnis an dem entsprechenden Bereich des Gemeinschaftseigentums zu und die Zuordnung wird im Grundbuch als Inhalt des Sondereigentums eingetragen. Da das Sondernutzungsrecht nach Zuweisung zu seiner Verdinglichung bei der begünstigten Einheit eingetragen wird, muss die „Zuweisungserklärung“ dem grundbuchrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz genügen. Allerdings bedarf der Bauträger hierbei nach vielfach vertretener Auffassung gem. §§ 876, 877 BGB, § 5 Abs. 4 WEG der Zustimmung der dinglich Berechtigten an allen in seinem Eigentum stehenden Einheiten und damit insbesondere der Zustimmung der bereits im Grundbuch eingetragenen Finanzierungsgläubiger etwaiger Käufer. Diese Gestaltung dürfte sich daher vielfach als unzweckmäßig erweisen (ausführlich: *Francastel RNotZ 2015, 385 [408]*).

In der Praxis hat sich die dritte Gestaltungsmöglichkeit, die sog. aufschiebend bedingte Begründung von Sondernutzungsrechten, durchgesetzt (s. *Francastel RNotZ 2015, 385 [410]*). Das gesetzliche Mitgebrauchsrecht aller Sondereigentümer wird hierbei an einzelnen Gemeinschaftsflächen unter der aufschiebenden Bedingung der Zuweisung des alleinigen Nutzungsrechts an eine bestimmte Sondereigentumseinheit ausgeschlossen und gem. § 10 Abs. 3 WEG verdinglicht (negative Komponente). Wegen der aufschiebenden Bedingung entsteht das Sondernutzungsrecht erst mit der Zuweisungserklärung durch den Bauträger (positive Komponente). Bis zu diesem Zeitpunkt steht die Nutzung der Fläche der Gesamtheit der Eigentümer zu. Die Eigentümer ausgeschlossener Sondereigentumseinheiten sowie die hieran dinglich Berechtigten müssen der Zuweisung – anders als bei der gestreckten Begründung des Sondernutzungsrechts – grundsätzlich nicht zustimmen, da der Ausschluss aller Sondereigentümer von der Nutzung durch die Eintragung der negativen Komponente von vorneherein verdinglicht wurde (BGH NJW 1979, 548 [549]; OLG München MittBayNot 2013, 378 [379]).

Die positive Komponente wird allerdings erst durch Eintragung im Grundbuch der begünstigten Einheit verdinglicht. Hierzu muss die Zuweisungserklärung dem grundbuchrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz genügen und in grundbuchmäßiger Form (§§ 19, 29 GBO) nachgewiesen werden (OLG München MittBayNot 2013, 378 [379]; BayObLG, MittBayNot 1980, 210; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 2914 mwN).

Das OLG Schleswig hatte vorliegend über einen Fall mit umgekehrter zeitlicher Abfolge zu befinden. Dort hatte ein Grundstückseigentümer bereits vor der Aufteilung seines Grundstücks nach § 8 WEG eine einzelne Eigentumswohnung verkauft und dem Käufer die alleinige Nutzung an einer zum Gemeinschaftseigentum gehörenden Fläche (schuldrechtlich) zugewiesen. In der erst später zusammen mit der Teilungserklärung beurkundeten Gemeinschaftsordnung wurde festgelegt, dass diese Fläche nicht dem allgemeinen Gebrauch dient, sondern ausschließlich von demjenigen benutzt werden darf, der sie käuflich erworben hat. Das OLG entschied, dass die Teilungserklärung keine dem grundbuchrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz genügende Zuweisung eines Sondernutzungsrechts zugunsten des Käufers enthält und die positive Komponente des Sondernutzungsrechts daher nicht wirksam verdinglicht wurde. Da sich der teilende Eigentümer kein Recht zur Zuweisung der Sondernutzungsrechte vorbehalten hat, kann die Zuweisung nur unter Mitwirkung aller belasteten Eigentümer und ihrer Gläubiger iSd §§ 876, 877 BGB, § 5 Abs. 4 WEG nachgeholt werden.

Für die Praxis verdeutlicht die Entscheidung, dass der sachenrechtliche Bestimmtheitsgrundsatz auch bei der Begründung von Sondernutzungsrechten gilt und daher streng darauf zu achten ist, dass der Zuweisungsberechtigte in grundbuchmäßiger Form ausdrücklich benannt wird und dessen Zuweisungserklärung eindeutig gefasst ist.

*Die Schriftleitung (JB)*

## Zum Sachverhalt:

I. Die Beteiligte als Wohnungseigentümerin begehrt die Eintragung eines Sondernutzungsrechts an einem Kfz-Stellplatz.

Der betroffene Grundbesitz gehört zu der Wohnungseigentumsanlage (...) in Westerland/Sylt. Das Wohnungs- und Teileigentum an dem Grundstück (...)straße war entstanden durch die Teilungserklärung vom 26. August 1970, die der damalige Eigentümer (...) des im Grundbuch von Westerland Blatt (...) eingetragenen Grundbesitzes abgegeben hatte (UR-Nr. ... des Notariatsverwesers für das Notariat Dr. (...) in (...), Bl. (...) der Grundakten zu Westerblatt Blatt (...). In § 1 der Urkunde wurden insgesamt 29 Einheiten gebildet. Die Einheiten gemäß § 1 Ziff. 1. lfd. Nrn. 1 bis 28 sind jeweils mit dem Sondereigentum an einer Wohnung im 3. bis 6. Obergeschoss des Gebäudes verbunden und die Einheit in § 1 Ziff. 1 lfd. Nr. 29 (zur Nutzung als Hotel vorgesehen) mit dem Sondereigentum an den Räumen im Keller, im Erdgeschoss sowie im 1. und 2. Obergeschoss. In Bezug auf die zur Anlage gehörenden Kfz-Stellplätze befindet

sich in der Teilungsurkunde die Regelung in § 4 („Art und Umfang des Gebrauchs“) Nr. 6, die wie folgt lautet:

*„6. Die Parkplätze dienen nicht dem allgemeinen Gebrauch, sondern werden ausschließlich von demjenigen benutzt, der sie käuflich erworben hat. Im übrigen stehen sie dem jeweiligen Eigentümer des in § 1 Ziffer 29 aufgeführten Miteigentumsanteils zur Verfügung.“*

In § 16 der Urkunde bewilligte und beantragte (...), die Teilung gemäß § 1 sowie die Vorschriften der §§ 2 bis 15 der Erklärung als Gegenstand und Inhalt des Sondereigentums in das Grundbuch einzutragen. Nachdem über das Vermögen des Eigentümers (...) das Vergleichsverfahren eröffnet worden war, stimmte der im Oktober 1970 bestellte Vergleichsverwalter am 4. März 1971 den Erklärungen in der Teilungsverklärung vom 26. August 1979 zu (UR-Nr. ... des Notars (...) in (...), Bl. (...) ff. der Grundakten zu Westerland Blatt (...). Zugleich erklärte er seine Zustimmung zur Eintragung der neuen Eigentümer für die Wohnungseigentumseinheiten in § 1 Ziff. 1 lfd. Nrn. 1 bis 28 der Teilungserklärung, welche mit dem teilenden Eigentümer (...) entsprechende Kaufverträge abgeschlossen hatten. Sämtliche durch die Teilungserklärung vom 26. August 1970 gebildeten Einheiten wurden am 22. März 1971 in den neu angelegten Blättern (...) bis (...) von Westerland eingetragen. Wegen des Gegenstandes und des Inhaltes des Sondereigentums wurde bei der Eintragung jeweils auf die Bewilligung vom 26. August 1979 Bezug genommen.

Das Wohnungseigentum im hier betroffenen Grundbuchblatt (...) ist verbunden mit dem Sondereigentum an der im Aufteilungsplan mit der Nr. 4. bezeichneten Wohnung im 4. Obergeschoss (Einheit gemäß lfd. Nr. 13 in § 1 Ziff. 1 der Teilungsurkunde). Den Kaufvertrag über diese Wohnung schloss (...) im Oktober 1968 mit dem Käufer (...). Der Vertragsinhalt ergibt sich aus dem vom Käufer angenommenen Angebot des Verkäufers vom 10. Oktober 1968 (UR.-Nr. .../... des Notars ..., ONr. ... der Grundakten zu Westerland Blatt ...; Angaben zu Ordnungsnummern beziehen sich im Folgenden jeweils auf dieses Grundbuch, Anm. des Senats). Der Kaufgegenstand ist in § 1 des Angebotes wie folgt beschrieben:

*„(1) Herr (...) in (...) ist Eigentümer des im Grundbuch von Westerland Blatt (...) eingetragenen Grundstücks (...) mit einer Gesamtgröße von etwas 1556 qm. Er errichtet auf diesem Grundstück ein Appartementhaus mit Hotelräumen, 28 Wohnungen, verschiedenen Kellerräumen, einer Tiefgarage und Pkw-Abstellplätzen, an dem Wohnungs- und Teileigentum begründet werden soll.*

*(2) Von diesem Grundstück verkauft Herr (...) – nachstehend Verkäufer genannt – an Herrn (...) – nachstehend Käufer genannt – einen Miteigentumsanteil von 110/10000, verbunden mit dem Sondereigentum an der im IV. Obergeschoß gelegenen und mit Nr. 14 bezeichneten Wohnung, bestehend aus 1 Zimmer, Kochnische, Bad, Flur und Loggia, Größe etwa 23 qm, nachstehend Kaufgegenstand genannt.*

*Der verkaufte Miteigentumsanteil berechtigt zur dauernden und ausschließlichen Benutzung des mit Nr. 11 bezeichneten Pkw-Abstellplatzes.*

*Größe und Ausstattung des Kaufgegenstandes ergeben sich aus der Baubeschreibung vom 15.8.1968 mit Bauzeichnung vom 17.10.1967, die den Vertragsparteien bekannt ist. Nachträgliche Änderungen des Bauschreibung*

*sind, wenn sie geringfügig oder durch behördliche Maßnahmen veranlaßt worden sind, dem Verkäufer gestattet und gelten als genehmigt.*

*(3) Beschränkungen des Miteigentums und Inhalt des Sondereigentums, die Rechtsbeziehungen der Wohnungs-/ Teileigentümer zueinander und die Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums werden im einzelnen in der vom Verkäufer noch aufzustellenden Teilungserklärung geregelt.“*

In § 13 erteilten die Vertragsparteien Vollmachten zur Erklärung der Auflassung sowie zu Abgabe sonstiger für die Eintragung des Käufers im Grundbuch erforderlicher Erklärungen. Am 25. Februar 1971 gab der Bevollmächtigte (...) folgende Auflassungserklärung im Namen beider Vertragsparteien ab (UR-Nr. .../... des Notars [...]):

*„Die Vertragsschließenden sind sich darüber einig, daß die Grundbuch von Westerland Blatt (...) eingetragenen 110/10.000 Miteigentumsanteile, verbunden mit dem Sondereigentum an der mit Nr. 14 bezeichneten Wohnung einschließlich Benutzungsrecht an dem mit Nr. 11 bezeichneten Pkw-Abstellplatz, auf Herrn (...) übergehen sollen. Ich bewillige und beantrage die Eintragung des Eigentumswechsels im Grundbuch“*

Nach Anlegung der Wohnungseigentumsgrundbücher am 22. März 1971 trug das Grundbuchamt den Käufer (...) am 23. März 1971 als Eigentümer im Grundblatt (...) ein. Mit notariellem Kaufvertrag vom 26. März 1973 verkaufte (...) das Wohnungseigentum an die Eheleute (...) (UR.-Nr. .../... des Notars ...; ONr...). Nach Nr. 1 des Vertrages ist der verkaufte Anteil unter anderem verbunden mit „dem Nutzungsrecht an dem Pkw-Abstellplatz Nr. 11“. Die Käufer wurden am 16. Januar 1974 in Abs. I des Grundbuchs eingetragen.

Am 25. Juni 2008 verkaufte (...), die Alleinerbin ihres verstorbenen Ehemanns geworden war, den Grundbesitz weiter an den Käufer (...) (UR-Nr. .../... des Notars ...in Paderborn, ONr. ...). Bei der Beschreibung des Kaufgegenstandes in § 1 heißt es unter anderem, die Verkäuferin übertrage an den Käufer „das Nutzungsrecht an dem PKW-Stellplatz Nr. 11“ und trete alle daran bestehenden Rechte an die Kaufpartei ab. Das Nutzungsrecht werde ausschließlich von der Verkaufspartei wahrgenommen. (...) wurde am 30. Juli als Eigentümer eingetragen.

Dieser verkaufte des Grundbesitz schließlich mit notariellem Vertrag vom 9. August 2013 an die jetzige Beteiligte (UR.../... des Notars .....mit dem Amtssitz (...), ONr...). Auch in diesem Kaufvertrag heißt es in § 1, zum Kaufgegenstand gehöre ein Sondernutzungsrecht an dem Pkw-Stellplatz Nr. 11. Der Verkäufer erklärte unter Bezugnahme auf § 4 Nr. 6 der Teilungsurkunde, der Eigentümer der Wohnung Nr. 14 sei nach dem Erstkaufvertrag vom 10. Oktober 1968 zur dauernden und ausschließlichen Benutzung des mit Nr. 11 bezeichneten Pkw-Abstellplatzes berechtigt. Die Beteiligte ist dem 12. November 2013 als Eigentümerin im Grundbuch eingetragen.

Mit notariell beglaubigter Erklärung vom 30. Dezember 2015 (UR-Nr. .../... des Notars ...in ...) hat die Beteiligte nunmehr bewilligt und beantragt, das Sondernutzungsrecht an dem Parkplatz Nr. 11 in das betroffene Grundbuch einzutragen.

Mit Schreiben vom 2. Februar 2016 hat die Rechtspflegerin des Grundbuchamts dem Notar mitgeteilt, der An-

trag könne nur als Anregung verstanden werden, das Sondernutzungsrecht am Pkw-Stellplatz im Bestandsverzeichnis ausdrücklich zu verlautbaren, obwohl es bereits über die Bezugnahme nach „§§ 7 und 44 GBO“ (gemeint offensichtlich: §§ 7 Abs. 3 WEG, 44 GBO) eingetragen sei. Das Grundbuchamt trage Sondernutzungsrechte nur über die Bezugnahme ein und lehne in Ausübung seines Ermessens weitere Vermerke ab. Die Rechtspflegerin hat auf den Beschluss des Senats vom 27. April 2011 im Verfahren Az. 2 W 121/1 Bezug genommen und die Auffassung vertreten, der genannten Entscheidung liege ein vergleichbar gelagerter Fall zugrunde. Die Beteiligte hat sich demgegenüber auf den Standpunkt gestellt, dass es im konkreten Fall noch einer ausdrücklichen Eintragung des Sondernutzungsrechts an dem Stellplatz Nr. 11 in ihrem Grundbuch bedürfe, weil bei der ursprünglichen Eintragung nicht die positive Zuweisung der betroffenen Einheit erfasst worden sei. Das Grundbuchamt hat an seiner Auffassung festgehalten, eine weitere Eintragung sei nicht erforderlich. Die Rechtspflegerin hat dies dahin präzisiert, dass es ausreiche, wenn der Ausschluss der anderen Wohnungseigentümer von der Nutzung verdinglicht sei, während die positive Zuteilung des Stellplatzes nach § 746 BGB nicht verdinglicht und eingetragen werden müsse. Auf die Schriftsätze des Notars vom 12. Februar, 3. März und 21. Juni 2016 wird wegen der Einzelheiten Bezug genommen.

Durch Beschluss vom 23. Juni 2016 hat das Grundbuchamt den „Antrag bzw. die Anregung“ vom 19. Januar 2016 auf Eintragung eines Vermerks über das Bestehen eines Sondernutzungsrechts am Stellplatz Nr. 11 zurückgewiesen. Zur Begründung hat die Rechtspflegerin ihre Ausführungen aus den bisherigen Schriftwechsel wiederholt und weiterhin die Auffassung vertreten, die Eintragung durch Bezugnahme auf die Bewilligungen in der Teilungserklärung vom 26. August 1970 sei ausreichend, so dass die Beteiligte keinen Rechtsanspruch auf ausdrückliche Verlautbarung des Sondernutzungsrechts im Grundbuch habe.

Die Beteiligte hat mit elektronisch signiertem Schriftsatz des Notars vom 14. Juli 2016 Beschwerde gegen den Zurückweisungsbeschluss eingelegt. Sie teilt zwar die Auffassung des Grundbuchamts, dass sich die Eintragung durch Bezugnahme im Eintragungsvermerk vom 22. März 1971 auf die negative Komponente des Sondernutzungsrechts (also den Ausschluss der anderen Wohnungseigentümer) beziehe. Unzutreffend nehme das Grundbuchamt jedoch an, die positive Zuweisung eines Sondernutzungsrechts zu einer bestimmten Einheit müsse nicht verdinglicht und dementsprechend auch nicht eingetragen werden. Ein Sondernutzungsrecht wirke zwar auch ohne Eintragung zu Gunsten der Sonderrechtsnachfolgers des jeweiligen Berechtigten. Eine nicht eingetragene Vereinbarung gelte aber gerade nicht auch zu Lasten eines Sonderrechtsnachfolgers. Dafür bedürfe es der Verdinglichung.

Das Grundbuchamt hat der Beschwerde mit Beschluss vom 15. Juli 2016 nicht abgeholfen unter Bezugnahme auf die Entscheidung des Senats vom 27. Dezember 1995 (NJWE-MietR 1996, S. 84 f.) weitere Ausführungen dazu gemacht, dass Vereinbarungen der Wohnungseigentümer jeweils auch ohne grundbuchliche Eintragung zu Gunsten des Sonderrechtsnachfolgers eines Berechtigten gelten würden. Des Weiteren hat die Rechtspflegerin sich nunmehr auf den Beschluss des OLG München vom

4. Juli 2014 (NotBZ 2014, S. 472 ff.) berufen, wonach für die Verlautbarung eines Sondernutzungsrechtes in einem bestimmten Wohnungsgrundbuchblatt die Bewilligung aller Wohnungseigentümer nebst Zustimmung ihrer Gläubiger nach Maßgabe des § 5 Abs. 4 S. 2 WEG erforderlich sei. Da der Antrag der Beteiligten als Eigentümerin im betroffenen Wohnungsgrundbuch lediglich ihre eigene Eintragungsbewilligung enthalte, sei der Antrag auch aus dem Grund zurückzuweisen, dass die Bewilligungen des übrigen Wohnungseigentümer und die Zustimmungen der in allen Grundbuchblättern eingetragenen Gläubiger fehlten.

Die Beteiligte hat mit Schriftsatz vom 10. August 2016 zu dem Nichtabhilfebeschluss Stellung genommen und zunächst weitere Ausführungen zum Bedürfnis an einer ausdrücklichen Eintragung der positiven Zuordnung des Sondernutzungsrechts zu ihrem Sondereigentum gemacht. Soweit das Grundbuchamt die Zurückweisung des Antrages nunmehr auch auf das Fehlen weiterer Bewilligungen gestützt hat, erachtet die Beteiligte die angeführte Entscheidung des OLG München vom 4. Juli 2014 für unrichtig. Das OLG München verlange für eine Eintragung ohne Bewilligung der anderen Wohnungseigentümer zu Unrecht den vollen Nachweis dafür, dass das betroffene Sondernutzungsrecht nicht außerhalb des Grundbuchs an einen anderen Sondereigentümer abgetreten worden sei. Das Gericht gehe im Ansatz unzutreffend von der Übertragbarkeit eines Sondernutzungsrechts durch bloßen Abtretungsvertrag nach § 398 BGB und ohne Grundbucheintragung aus. Diese Möglichkeit bestehe nicht bei Sondernutzungsrechten, die jedenfalls zum Teil – nämlich hinsichtlich der negativen Komponente – durch Eintragung verdinglicht seien. Darüber hinaus könne der volle Nachweis der negativen Tatsache, dass eine Übertragung außerhalb des Grundbuchs nichts stattgefunden habe, nicht verlangt werden. Die Lebenserfahrung spreche nicht dafür, dass der Verkäufer einer Eigentumswohnung, der ein ihm zustehendes Sondernutzungsrecht bereits außergrundbuchlich an einen anderen Sondereigentümer abgetreten habe, dieses unter Hin- und zurücknahme straf- und zivilrechtlicher Konsequenzen noch einmal an den Käufer der Eigentumswohnung veräußere.

### Aus den Gründen:

#### II.

Die Beschwerde ist nach den §§ 71 ff. GBO zulässig, hat jedoch in der Sache keinen Erfolg. Das Grundbuchamt hat den Antrag auf Eintragung eines Vermerks über die Zuordnung eines Sondernutzungsrechts zum Wohnungseigentum der Beteiligten im Ergebnis zu Recht zurückgewiesen.

Die Zurückweisung ist allerdings zunächst mit der für den konkreten Fall unzutreffenden Begründung erfolgt, die Beteiligte habe keinen Rechtsanspruch auf eine ausdrückliche Verlautbarung des Sondernutzungsrechts an dem Stellplatz Nr. 11 in ihrem Grundbuch, weil das zur betroffenen Einheit gehörende Sondernutzungsrecht bereits durch Bezugnahme auf die Teilungserklärung im Grundbuch eingetragen sei. Eine Eintragung mit diesem Inhalt liegt nicht vor (1.).

Die zusätzliche Begründung des Grundbuchamts im Nichtabhilfebeschluss, wonach die begehrte Eintragung des Sondernutzungsrechts von der Bewilligung der übrigen Wohnungseigentümer abhängig sei, steht zu den ur-

sprünglichen Erwägungen der Rechtspflegerin im Widerspruch. Wenn ein Sondernutzungsrecht an einem bestimmten Stellplatz bereits durch Bezugnahme eingetragen wäre, käme es für die Eintragung eines klarstellenden Vermerks gerade nicht auf die Bewilligungen anderer Wohnungseigentümer der Gemeinschaft an, weil diese von der Eintragung nicht mehr betroffen wären. Die im Nichtabhilfebeschluss zusätzlich angestellten Erwägungen des Grundbuchamtes sind indes im Kern richtig. Die beantragte Eintragung eines Sondernutzungsrechts im Wohnungsgrundbuch der Beteiligten kann nicht allein aufgrund ihrer eigenen Bewilligung erfolgen (2.).

#### 1.

### Zum Anspruchs des Sondernutzungsberechtigten auf Verlautbarung seines Rechts im Bestandsverzeichnis

Die vom Grundbuchamt zunächst angeführte unveröffentlichte Entscheidung des Senats vom 27. April 2011 (Az. 2 W 121/10), die für ein anderes Wohnungseigentum in Westerland ergangen ist, bezieht sich auf eine Konstellation, in der ein bestimmtes Sondernutzungsrecht bereits wirksam durch Bezugnahme auf die Teilungserklärung eingetragen worden war. In einem solchen Fall hat der Wohnungseigentümer keinen Rechtsanspruch auf eine ausdrückliche Verlautbarung des Sondernutzungsrechts im Bestandsverzeichnis seines Wohnungsgrundbuchs (Senat a.a.O.; OLG München, ZWE 2013, S. 404 = BeckRS 2013, 11716 m.w.N.). Die Fassung des Eintragungsvermerks steht im Ermessen des Grundbuchamts, und die Bezugnahme nach den §§ 7 Abs. 3 WEG, 3 Abs. 2 WGV ist auch im Hinblick auf das Bestehen und die Zuordnung von Sondernutzungsrechten ausreichend.

Aus diesen Grundsätzen lässt sich jedoch für den konkreten Fall nichts herleiten. Durch die Bezugnahme auf die Teilungserklärung vom 26. August 1970 ist nicht als Inhalt des Sondereigentums eingetragen, dass zu der betroffenen Einheit ein Sondernutzungsrecht an einem Pkw-Stellplatz gehört (a.). Das Grundbuchamt hat ein Bedürfnis für eine ausdrückliche Verlautbarung des Sondernutzungsrechts auch zu Unrecht mit der Begründung verneint, dass die negative Wirkung des Rechts (Ausschluss der anderen Wohnungseigentümer) verdinglicht sei und die positive Zuteilung des Stellplatzes zu einer bestimmten Einheit nicht eingetragen werden müsse (b.).

#### a.

### Zugunsten des Beschwerdeführers ist kein Sondernutzungsrecht eingetragen

Ob in der Teilungserklärung vom 26. August 1970, auf die bei der Eintragung des Wohnungseigentums am 22. März 1971 Bezug genommen worden ist, überhaupt wirksam Sondernutzungsrechte an Kfz-Stellplätzen begründet worden sind (dazu unten 2.), kann an dieser Stelle noch dahinstehen. Jedenfalls ist über die Bezugnahme keine Zuordnung eines Stellplatzes zu der betroffenen Wohnung Nr. 14 (Einheit gemäß lfd. Nr. 13 in § 1 Ziff. 1) der Teilungsurkunde) eingetragen. Die Rechtsauffassung, die das Grundbuchamt im Schreiben vom 2. Februar 2016 vertreten hat, ist – wie auch schon die entsprechende Einschätzung eine anderen Rechtspflegers in seiner Auskunft an die damalige Wohnungseigentümerin (...) vom 24. Juni 2008 (ONr. ...) – nicht richtig.

In Bezug auf die zur Anlage gehörenden Kfz-Stellplätze enthält die Teilungserklärung nur die oben zitierte Rege-

lung in § 4 Nr. 6, wonach „die Parkplätze“ nicht dem allgemeinen Gebrauch dienen, sondern ausschließlich vom demjenigen genutzt werden, „der sie käuflich erworben hat“. Im Übrigen stehen die Parkplätze danach dem „dem jeweiligen Eigentümer des in § 1 Ziffer 29 aufgeführten Miteigentumsanteils zur Verfügung“. Durch die Eintragung dieser Erklärung wäre allenfalls ein Sondernutzungsrecht an sämtlichen Stellplätzen zu Gunsten der Einheit gemäß lfd. Nr. 19 in § 1 Ziff. 1 der Teilungskunde (Teileigentumseinheit/Hotel) verdinglicht worden. Insoweit unterscheidet die Angelegenheit sich maßgeblich von dem Fall, der der Entscheidung des Senats zum Az. 2 W 121/10 zugrunde lag. Dort waren in der Teilungserklärung bzw. in Ergänzungserklärungen des teilenden Eigentümers, welche durch Bezugnahme in das Grundbuch eingetragen wurden, Sondernutzungsrecht an bestimmten Stellplätzen begründet und jeweils bestimmten Einheiten zugeordnet worden.

Von dieser Gestaltungsmöglichkeit hat der teilende Eigentümer (...) nicht Gebrauch gemacht, sondern eine unbestimmte Formulierung gewählt, wonach er „die Parkplätze“ demjenigen zur Nutzung zuordnet, „der sie käuflich erworben hat“. Dies verwundert umso mehr, als eine hinreichend bestimmte Zuordnung von Sondernutzungsrechten an genau bezeichneten Stellflächen zu jeweils bestimmten Einheiten bereits bei Abgabe der Teilungserklärung am 26. August 1970 ohne Weiteres möglich war. Der teilende Eigentümer (...) wusste zu diesem Zeitpunkt, an welche Käufer er die einzelnen Einheiten verkauft hatte und welcher Stellplatz jeweils dazugehören sollte. Den entsprechenden Vertrag mit dem Erstkäufer der betroffenen Wohnung, (...), hatte er bereits im Oktober 1968 abgeschlossen. Die Auflassungsvormerkungen für alle 28 Wohnungskäufer waren in der Zeit von Oktober 1968 bis Januar 1970 in Abt. II Nrn. 2 bis 29 des Grundbuchs eingetragen worden. Der Verkauf sollte im Zeitpunkt der Teilung (August 1970) gerade nicht in der Zukunft liegen und konnte nicht Gegenstand einer aufschiebenden Bedingung für die Zuordnung eines Sondernutzungsrechts sein. Gleichwohl hat (...) in der Teilungserklärung nicht angegeben, welcher Stellplatz welcher Einheit zugeordnet werden soll.

#### **Die Sondernutzungsfläche wurde dem Käufer nur im Rahmen einer schuldrechtlichen Vereinbarung zugewiesen**

Den Grundakten lässt sich anhand der Urkunden vom 10. und 28. Oktober 1968 (ONrn. ... und ... – Angebot des Verkäufers und Annahme des Käufers) entnehmen, dass der verkaufte Miteigentumsanteil auch „zur dauernden und ausschließlichen Benutzung des mit Nr. 11 bezeichneten Pkw-Abstellplatzes“ berechtigten sollte. Dies ist jedoch nur eine schuldrechtliche Vereinbarung. Eine entsprechende Eintragung im Grundbuch hat der teilende Eigentümer (...) nicht – auch nicht durch Bezugnahme in der Teilungserklärung auf den Kaufvertrag – bewilligt. In der Auflassungserklärung vom 25. Februar 1971 hat der Bevollmächtigte (...) sodann im Namen des teilenden Eigentümers und des Käufers (...) (nur) die Eintragung des Eigentumswechsels im Grundbuch und die Löschung der eingetragenen Vormerkung bewilligt. Dementsprechend ist auch bei der Eigentumsumschreibung auf (...) am 23. März 1971 keine Eintragung in Bezug auf die Zuordnung eines Sondernutzungsrechts zur betroffenen Einheit erfolgt.

b. Die Eintragung eines Vermerks über das Bestehen eines Sondernutzungsrechts an einem bestimmten Stellplatz kann des Weiteren nicht mit den Erwägungen im Schreiben des Grundbuchamts vom 18. März 2016 und im Zurückweisungsbeschluss vom 23. Juni 2016 abgelehnt werden. Ein Bedürfnis für die begehrte Eintragung ist nicht mit dem Argument zu verneinen, dass die negative Wirkung des Sondernutzungsrechts gegen die Sonderrechtsnachfolger der anderen Wohnungen bereits durch die Bezugnahme im Eintragungsvermerk verdinglicht sei und die positive Zuteilung des Stellplatzes an eine bestimmte Einheit nach § 746 BGB nicht verdinglicht und eingetragen werden müsse.

Ausgangspunkt für die Eintragung ist § 10 Abs. 3 WEG. Nach dieser Vorschrift wirken Vereinbarungen, durch die Wohnungseigentümer untereinander in Ergänzung oder Abweichung von Vorschriften des WEG regeln, nur dann gegen den Sondernachfolger eines Wohnungseigentümers, wenn sie als Inhalt des Sondereigentums im Grundbuch eingetragen sind. Wenn bei einem Sondernutzungsrecht von einer „negativen“ (Ausschluss der anderen Wohnungseigentümer von der Nutzung) und einer „positiven“ Komponente (Zuweisung an ein konkretes Sondereigentum) die Rede ist, hat dies insbesondere im Zusammenhang mit der zeitlich gestreckten Begründung von Sondernutzungsrechten durch den teilenden Eigentümer Bedeutung (vgl. BGH, NJW 2012, S. 676 ff.; DNotI-Report 2016, S. 117 ff.; Elzer, NZUM 2016, S. 529 ff.; Schultzy in: Jennißen, WEG, 4. Auflage, § 13 Rn. 78 ff.). Falls der teilende Eigentümer bei der Teilung noch nicht weiß, welches Sondernutzungsrecht beim Verkauf welcher Einheit zugeordnet werden soll, bestehen verschiedene Möglichkeiten einer nachträglichen Zuweisung. Dazu gehört die Gestaltung, zunächst nur den Ausschluss eines oder bestimmter Wohnungseigentümer von der Nutzung einer bestimmten Fläche in der Teilungserklärung zu regeln und sich die Zuweisung der Nutzung zu einer bestimmten Einheit vorzubehalten (BGH, NJW 2012, S. 676 ff. = DNotZ 2012, 528; Überblick zu den wesentlichen drei Gestaltungsmöglichkeiten der gestreckten Begründung von Sondernutzungsrechten DNotI-Report 2016, S. 118; siehe auch unten 2.a.).

Hier geht es indes schon im Ansatz nicht um einen Fall der zeitlich gestreckten Begründung von Sondernutzungsrechten. Der teilende Eigentümer (...) wusste bereits bei der Teilung am 26. August 1970, welchen Stellplatz er bei den Verkäufen welcher Wohnung zugeordnet hatte. Er hat es lediglich versäumt, dies durch geeignete Formulierungen – und sei es auch nur durch Verweisung auf bestimmte Kaufverträge – zum Gegenstand der Teilungserklärung zu machen (siehe oben).

#### **Zur Verdinglichung eines Sondernutzungsrechts muss auch dessen positive Komponente eingetragen werden**

Selbst in Fällen, in denen die negative und die positive Komponente eines Sondernutzungsrechts gesondert begründet werden, ist es im Übrigen zur Verdinglichung des Sondernutzungsrechtes in allen seinen Wirkungen nicht ausreichend, wenn nur der Ausschluss der anderen Wohnungs- bzw. Teileigentümer von der Nutzung eingetragen wird. Die volle Wirkung nach § 10 Abs. 3 WEG – dass nämlich der durch das Sondernutzungsrecht begünstigte Eigentümer alle anderen Eigentümer und deren Sonderrechtsnachfolger von der Nutzung der betroffenen Fläche

ausschließen kann – tritt nach herrschender und zutreffender Meinung nur ein, wenn das Sondernutzungsrecht im Wohnungsgrundbuch der begünstigten Einheit (ausdrücklich oder unter Bezugnahme) eingetragen wird (BayObLGZ 1985, 378 = DNotZ 1986, 479; OLG Frankfurt, ZWE 2016, S. 171 f. = BeckRS 2016, 02606; OLG Hamm, DNotZ 2000, S. 210 ff.; Schultzy in: Jennißen, a.a.O., § 13 Rn. 82; a.A. LG Stuttgart, BWNotZ 1990, S. 43, mit ablehnender Anmerkung Seidl, S. 43 f.). Es bleibt bei dem Grundsatz, dass im Immobiliarsachenrecht auch die Person des Berechtigten an die Eintragung im Grundbuch angeknüpft wird.

Das Grundbuchamt argumentiert unzutreffend, dass ein Sondernutzungsrecht zu Gunsten eines Sonderrechtsnachfolgers auch ohne Eintragung im Grundbuch wirke, so dass die Eintragung der Zuordnung nicht erforderlich sei. Es ist für sich zwar richtig, dass der Sonderrechtsnachfolger eines Begünstigten sich auf dessen Vereinbarungen mit den anderen Wohnungseigentümern auch dann berufen kann, wenn die jeweilige Abrede nicht im Grundbuch eingetragen ist (Senat, NJWE 1996, S. 84 f.; OLG Hamm, ZMR 1998, S. 718 ff.; Schultzy in: Jennißen, a.a.O., § 13 Rn. 106, m.w.N.) Damit ist aber ausschließlich bei einer Sonderrechtsnachfolge auf Seiten des Berechtigten die weitere Geltung der Vereinbarung auch ohne Eintragung gesichert. Nur solche Fälle betrafen die zitierten Entscheidungen des Senats und des OLG Hamm, die jeweils in streitigen Wohnungseigentums-sachen ergangen sind. Nicht geschützt ist der Berechtigte hingegen vor den Folgen einer Sonderrechtsnachfolge auf Seiten der übrigen Wohnungseigentümer. Er kann sein Sondernutzungsrecht dann im Hinblick auf § 10 Abs. 3 WEG ohne Eintragung nicht gegen die anderen Eigentümer durchsetzen (zur Abgrenzung beider Konstellationen Schultzy in: Jennißen, a.a.O., § 13 Rn. 104 und 106).

Da der teilende Eigentümer (...) im Jahre 1970 eine dinglich wirkende Zuweisung von Sondernutzungsrechten an die jeweiligen Wohnungseigentümer versäumt hat, besteht bei allen Käufern von Sondernutzungsrechten und deren Rechtsnachfolgern – also auch der Beteiligten – grundsätzlich ein Bedürfnis, dies nachzuholen.

2.

### **Zur Eintragung des Sondernutzungsrechts ist die Bewilligung des Betroffenen erforderlich**

Das Grundbuchamt hat jedoch im Nichtabhilfebeschluss zu Recht darauf abgestellt, dass die Beteiligte die Zuordnung eines dinglich wirkenden Sondernutzungsrechts an einem Pkw-Stellplatz zu ihrem Wohnungseigentum nicht ohne Mitwirkung der übrigen Wohnungseigentümer (und ggf. Dritter nach § 5 Abs. 4 WEG) nachholen kann.

a.

Gemäß § 19 GBO setzt eine Eintragung im Grundbuch grundsätzlich voraus, dass derjenige sie bewilligt, dessen Recht von ihr betroffen wird. Von der Eintragung eines Sondernutzungsrechts ist in diesem Sinne nicht der Begünstigte betroffen, sondern die Berechtigten derjenigen Einheiten, denen die Nutzung des entsprechenden Teils des Gemeinschaftseigentums nicht zugewiesen ist.

Die Bewilligung der übrigen Wohnungseigentümer ist zwar in der Praxis vielfach in Fällen der zeitlich gestreckten Begründung bzw. Zuweisung von Sondernutzungsrechten entbehrlich. So kann der teilende Eigentümer sich in der Teilungserklärung zur Abgabe der erforderli-

chen Erklärungen für alle Einheiten und damit zur einseitigen Zuweisung von Sondernutzungsrechten ermächtigen lassen (BGH, NJW 2012, S. 676 ff. = DNotZ 2012, 528). Er kann bei der Teilung auch bereits „auf Vorrat“ Sondernutzungsrechte begründen, diese einer bei ihm selbst verbleibenden Einheit zuweisen und sodann die Sondernutzungsrechte ohne Mitwirkung der übrigen Wohnungseigentümer auf die Käufer der jeweiligen Einheiten übertragen (vgl. BGHZ 73, 145). Ferner kann der teilende Eigentümer alle Wohnungseigentümer unter der aufschiebenden Bedingung vom Mitgebrauch ausschließen, dass er die ausschließliche Nutzung einem bestimmten Wohnungseigentümer zuordnet (vgl. DNotI-Report 2016, S. 118, m.w.N.).

Um einen solchen Fall, in dem der teilende Eigentümer nach der Teilung im Rahmen einer Ermächtigung ein Sondernutzungsrecht zuweist oder ein ihm zustehendes Recht überträgt, geht es bei dem Antrag der Beteiligten aber nicht. Es stellt sich auch nicht die Frage, bis zu welchem Zeitpunkt der teilende Eigentümer noch anstelle der anderen Wohnungseigentümer handeln kann (vgl. zu einem derartigen Fall OLG Frankfurt, ZWE 2016, S. 171 f. = BeckRS 2016, 02606). (...) ist nach der Eintragung des Wohnungseigentums im März 1971 überhaupt nicht mehr in dieser Richtung tätig geworden, sondern hat offenbar (unzutreffend) angenommen, die dinglich wirkende Zuordnung von Sondernutzungsrechten sei mit der allgemeinen Formulierung in § 4 Nr. 6 der Teilungsurkunde bereits erfolgt. Im aktuellen Verfahren soll vielmehr die Zuweisung eines Sondernutzungsrechts allein aufgrund einer eigenen Erklärung der Begünstigten erfolgen. Die Eintragung ist dementsprechend nicht nach Maßgabe des § 19 GBO möglich.

b.

### **Eine Grundbuchberichtigung kommt nicht in Betracht**

Einer Bewilligung des Betroffenen nach § 19 GBO bedarf es gemäß § 22 Abs. 1 S. 1 GBO allerdings nicht, wenn das Grundbuch berichtigt werden soll und die Unrichtigkeit in der Form des § 29 GBO nachgewiesen wird. Der Nachweis, dass ein dinglich wirkendes Sondernutzungsrecht als Inhalt des Sondereigentums der Beteiligten außerhalb des Grundbuchs entstanden ist und ihr zusteht, ist jedoch nicht geführt. Die Verdinglichung hängt nach § 10 Abs. 3 WEG, wie bereits ausgeführt, gerade von der Eintragung im Grundbuch ab. Eine Grundbuchberichtigung nach § 22 Abs. 1 S. 1 GBO durch nachträgliche Eintragung eines Sondernutzungsrechts zur Zuordnung bei einer bestimmten Einheit kommt nicht einmal in den Fällen in Betracht, in denen bereits die negative Komponente des Sondernutzungsrechts zum Grundbuchinhalt geworden ist (OLG Frankfurt, ZWE 2016, S. 171 f. = BeckRS 2016, 02606; OLG München, NotBZ 2014, S. 472 ff., ZWE 2012 S. 367 f. mit ablehnender Anmerkung Schmidt, S. 368 f.; OLG Zweibrücken, ZWE 2013, S. 410).

Ob das OLG München in der vom Grundbuchamt angeführten Entscheidung vom 4. Juli 2014 (NotBZ, S. 472 ff.) die Ablehnung der Grundbuchberichtigung zutreffend damit begründet hat, dass ein einmal entstandenes Sondernutzungsrecht außerhalb des Grundbuchs nach § 398 BGB auf einen Wohnungseigentümer übertragen worden sein könne und diese Möglichkeit nicht in der Form des § 29 GBO ausgeschlossen worden sei, hat die Beteiligte zwar zu Recht in Zweifel gezogen. Die Möglichkeit der Abtretung an einen anderen Wohnungseigen-

tümer nach den §§ 398, 399 BGB besteht in der Tat nur für bloß schuldrechtlich wirkende Sondernutzungsrecht (BGHZ 73, 145).

Den zitierten Entscheidungen ist zwar zumindest im Ergebnis zuzustimmen. Eine Grundbuchberichtigung nach § 22 Abs. 1 S. 1 GBO käme von vornherein nur in Betracht, wenn das Grundbuch unrichtig wäre, hier also ein dinglich wirkendes Sondernutzungsrecht entgegen der wahren Rechtslage nicht für die betroffene Einheit eingetragen wäre. Ein schuldrechtliches, außerhalb des Grundbuchs bestehendes und nach den §§ 398, 399 BGB übertragbares Sondernutzungsrecht könnte das Grundbuch hingegen nicht unrichtig machen. Wie bereits ausgeführt, ist die Zuweisung von Sondernutzungsrechten zu einzelnen Einheiten aufgrund der unzureichenden Erklärungen des teilenden Eigentümers (...) von Anfang an nicht zum Inhalt des Grundbuchs geworden, so dass eine dingliche Wirkung jedenfalls insoweit nicht eintreten konnte.

#### **Das Sondernutzungsrecht genügt nicht dem sachenrechtlichen Bestimmtheitserfordernis**

Vorsorglich wird die Beteiligte darauf hingewiesen, dass bei der Eintragung des Wohnungseigentums überhaupt keine Sondernutzungsrechte an Stellplätzen wirksam eingetragen worden sind, als auch nicht für die in § 4 Ziff. 6 der Teilungserklärung allein benannte Einheit zur lfd. Nr. 29 in § 1 Ziff. 1. Das Bestimmtheitserfordernis des Sachen- und Grundbuchsrechts gilt auch für das als Inhalt des Sondereigentums nach § 10 Abs. 3 WEG in das Grundbuch einzutragende Sondernutzungsrecht (BGH, NJW-RR 2012, S. 711 f.; OLG München, NJW-RR 2013, S. 1483 f.; OLG Hamm, DNotZ 2009, S. 383 ff.; Grziwotz in: Erman BGB, 14. Auflage, § 15 WEG Rn.9). Dem genügt die knappe Regelung in § 4 Ziff. 6 der Teilungserklärung vom 26. August 1970, auf die bei der Eintragung vom 22. März 1970 Bezug genommen wurde, nicht.

In der Teilungsurkunde wird nicht einmal die Zahl oder die Größe der möglichen Sondernutzungsflächen, geschweige denn deren Lage benannt. Die pauschale Bezeichnung, „die Parkplätze“ in § 4 Ziff. 6 ist jedenfalls nicht ausreichend. Der bei den Grundakten zum Grundbuchblatt (...) befindliche Aufteilungsplan zur Bescheinigung über die Wohnungsabgeschlossenheit enthält zwar auf dem Blatt für das Erdgeschoss auch eine dünner gedruckte Skizze der Außenanlagen. In der Nutzungsregelung betreffend „die Parkplätze“ wird aber – anders als bei der Beschreibung der Sondereigentumseinheiten in § 1 Ziff. 1 der Teilungserklärung – nicht einmal auf einen Plan Bezug genommen.

c.

Die fehlenden Bewilligungen der übrigen Wohnungseigentümer nach § 19 GBO hat das Grundbuchamt schließlich zu Recht nicht im Wege einer Zwischenverfügung nach § 18 GBO angefordert (so auch OLG Frankfurt, ZWE 2016, S. 171 f. = BeckRS 2016, 02606; OLG München, ZWE 2012, S. 367 f.). Der Eintragungsantrag war aufgrund dieses Mangels ohne vorherige Zwischenverfügung zurückzuweisen.

Eine Zwischenverfügung darf nämlich nur ergehen, wenn ein Eintragungshindernis mit rückwirkender Kraft zu beseitigen ist, da andernfalls dem Antrag nicht der Rang nach dem Eingang beim Grundbuchamt gebühren würde (vgl. nur Senat, FGPrax 2010, S. 282 ff., m.w.N.).

Bei einem nicht rückwirkend behebbaaren Eintragungshindernis ist der Antrag durch das Grundbuchamt sofort zurückzuweisen. Ein nicht mit rückwirkender Kraft zu beseitigendes Eintragungshindernis liegt unter anderem dann vor, wenn – wie hier – die zur Eintragung erforderliche Bewilligung des unmittelbar Betroffenen noch nicht erklärt ist (Senat, a.a.O.). ■

#### **4. Erbrecht – Zu den Voraussetzungen des Herausgabeanspruchs aus § 2287 Abs. 1 BGB**

(BGH, Beschluss vom 28.9.2016 – IV ZR 513/15)

BGB §§ 516, 2287 Abs. 1, 2325 Abs. 2, Abs. 3 S. 2 BewG § 14 Anlage 9

1. Bei der Prüfung der Voraussetzungen des § 2287 I BGB muss zwischen dem Vorliegen einer Schenkung einerseits und der Absicht des Erblassers, den Vertragserben zu beeinträchtigen, andererseits unterschieden werden.
2. Ein in einem Grundstücksübertragungsvertrag vorbehaltenen Nießbrauch sowie eine übernommene Pflegeverpflichtung sind bereits bei der Prüfung, ob eine (gemischte) Schenkung vorliegt, zu berücksichtigen.

#### **Zur Einordnung:**

Der BGH befasst sich in der nachfolgend abgedruckten Entscheidung mit den tatbestandlichen Voraussetzungen des § 2287 Abs. 1 BGB im Zusammenhang mit einem Grundstücksübertragungsvertrag, wobei über den Vertragsgegenstand bereits erbrechtlich bindend verfügt worden war.

Auch wenn ein Erblasser einen anderen mit erbvertraglicher Bindungswirkung von Todes wegen bedenkt, bleibt er in der Lage, über sein Vermögen unter Lebenden weiterhin unbeschränkt zu verfügen (§ 2286 BGB). Zum Schutz des verbindlich Bedachten gewährt § 2287 BGB bei Schenkungen mit Beeinträchtigungsabsicht einen Herausgabeanspruch gegen den Beschenkten. Gleiches gilt für bindend gewordene wechselbezügliche Verfügungen in Ehegattentestamenten (MüKoBGB/Musielak, 6. Aufl., § 2287 Rn. 2). Der Schenkungsbegriff ist dabei derselbe wie in § 516 BGB (BGH NJW 1982, 43 [44]; BeckOGK BGB/Müller, 1.9.16, § 2287 Rn. 14). Erforderlich ist deshalb in objektiver Hinsicht, dass der Schenker den Beschenkten durch Zuwendung eines Vermögensgegenstands bereichert und subjektiv beide sich darüber einig sind, dass die Zuwendung unentgeltlich erfolgt (BGH NZG 2013, 53 [54]; MüKoBGB/Koch, 7. Aufl., § 516 Rn. 24). Trotz Vorliegen einer Schenkung scheidet ein Anspruch aus § 2287 BGB aus, wenn der Schenker nicht in Beeinträchtigungsabsicht gehandelt hat. Das ist der Fall, wenn der Schenker an der Schenkung ein anerkanntes wertvolles lebenslanges Eigeninteresse hat (ständige Rechtsprechung, vgl. BGH NJW-RR 2012, 207 [208] mwN). Ein solches Interesse wird in der Praxis oftmals darin liegen, dass der Schenker seine Versorgung im Alter sichergestellt wissen will (BGH NJW 1982, 43 [45]; OLG Köln MittRhNotK 1995, 186 [187]; BeckOGK BGB/Müller, 1.9.16, § 2287 Rn. 69). Die Sicherstellung der Altersversorgung kann der Schenker auch dadurch erreichen wollen, dass er eine ihm nahestehende Person durch Schenkungen an sich bindet (BGH NJW 1992, 2630 [2631]).

Der BGH betont in seiner Entscheidung die Zweistufigkeit des Herausgabetatbestandes. Zunächst ist festzustellen, ob überhaupt eine – zumindest gemischte – Schenkung vorliegt. Dabei wird ein für den Veräußerer eingeräumter Nießbrauch und ggf. auch ein vorbehaltenes Rückübertragungsrecht als wertmindernd berücksichtigt. Auch der Wert einer vom Erwerber übernommenen Pflegeverpflichtung ist ausgehend von einer Prognoseentscheidung der Beteiligten wertmäßig in Abzug zu bringen. Dabei hält der BGH eine Orientierung an den Bewertungsvorschriften des BewG für sachgerecht. Erst in einem zweiten Schritt ist sodann zu prüfen, ob ein lebzeitiges Eigeninteresse des Übergebers vorlag. Allein aus der Tatsache, dass die Pflege des Schenkers nur bei Bedarf erfolgen soll, kann nicht auf das Fehlen eines Eigeninteresses geschlossen werden.

Für die notarielle Praxis unterstreicht das Urteil die Notwendigkeit, die Motivation des Schenkers in der Urkunde wiederzugeben. Wenn nach den objektiven Wertverhältnissen und den Vorstellungen der Beteiligten nicht von Unentgeltlichkeit auszugehen ist, sollte dies folglich in der Urkunde dokumentiert, und nicht lediglich das lebzeitige Eigeninteresse des Übergebers erörtert werden.

*Die Schriftleitung (TH)*

## Zum Sachverhalt:

Der Kläger begehrt von der Beklagten, seiner Schwester, Zahlung von 60.000 € wegen einer beeinträchtigenden Schenkung. Die Eltern der Parteien setzten sich mit Testament vom 14. Juni 1995 wechselseitig zu Erben sowie die Parteien zu gleichen Teilen als Erben des Längstlebenden ein. Nach dem Tod der Mutter im Jahr 1995 übertrug der 1928 geborene Vater der Parteien (im Folgenden: Erblasser) mit Vertrag vom 26. Januar 1999 sein mit einem Einfamilienhaus bebautes Grundstück auf die Beklagte. Der Erblasser behielt sich an dem gesamten Grundstück ein lebenslanges Nießbrauchsrecht sowie ein unter näher genannten Voraussetzungen ausübbares vertragliches Rücktrittsrecht vor. Ferner verpflichtete sich die Beklagte, den Erblasser „Zeit seines Lebens in gesunden und kranken Tagen, jedoch nur bei Bedarf, in seiner Wohnung vollständig und unentgeltlich zu pflegen und zu betreuen bzw. ihn kostenlos pflegen und betreuen zu lassen“. Der Verkehrswert des Grundstücks wurde mit 140.000 DM angegeben. Der Erblasser verstarb am 17. August 2012. Er hatte bis kurz vor seinem Tod in dem Haus gewohnt, ohne pflegebedürftig geworden zu sein. Mit Vertrag vom 29. November 2012 veräußerte die Beklagte das Grundstück für 120.000 €.

Der Kläger nimmt die Beklagte – soweit für das Revisionsverfahren noch von Interesse – auf Zahlung von 60.000 € nebst Zinsen wegen der nach seiner Auffassung beeinträchtigenden Schenkung des Grundstücks in Anspruch. Die Beklagte meint, wegen des vertraglich vereinbarten Nießbrauchs, des Rücktrittsvorbehalts und der Pflegeverpflichtung liege bereits keine Schenkung vor. Außerdem habe der Erblasser wegen der Pflegeverpflichtung ein lebzeitiges Eigeninteresse an der Übertragung des Grundstücks gehabt.

Das Landgericht hat unter Abweisung der weitergehenden Klage die Beklagte verurteilt, an den Kläger 60.000 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 15. Oktober 2014 zu zahlen. Das Kammergericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Mit der Revision erstrebt sie weiterhin die Abweisung der Klage.

## Aus den Gründen:

Das Rechtsmittel führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I. Es hat ausgeführt, dem Kläger stehe gegen die Beklagte ein Anspruch auf Zahlung von 60.000 € wegen einer beeinträchtigenden Schenkung in entsprechender Anwendung von § 2287 Abs. 1 BGB zu. Die Grenze zwischen den Fallgestaltungen des Missbrauchs und Fällen, in denen der Vertragserbe schutzlos bleibe, werde mit Hilfe der Frage nach dem lebzeitigen Eigeninteresse des Erblassers gezogen. Im Vordergrund stehe dabei eine Missbrauchsprüfung, bei der aus den objektiven Kriterien Rückschlüsse auf die subjektive Einstellung des Erblassers gezogen werden könnten. Diese Abwägung ergebe, dass kein nachvollziehbares Eigeninteresse des Erblassers an der Schenkung vorgelegen habe. Das Nießbrauchsrecht sei bei der Frage, ob es sich um eine Schenkung handele, nicht zu berücksichtigen. Der Erblasser habe schon vor dem Überlassungsvertrag in dem Haus gewohnt. Nach seinem Tod habe die Beklagte allein über das Grundstück Verfügungsberechtigt sein sollen, ohne dass sie bezogen auf das mit dem Nießbrauch verbundene Wohnrecht des Erblassers eine Gegenleistung zu erbringen gehabt habe. Die vereinbarte Pflegeverpflichtung stehe der Beeinträchtigungsabsicht ebenfalls nicht entgegen. Der Erblasser habe sich im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bester Gesundheit erfreut. Die Übernahme der Pflegeverpflichtung sei daher ohne messbaren wirtschaftlichen Wert. Die Beklagte habe auch in der Folgezeit keine Pflegeleistungen erbracht. Es habe lediglich die abstrakte Gefahr bestanden, eines Tages pflegebedürftig zu werden. Zutreffend sei zwar, dass die Benachteiligungsabsicht vom Kläger zu beweisen sei. Diesen Beweis müsse er aber nur dann führen, wenn dazu streitige Tatsachen vorlägen, was hier nicht der Fall sei. Unter Berücksichtigung dieser Umstände überwiege damit die Unentgeltlichkeit der Überlassung des Grundstücks, so dass noch nicht einmal von einer gemischten Schenkung gesprochen werden könne. Schließlich sei bei der Wertberechnung nicht auf den Zeitpunkt der Zuwendung, sondern den des Todes des Erblassers abzustellen. In diesem Zeitpunkt habe das nur kurze Zeit später veräußerte Grundstück einen Wert von 120.000 € gehabt.

II. Das hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Mit der gegebenen Begründung durfte das Berufungsgericht der Klage nicht stattgeben.

### **§ 2287 Abs. 1 BGB gilt entsprechend bei wechselbezüglichen Verfügungen in einem Ehegattentestament**

1. Zutreffend geht es noch davon aus, dass dem Kläger gegen die Beklagte dem Grunde nach ein Anspruch aus § 2287 Abs. 1 BGB wegen einer beeinträchtigenden Schenkung zustehen könnte. Die Regelung ist auf wechselbezügliche letztwillige Verfügungen eines gemeinschaftlichen Testaments, das – wie hier – nach dem Tod

des erstverstorbenen Ehegatten unwiderruflich geworden ist, entsprechend anzuwenden (zuletzt Senatsbeschluss vom 26. Oktober 2011 – IV ZR 72/11, ZEV 2012, 37 Rn. 7 und ständig).

### **Die Anwendung der Norm setzt zunächst voraus, dass eine (ggf. gemischte) Schenkung vorliegt**

a) Ein Anspruch aus § 2287 Abs. 1 BGB setzt zunächst das Vorliegen einer Schenkung voraus, unter der eine solche im Sinne von § 516 BGB zu verstehen ist (Senatsurteil vom 23. September 1981 – IVa ZR 185/80, BGHZ 82, 274, 281; MünchKomm-BGB/Musielak, 6. Aufl. § 2287 Rn. 3). Soweit das Berufungsgericht ausführt, bei der Überlassung des Grundstücks könne „noch nicht einmal“ von einer gemischten Schenkung gesprochen werden, beruht dies auf einem entscheidungserheblichen Rechtsfehler. Das Berufungsgericht trennt bei der Prüfung der Tatbestandsvoraussetzungen des § 2287 Abs. 1 BGB nicht zwischen dem Vorliegen einer (gemischten) Schenkung einerseits und der Absicht des Erblassers, den Vertragserben zu beeinträchtigen, andererseits. Es handelt sich um zwei selbständige Tatbestandsvoraussetzungen, die unabhängig voneinander vorliegen müssen.

### **Bei der Beurteilung einer Schenkung ist ein vorbehaltenen Nießbrauch mit seinem kapitalisierten Wert zu berücksichtigen**

b) Zu Unrecht nimmt das Berufungsgericht an, bei der Frage, ob eine Schenkung vorliege, sei der Nießbrauch nicht zu berücksichtigen. Tatsächlich mindern dingliche Belastungen und damit auch ein vorbehaltenen Nießbrauch von vornherein den Wert eines schenkungsweise zugewendeten Grundstücks und sind daher bei der Berechnung des Werts in Abzug zu bringen (Senatsurteil vom 6. März 1996 – IV ZR 374/94, ZEV 1996, 197 unter II 2 b; BGH, Urteile vom 11. April 2000 – X ZR 246/98, NJ 2000, 598 unter 1 d; vom 7. April 1989 – V ZR 252/87, BGHZ 107, 156, 159 f.). An dieser Rechtsprechung ist auch unter Berücksichtigung des Vorbringens der Revisionserwiderung festzuhalten. Anders als die Revisionserwiderung meint, kommt es auf die Wertungen des § 2325 BGB hier nicht an, da sich die dortigen Fragen (Niederstwertprinzip des § 2325 Abs. 2 BGB, Zehnjahresfrist des § 2325 Abs. 3 Satz 2 BGB) bei § 2287 BGB nicht stellen.

Der vorbehaltenen Nießbrauch ist mit dem kapitalisierten Wert der hieraus zu ziehenden Nutzungen anzusetzen (Senatsurteil vom 17. Januar 1996 – IV ZR 214/94, ZEV 1996, 186 unter 3 c). Zur Kapitalisierung ist der jährliche Nettoertrag des Nießbrauchs mit der Lebenserwartung des Nießbrauchers auf der Grundlage des Vervielfältigungsfaktors gemäß Anlage 9 zu § 14 Bewertungsgesetz in der zum Zeitpunkt der Grundstücksübertragung gültigen Fassung vom 23. Juni 1993 (BGBl. 1993 I S. 971) zu multiplizieren (zu dieser Berechnungsmethode vgl. OLG Celle FamRZ 2009, 462, 463; ZEV 2003, 83, 84; OLG Koblenz ZEV 2002, 460, 461 = RNotZ 2002, 437). Hieraus ergibt sich für den im Zeitpunkt der Grundstücksübertragung 71-jährigen Erblasser ein Vervielfältigungsfaktor von 7,206. Auf dieser Grundlage wird das Berufungsgericht die erforderlichen Feststellungen zur Höhe des Jahresnutzungswerts des Nießbrauchs – gegebenenfalls nach ergänzendem Vortrag der Parteien – zu treffen haben.

### **Ebenfalls zu berücksichtigen ist eine übernommene Pflegeverpflichtung des Beschenkten**

c) Ebenfalls mit Rechtsfehlern behaftet ist die Auffassung des Berufungsgerichts, die im Überlassungsvertrag von der Beklagten übernommene Pflegeverpflichtung – soweit wirksam verändert – sei nicht zu berücksichtigen, da der Erblasser nicht pflegebedürftig gewesen sei und bis wenige Wochen vor seinem Tod selbstbestimmt allein in seinem Haus gelebt habe. Hierbei verkennt das Berufungsgericht, dass maßgeblicher Zeitpunkt für die Berechnung des Wertes der vertraglich versprochenen Pflegeleistungen der Vertragsabschluss ist (BGH, Urteil vom 11. April 2000 – X ZR 246/98, NJ 2000, 598 unter 1 e; OLG Celle FamRZ 2009, 462, 463; OLG Koblenz ZEV 2002, 460, 461). Maßgebend für die Bewertung ist nicht die spätere tatsächliche Entwicklung der Umstände, insbesondere eine eingetretene Pflegebedürftigkeit des Erblassers, sondern die Prognoseentscheidung der Parteien anhand einer subjektiven Bewertung im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses. Hier kann – ähnlich wie bei der Bewertung des Nießbrauchs – eine Berechnung anhand des Produktes von Vervielfältigungsfaktor gemäß Anlage 9 zu § 14 Bewertungsgesetz in Verbindung mit der jährlichen Pflegeleistung vorgenommen werden (vgl. OLG Celle FamRZ 2009, 462, 463; zu anderen Möglichkeiten der Berechnung vgl. DeutschErbRK-Gemmer, 2. Aufl. § 2325 Rn. 26). Zu diesem Wert der jährlich anzusetzenden Pflegeleistungen wird das Berufungsgericht – auch hier nach eventuellem ergänzendem Vortrag der Parteien – gegebenenfalls die erforderlichen Feststellungen zu treffen haben. Im Zusammenhang mit den hier zu treffenden Feststellungen kann es im Rahmen der Bewertung der Jahresleistung der übernommenen Pflegeverpflichtung mit in Rechnung zu stellen sein, von welchem möglichen Pflegeaufwand der Erblasser und die Beklagte bei Vertragsschluss ausgegangen sind.

### **Es kommt auch eine Wertminderung des Übertragungsgegenstandes durch den Vorbehalt von Rücktrittsrechten in Betracht**

d) Schließlich wird das Berufungsgericht zu bewerten haben, ob und inwieweit das dem Erblasser vorbehaltene Rücktrittsrecht vom Vertrag als wirtschaftlicher Nachteil wertmindernd in Rechnung zu stellen ist (vgl. hierzu etwa OLG Koblenz ZEV 2002, 460, 461). Entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung führt dieses dem Erblasser vorbehaltene Rücktrittsrecht, welches er nur unter bestimmten Voraussetzungen ausüben darf, allerdings nicht dazu, dass von einer Schenkung bereits von vornherein nicht mit Abschluss des Übergabevertrages vom 26. Januar 1999, sondern erst mit dem Tod des Erblassers auszugehen wäre.

### **Für den Anspruch aus § 2287 BGB ist weiter erforderlich, dass kein lebzeitiges Eigeninteresse an der Schenkung bestand**

2. Sollte das Berufungsgericht auf der Grundlage der nachzuholenden Feststellungen zu dem Ergebnis gelangen, dass eine – zumindest gemischte – Schenkung im Sinne des § 2287 BGB vorliegt, so wird es weiter zu prüfen haben, ob der Erblasser hierbei in der Absicht gehandelt hat, den Kläger zu beeinträchtigen. Erforderlich hierfür ist, dass der Erblasser das ihm verbliebene Recht zu lebzeitigen Verfügungen missbraucht hat. Ein solcher Missbrauch liegt nicht vor, wenn der Erblasser ein lebzeitiges Eigeninteresse an der von ihm vorgenommenen

Schenkung hatte (Senatsbeschluss vom 26. Oktober 2011 – IV ZR 72/11, ZEV 2012, 37 Rn. 11 mwN). Ein lebzeitiges Eigeninteresse ist anzunehmen, wenn nach dem Urteil eines objektiven Beobachters die Verfügung in Anbetracht der gegebenen Umstände auch unter Berücksichtigung der erbvertraglichen Bindung als billigenswert und gerechtfertigt erscheint (Senatsbeschluss aaO). Ein derartiges Interesse kommt etwa dann in Betracht, wenn es dem Erblasser im Alter um seine Versorgung und gegebenenfalls auch Pflege geht (Senatsbeschluss aaO; ferner Senatsurteile vom 27. Januar 1982 – IVa ZR 240/80, BGHZ 83, 44, 46; vom 23. September 1981 – IVa ZR 185/80, NJW 1982, 43 unter 3; insoweit in BGHZ 82, 274 nicht abgedruckt) oder wenn der Erblasser in der Erfüllung einer sittlichen Verpflichtung handelt, er etwa mit dem Geschenk einer Person, die ihm in besonderem Maße geholfen hat, seinen Dank abstellen will (Senatsurteil vom 27. Januar 1982 aaO). Beweispflichtig für die Schenkung ohne rechtfertigendes lebzeitiges Eigeninteresse ist der Vertrags- bzw. Schlusserbe (Senatsurteil vom 23. September 1981, BGHZ 82, 274, 282).

### **Eine bedarfsorientierte Pflegeverpflichtung ist grundsätzlich geeignet, ein lebzeitiges Eigeninteresse zu begründen**

Auf dieser Grundlage wird das Berufungsgericht das lebzeitige Eigeninteresse des Erblassers nicht mit der bisher gegebenen Begründung verneinen können. Allein aus dem Umstand, dass eine Pflege durch den Beschenkten nur bei Bedarf erfolgen soll, kann nicht auf ein fehlendes lebzeitiges Eigeninteresse des Schenkers geschlossen werden. Das Bedürfnis eines alleinstehenden Erblassers nach einer seinen persönlichen Vorstellungen entsprechenden Versorgung und Pflege im Alter ist auch dann ein vom Vertragserben anzuerkennendes lebzeitiges Eigeninteresse, wenn der Erblasser es dadurch zu verwirklichen sucht, dass er eine ihm nahestehende Person durch eine Schenkung an sich bindet (vgl. Senatsurteil vom 17. Juni 1992 – IV ZR 88/91, NJW 1992, 2630 unter II 2). Anderes kommt in Betracht, wenn der darlegungs- und beweispflichtige Kläger nachweist, dass entweder ein lebzeitiges Eigeninteresse überhaupt nicht bestand oder die vorgebrachten Gründe den Erblasser in Wahrheit nicht zu der benachteiligenden Schenkung bewogen haben (Senatsurteil vom 23. September 1981 – IVa ZR 185/80, BGHZ 82, 274, 282). Hierzu wird das Berufungsgericht die erforderlichen Feststellungen nachzuholen haben.

### **Ob ein lebzeitiges Eigeninteresse in Bezug auf einen Teil des Schenkungsgegenstandes vorliegt, ist im Rahmen einer Gesamtabwägung zu entscheiden**

Vorsorglich weist der Senat für das weitere Verfahren darauf hin, dass ein lebzeitiges Eigeninteresse nicht zwingend für den gesamten Schenkungsgegenstand angenommen werden muss, sondern auch lediglich einen Teil der Schenkung zu rechtfertigen und insoweit einen Missbrauch der lebzeitigen Verfügungsmacht auszuschließen vermag (Senatsbeschluss vom 26. Oktober 2011 – IV ZR 72/11, ZEV 2012, 37 Rn. 14). Hierbei sind die Grundsätze der gemischten Schenkung entsprechend anzuwenden, wobei allerdings keine rein rechnerische Gegenüberstellung des Wertes der erbrachten Leistungen mit dem Grundstückswert vorzunehmen ist. Vielmehr hat auch unter Berücksichtigung des Umstandes, dass Leistungen in Zukunft erfolgen sollen und der Erblasser sich ihm erbrachte oder zu erbringende Leis-

tungen „etwas kosten lassen darf“, eine umfassende Gesamtabwägung zu erfolgen (Senatsurteil aaO).

### **Der Anspruch aus § 2287 BGB bemisst sich nach dem inflationsbereinigten Wert des Geschenks zum Zeitpunkt der Schenkung**

3. Falls auf dieser Grundlage ein Anspruch des Klägers gegen die Beklagte aus § 2287 Abs. 1 BGB in Betracht kommt, wird das Berufungsgericht weiter zu beachten haben, dass es hinsichtlich der Wertberechnung des Grundstücks entgegen der von ihm geäußerten Auffassung nicht auf den Zeitpunkt des Erbfallbeschlusses, sondern auf die Wertverhältnisse zur Zeit der Zuwendung unter Berücksichtigung des Kaufkraftschwundes ankommt (Senatsurteile vom 23. September 1981 – IVa ZR 185/80, BGHZ 82, 274, 278 f.; vom 4. Juli 1975 – IV ZR 3/74, BGHZ 65, 75, 77).

Soweit das Berufungsgericht demgegenüber auf den Beschluss des Senats vom 30. März 2011 abstellt, verkennt es, dass diesem eine besonders gelagerte Ausgleichsregelung in der letztwilligen Verfügung zugrunde lag, die einen Rückgriff auf die allgemeinen Grundsätze ausschloss (IV ZR 205/10, juris Rn. 5; so auch die Fallgestaltung OLG Schleswig SchlHA 2012, 21). ■

## **5. Erbrecht – Zur Vermutung der Richtigkeit eines Erbscheins im Grundbuchverfahren**

(OLG München, Beschluss vom 17.10.2016 – 34 Wx 252/16)

AVWpG §§ 4, 8 Abs. 4  
 BGB §§ 2353, 2361, 2365  
 FamFG §§ 7 Abs. 1, 38 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 3, 40 Abs. 1, 41 Abs. 1, 353  
 GBO §§ 13, 15 Abs. 2, 22, 29, 30, 35, 71, 75, 78  
 GNotKG §§ 22 Abs. 1, 36 Abs. 1  
 RPfG § 11 Abs. 1  
 WappenG Art. 2 Abs. 3

1. Der im Original unterschriebene und in Ausfertigung an den Beteiligten hinausgegebene Beschluss, der einen (Berichtigungs-)Antrag zurückweist, ist auch dann wirksam erlassen, wenn auf ihm das Datum der Übergabe an die Geschäftsstelle nicht vermerkt ist. Er wird mit dem Zugang beim Beteiligten wirksam, wenn der Notar, der einen gleichlautenden Berichtigungsantrag beurkundet hat, im Grundbuchverfahren weder als Bevollmächtigter noch als Bote aufgetreten ist.
2. Im Grundbuchverfahren ist die Vermutung der Richtigkeit des Erbscheins bis zu dessen Einziehung oder Kraftloserklärung zu beachten, wenn dem Grundbuchamt nicht neue, vom Nachlassgericht nicht berücksichtigte Tatsachen bekannt werden, die die Unrichtigkeit des Erbscheins erweisen und seine Einziehung erwarten lassen.

### **Zur Einordnung**

Gem. § 35 Abs. 1 GBO kann der Nachweis der Erbfolge im Grundbuchverfahren – sofern keine öffentlich beurkundete Verfügung von Todes existiert – nur durch einen Erbschein oder ein Europäisches Nachlasszeugnis geführt werden. Das OLG München hatte sich in der

nachstehend abgedruckten Entscheidung mit einem Fall zu beschäftigen, in dem eine von dem bereits erteilten Erbschein abweichende Erbfolge ins Grundbuch eingetragen werden sollte.

Gem. § 2365 BGB wird vermutet, dass demjenigen, welcher in dem Erbschein als Erbe bezeichnet ist, das in dem Erbschein angegebene Erbrecht auch zusteht und er nicht durch andere als die angegebenen Anordnungen beschränkt ist. Die Vermutung setzt dabei voraus, dass sich der Erbschein in Kraft befindet, er also wirksam erteilt wurde und weder durch Einziehung oder Kraftloserklärung nach § 2361 BGB bzw. Herausgabe an das Nachlassgericht nach § 2362 Abs. 1 BGB kraftlos geworden ist (MüKoBGB/J. Mayer, 6. Aufl. 2013, § 2365 Rn. 3). Für das Grundbuchverfahren hat der Erbschein über die Vermutungswirkung des § 2365 BGB hinaus nach § 35 Abs. 1 GBO volle Beweiskraft für das Bestehen des bezeugten Erbrechts (OLG Köln FGPrax 2012, 57; Demharter, GBO, 30. Aufl. 2016, § 35 Rn. 27, 29; für bloße Vermutungswirkung: Meikel/Krause, GBO, 11. Aufl. 2015, § 35 Rn. 10). An die im Erbschein bezeugte Erbfolge ist das Grundbuchamt daher grundsätzlich gebunden (OLG München RNotZ 2012, 286 [288] mAnm Schriftleitung; OLG Köln FGPrax 2012, 57; OLG Bremen FamRZ 2012, 335; BayObLG DNotZ 1998, 138 [140]). Nur wenn das Grundbuchamt neue, vom Nachlassgericht offenbar nicht berücksichtigte Tatsachen kennt, die die ursprüngliche oder nachträgliche Unrichtigkeit des Erbscheins in irgendeinem Punkt erweisen und daher seine Einziehung durch das Nachlassgericht erwarten lassen, darf der Erbschein der Eintragung nicht mehr zugrunde gelegt werden (BayObLG DNotZ 1998, 138 [140]; Demharter, GBO, § 35 Rn. 26 mwN). In diesem Fall soll das Grundbuchamt durch eine Mitteilung an das Nachlassgericht die Überprüfung des Erbscheins veranlassen (BayObLGZ 1990, 51 [57]; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rn. 785). Bleibt das Nachlassgericht bei seiner Auffassung und zieht den Erbschein nicht ein, ist das Grundbuchamt an diese Entscheidung gebunden (Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rn. 785).

Unter Anwendung der vorstehenden Grundsätze kommt das OLG München in seiner Entscheidung zu dem Ergebnis, dass ein Grundbuchberichtigungsantrag grundsätzlich zurückzuweisen ist, wenn er auf Eintragung einer von dem Erbschein abweichenden Erbfolge gerichtet ist und die Erteilung eines entsprechenden neuen Erbscheins nicht zu erwarten ist. Eine Zwischenverfügung kommt in diesem Fall nicht mehr in Betracht. Kein neuer Erbschein ist zu erwarten, wenn sich das Nachlassgericht bereits mit den gegen die Richtigkeit des Erbscheins vorgebrachten Tatsachen befasst hat und dabei zu dem Ergebnis gekommen ist, dass der Erbschein nicht einzuziehen ist. Keine Einziehung des Erbscheins ist zudem im Falle einer zwischenzeitlichen Erbteilsübertragung zu erwarten, da eine solche die Richtigkeit des Erbscheins nicht berührt (BeckOK BGB/Siegmann/Höger, 40. Ed., 1.5.2016, § 2361 Rn. 2a) und die Berichtigung des Grundbuchs in diesem Fall die Voreintragung aller Erben voraussetzt (BayObLGZ 1994, 158).

Die Entscheidung verdeutlicht nochmals die Bedeutung des Erbscheins im Grundbuchverfahren. Die Entscheidung des Nachlassgerichts über den Inhalt des Erbscheins, bindet grundsätzlich das Grundbuchamt.

Aber auch bei einem Nachweis der Erbfolge durch Vorlage eines öffentlichen Testaments darf sich das Grundbuchamt bei der Feststellung der Erbfolge nicht in Widerspruch zu der ihm bekannten Auffassung des Nachlassgerichts setzen (Demharter, GBO, § 35 Rn. 46). Dies ist bei Anträgen auf Berichtigung des Grundbuchs nach einem Erbfall zu beachten.

*Die Schriftleitung (DH)*

### Zum Sachverhalt:

I. Die am 5.7.2013 verstorbene A.S. ist neben dem Beteiligten als Miteigentümerin von Grundbesitz (Bl. ... und Bl. ...) im Grundbuch eingetragen; eine letztwillige Verfügung hat sie nicht hinterlassen. Nach Aufforderung durch das Grundbuchamt, einen Berichtigungsantrag zu stellen, beantragte der Beteiligte am 25.9.2014, im Grundbuch die Eintragung der Erbfolge nach seiner Ehefrau unter Berücksichtigung der Erbausschlagung durch den leiblichen Sohn und der Erbteilsübertragung durch den nichtehelichen Sohn der Erblasserin vorzunehmen. Zum Nachweis der Erbfolge nach A.S. legte er einen Einheitswertbescheid („Zurechnungsfortschreibung auf den 1.1.2014“) sowie einen Grundsteuermessbescheid („Neuveranlagung auf den 1.1.2014“) des Finanzamts vor, in denen als Mitglieder der Erbengemeinschaft neben dem Beteiligten (nur) drei weitere Personen (H.J.M., S.D. und P.S.) genannt sind. Der Beteiligte macht geltend, der weitere Miterbe W.F.S. habe mit notariell beglaubigter Erklärung vom 24.9.2013 die ihm zugefallene Erbschaft wirksam unter gleichzeitiger Anfechtung der am 2.8.2013 erklärten Annahme ausgeschlagen. Außerdem habe der Miterbe H.J.M. seinen Erbanteil zu notarieller Urkunde vom 24.9.2013 übertragen.

In dem beim selben Amtsgericht geführten Nachlassverfahren wurde am 30.8.2013 ein Erbschein erteilt, der W.F.S. neben dem Beteiligten und den oben genannten drei weiteren Personen als Miterben ausweist. Der zu notarieller Urkunde vom 23.9.2013 aufgenommene und vom Notar beim Nachlassgericht „zu Ihrer gefälligen Kenntnisnahme und Verwendung“ eingereichte Antrag des Beteiligten auf Erteilung eines die Ausschlagung berücksichtigenden neuen Erbscheins wurde im Nachlassverfahren abschlägig verbeschieden. Auf die Nachfrage des Grundbuchamts, ob der Antrag auf die Berichtigung des Grundbuchs gemäß Erbschein gerichtet sei, teilte der Beteiligte – zuletzt am 17.5.2016 – sinngemäß mit, der Erbschein sei unrichtig, die im Nachlassverfahren zu seinem Nachteil ergangenen Entscheidungen seien unwirksam; die Grundbuchberichtigung sei daher auf der Grundlage seines Erbscheinsantrags vom 23.9.2013 vorzunehmen.

Mit Beschluss vom 20.5.2016 hat das Grundbuchamt den Berichtigungsantrag „vom 23.9.2015/17.5.2016“ zurückgewiesen. Für die Eintragung im Grundbuch sei der Erbschein vom 30.8.2013 bis zu dessen Einziehung maßgeblich. Nach Aktenlage seien im Nachlassverfahren eine Einziehung des Erbscheins und eine Neuerteilung gemäß Antrag vom 23.9.2013 nicht (mehr) zu erwarten.

Gegen diese Entscheidung wendet sich der Beteiligte mit der Beschwerde, mit der er die Aufhebung des Beschlusses beantragt. Die Entscheidung sei wegen diverser Verstöße gegen verfahrensrechtliche Vorschriften unwirksam

und unzulässig. Sie beruhe auf einer Gehörsverletzung und verstoße gegen die gesetzliche Begründungspflicht. Außerdem sei „der bevollmächtigte Notar ... gemäß § 15 Abs. 2 GBO zu beteiligen und zu benachrichtigen“, auf dessen mitbeurkundeten Grundbuchberichtigungsantrag sich der Beteiligte bezogen habe. Die Entscheidung verfolge das Ziel, die Grundbuchberichtigung gemäß erteiltem Erbschein vornehmen zu können, und diene der „Kostenmacherei“.

Das Grundbuchamt hat – vor Eingang der Beschwerdebegründung – nicht abgeholfen mit der Begründung, dass die Beschwerde nur bei Vorlage eines geänderten Erbscheins Erfolg haben könnte. Der Beteiligte beanstandet auch diese Entscheidung als unwirksam und gehörsverletzend; sie beinhalte keine Begründung, sondern eine unhaltbare Leerfloskel.

Das Beschwerdegericht hat die Nachlassakten beigezogen und den Beteiligten darauf hingewiesen, dass gegen die Zulässigkeit eines Rechtsmittels mit dem alleinigen Ziel der Aufhebung der erstinstanzlichen Entscheidung Bedenken bestünden und eine Beschwerde mit dem aufrechterhaltenen Ziel der Berichtigung durch Eintragung einer Erbengemeinschaft gemäß den geäußerten Vorstellungen wegen des Inhalts des Erbscheins keinen Erfolg haben könne.

## Aus den Gründen:

II. Das Rechtsmittel hat keinen Erfolg.

### Die unbeschränkte Beschwerde ist statthaft und der Beteiligte beschwerdeberechtigt

1. Gegen die Zurückweisung des Grundbuchberichtigungsantrags ist nach herrschender Meinung die unbeschränkte Beschwerde nach § 11 Abs. 1 RPfG, § 71 Abs. 1 GBO statthaft, wenn – wie hier – mit ihr eine nachträgliche Grundbuchunrichtigkeit geltend gemacht wird (Hügel/Kramer GBO 3. Aufl. § 71 Rn. 152 m.w.N.). Selbst wenn mit dem Rechtsmittel eine – nach Behauptung des Beschwerdeführers – nicht wirksam gewordene Scheinentscheidung beseitigt werden soll, ist dagegen die Beschwerde statthaft (vgl. BVerfG NJW 1985, 788; BayObLGZ 1988, 259/260; Keidel/Meyer-Holz FamFG 18. Aufl. § 58 Rn. 112).

Der Beteiligte ist beschwerdebefugt. Beschwerdeberechtigt nach § 71 GBO ist derjenige, der durch die angefochtene (Schein-)Entscheidung in seiner Rechtsstellung beeinträchtigt ist und ein rechtlich geschütztes – nicht lediglich wirtschaftliches – Interesse an ihrer Beseitigung hat (BGHZ 80, 126/127 m.w.N.). Dem Beteiligten steht ein eigenes Antragsrecht nach § 13 GBO zu, das er – auch zur Beseitigung des Rechtsscheins einer Scheinentscheidung – ohne Mitwirkung der übrigen Mitglieder der Erbengemeinschaft mit der Beschwerde weiterverfolgen kann (vgl. Hügel/Kramer § 71 Rn. 178, 181, 183). Seine Beschwerdebegründung zeigt auf, dass es ihm weiter um die Durchsetzung seines Berichtigungsantrags gemäß seinen Vorstellungen von der Zusammensetzung der Erbengemeinschaft geht (vgl. BGH NJW 1998, 3347/3348), er also nicht lediglich eine mit der Antragszurückweisung verbundene formelle Beschwer bekämpft, die für sich allein keine Beschwerdeberechtigung begründen würde (BayObLGZ 1994, 115/117; Demharter GBO 30. Aufl. § 71 Rn. 59; Hügel/Kramer § 71 Rn. 179).

2. Die Beschwerde ist in der Sache unbegründet.

### Die Abhilfeentscheidung des Grundbuchamts ist ordnungsgemäß ergangen

a) Die Abhilfeentscheidung (§ 75 GBO) ist ordnungsgemäß ergangen. Soweit die Form der Entscheidung beanstandet wird, kann auf die nachstehenden Ausführungen unter b) verwiesen werden. Das Grundbuchamt war nicht verpflichtet, auf die angekündigte Beschwerdebeurteilung länger als einen Monat zu warten. Für die Entscheidung über das eingelegte Rechtsmittel ist nunmehr der Beschwerdesenat zuständig.

### Auch der vorhergehende Beschluss des Grundbuchamts ist wirksam

b) Die Entscheidung des Grundbuchamts vom 20.5.2016 stellt nicht lediglich eine unwirksame Scheinentscheidung, sondern eine instanzabschließende und wirksam gewordene Sachentscheidung dar.

### Der Beschluss ist nicht wegen eines Unterschriftsmangels ein unverbindlicher Entwurf geblieben

aa) Der Beschluss ist nicht wegen eines Unterschriftsmangels ein unverbindlicher Entwurf geblieben (vgl. BGH Rpfleger 1998, 123; OLG Köln Rpfleger 2006, 646 = RNotZ 2006, 616), denn er trägt in dem der Grundakte einliegenden Original die Unterschrift des Rechtspflegers (§ 38 Abs. 3 Satz 2 FamFG; zur Anwendbarkeit im Grundbuchverfahren Demharter § 1 Rn. 75). Der „gez.“-Vermerk auf der dem Beteiligten gemäß Anordnung des Rechtspflegers förmlich zugestellten Ausfertigung macht nach außen erkennbar, dass und von wem das Original unterschrieben ist. Dies ist ausreichend; einer Unterzeichnung des vom Urkundsbeamten ausgefertigten Beschlusses durch den Rechtspfleger bedarf es nach dem Gesetz nicht (Keidel/Meyer-Holz § 38 Rn. 78).

### Der fehlende Vermerk des Datums der Übergabe an die Geschäftsstelle auf dem Beschluss führt nicht zu dessen Unwirksamkeit

bb) Dass das Datum der Übergabe des Beschlusses an die Geschäftsstelle entgegen § 38 Abs. 3 Satz 3 FamFG nicht auf dem Beschluss vermerkt wurde, beeinträchtigt die Wirksamkeit der Entscheidung nicht. Die Übergabe an die Geschäftsstelle und damit der Erlass des Beschlusses stehen mit Blick auf die aktenkundige, an die Geschäftsstelle gerichtete Hinausgabeverfügung des Rechtspflegers einerseits und die Tatsache der Hinausgabe an den Beteiligten andererseits fest. Der Vermerk soll lediglich die Übergabe dokumentieren; seine Existenz ist aber keine Voraussetzung für die Wirksamkeit des Beschlusses, wenn – wie hier – dessen Übergabe an die Geschäftsstelle zum Zweck der Hinausgabe aus dem inneren Geschäftsbetrieb an die Verfahrensbeteiligten feststeht (Keidel/Meyer-Holz § 38 Rn. 90 f., 93).

### Der Beschluss wurde auch ordnungsgemäß bekannt gegeben

cc) Auch ein Bekanntmachungsmangel liegt nicht vor.

Mit der Bekanntgabe an den Beteiligten ist der Beschluss gemäß § 40 Abs. 1, § 41 Abs. 1 FamFG (vgl. Demharter § 1 Rn. 85 f.) wirksam geworden. Indem der Beteiligte mit unter seinem Briefkopf abgefasstem und eigenhändig unterzeichnetem Schreiben vom 23.9.2013, beim Grundbuchamt eingegangen am 25.9.2013, in eigenem Namen Berichtigungsantrag gestellt und mit Schreiben vom 15.7.2016 hieran festgehalten hat, ist er nach § 7 Abs. 1 FamFG Beteiligter des Antragsverfahrens gewor-

den, an den die Bekanntgabe nach § 40 Abs. 1 FamFG zu bewirken war.

Die Vollmachtsvermutung des § 15 Abs. 2 GBO kommt hingegen nicht zum Tragen, so dass die Entscheidung auch nicht an den Notar, der am 23.9.2013 den Erbscheinsantrag beurkundet hatte, bekannt zu geben war; denn dieser ist im Grundbuchverfahren nicht tätig geworden, insbesondere hat er keinen Berichtigungsantrag zum Grundbuchamt gestellt. In Abschnitt D. („Erbscheinsverfahren, Übersendung des Erbscheins“) der Urkunde hat der Beteiligte selbst das Nachlassgericht darum gebeten, eine Ausfertigung des beantragten Erbscheins zusammen mit der für das Grundbuchamt bestimmten beglaubigten Urkundsabschrift zur Durchführung der Grundbuchberichtigung gemäß dem unter Abschnitt E. („Grundbuchberichtigung“) formulierten Antrag zu übersenden. Nach seinem Zuleitungsschreiben an das Nachlassgericht hat der Notar diese Anträge des Beteiligten zur „gefälligen Kenntnisnahme und Verwendung“ und damit nur als Bote an das Nachlassgericht übermittelt (vgl. Palandt/Ellenberger BGB 75. Aufl. vor § 164 Rn. 11). Folglich war ihm der im Grundbuchverfahren ergangene Zurückweisungsbeschluss nicht bekannt zu machen (Meikel/Böttcher GBO 11. Aufl. § 15 Rn. 11; Hügel/Reetz § 15 Rn. 61; Wilke in Bauer/von Oefele GBO 3. Aufl. § 15 Rn. 29, 34).

#### **Die Entscheidung betrifft auch einen wirksam gestellten Antrag**

dd) Die Entscheidung ist in einem gerichtlichen Verfahren ergangen und betrifft einen wirksam gestellten Antrag (vgl. BayObLGZ 1988, 259/260), denn der Beteiligte hat – wie dargelegt – am 25.9.2014 in eigenem Namen beim Grundbuchamt die Berichtigung beantragt. Eine notarielle Beurkundung von Anträgen wäre nur erforderlich, wenn diese weitere zur Eintragung erforderliche Erklärungen ersetzen sollen, § 30 GBO. Der Berichtigungsantrag erfordert jedoch keine formbedürftigen Erklärungen, die der Beteiligte abgeben müsste (vgl. Demharter § 30 Rn. 3 mit § 29 Rn. 8 ff.).

Die notarielle Urkunde vom 23.9.2013 selbst ist dem Grundbuchamt hingegen noch nicht zum Vollzug vorgelegt worden. Nachdem der Beteiligte darin zum Ausdruck gebracht hatte, dass die Antragstellung im Grundbuchverfahren unter der Voraussetzung der antragsgemäßen Erbscheinserteilung im Nachlassverfahren steht, ein solcher Erbschein aber nicht erteilt wurde, ist die in der Urkunde genannte Voraussetzung nicht eingetreten. Über den unter Abschnitt E. aufgeführten Antrag hatte das Grundbuchamt daher nicht zu entscheiden.

Es trifft auch nicht zu, dass das Grundbuchamt mit der angegriffenen Entscheidung eine Berichtigung nach Lage des erteilten Erbscheins vorbereiten würde. Eine solche Berichtigung scheidet ohne entsprechenden Antrag aus, da das Berichtigungsverfahren als Antragsverfahren ausgestaltet ist. Unabhängig davon war aber über den tatsächlich gestellten und aufrechterhaltenen Antrag eine verfahrensabschließende Entscheidung zu treffen.

#### **Die Beanstandung des Siegels, des Beschlussrubrum und der Beschlussbegründung geht ins Leere**

ee) Die Beanstandung des drucktechnisch erzeugten Siegels geht ins Leere. Für die Siegelung von Schriftstücken siegelführungsberechtigter Stellen – das sind gemäß Art. 2 Abs. 3 WappenG (i.d.F. v. 7.5.2013, BayRS II, 168)

i.V.m. § 1 Ziff. 3, § 4 AVWpG (Verordnung zur Ausführung des Gesetzes über das Wappen des Freistaates Bayern i.d.F. v. 22.12.1998, GVBl 1999, 29) auch die Gerichte des Freistaats Bayern –, die mit Hilfe drucktechnischer oder elektronischer Einrichtungen erstellt werden, bestimmt § 8 Abs. 4 AVWpG, dass ein Abdruck des Dienstsiegels maschinell eingedruckt sein oder aufgedruckt werden darf. Voraussetzung für die Wirksamkeit der erlassenen Entscheidung ist die ordnungsgemäße Siegelung der Ausfertigung ohnehin nicht.

ff) Das Beschlussrubrum genügt zwar nicht den Anforderungen des § 38 Abs. 2 Nr. 1 FamFG, weil es den Beteiligten nicht namentlich bezeichnet. Dahinstehen kann allerdings, ob die allgemein für Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit normierte Vorgabe auch im Grundbuchverfahren gilt. Dem Zweck der Vorschrift ist jedenfalls dadurch genügt, dass im Rubrum die Grundakte durch das maßgebliche Geschäftszeichen und die zur Grundakte gestellten Anträge durch Wiedergabe ihres Datums genau bezeichnet sind. Zudem hat der Rechtspfleger auf der Urschrift des Beschlusses die Zustellung seiner Entscheidung an den Beteiligten verfügt. Über diese Angaben ist der – einzige – Beteiligte auch ohne namentliche Nennung ausreichend identifiziert (vgl. BGH NJW-RR 2008, 367 Rn. 6; Keidel/Meyer-Holz § 38 Rn. 46).

gg) Ein Mangel in der Beschlussbegründung (§ 38 Abs. 3 Satz 1 FamFG) liegt nicht vor. Die tatbestandliche Darstellung ist zwar kurz, enthält aber alles Wesentliche, nämlich den Inhalt des gestellten Berichtigungsantrags. Die rechtlichen Ausführungen enthalten den für den (Miss-) Erfolg des Antrags maßgeblichen Grund und die entsprechende Vorschrift; zudem führen sie den Grund an, weshalb die Entscheidung nicht länger zurückgestellt wird.

#### **Die Voraussetzungen für eine antragsgemäße Berichtigung des Grundbuchs sind nicht gegeben**

c) Die Antragszurückweisung ist auch sonst der Sache nach nicht zu beanstanden, weil die Voraussetzungen für eine Berichtigung des Grundbuchs nach § 22 GBO durch Eintragung einer nur aus den vom Beteiligten bezeichneten Personen bestehenden Erbengemeinschaft nicht gegeben sind und mit der Erteilung eines Erbscheins des gewünschten Inhalts jedenfalls in absehbarer Zeit nicht gerechnet werden kann.

#### **Neben dem Nachweis der Unrichtigkeit sind alle Möglichkeiten auszuräumen, die der Richtigkeit der beantragten neuen Eintragung entgegenstehen würden**

aa) Unrichtig ist das Grundbuch zwar insofern, als es die verstorbene A.S. noch als Miteigentümerin von Grundbesitz ausweist.

bb) Eine Berichtigung setzt jedoch neben dem Nachweis der Unrichtigkeit der gegenwärtigen Grundbuchlage voraus, dass der Antragsteller in der Form des § 29 GBO alle Möglichkeiten ausräumt, die der Richtigkeit der beantragten neuen Eintragung entgegenstehen würden (BayObLGZ 1991, 301/302 = DNotZ 1992, 157 (mAnm Jaschke); Senat vom 12.12.2007, 34 Wx 118/07 = FGPrax 2008, 52/53 = RNotZ 2008, 294; Demharter § 22 Rn. 37; Hügel/Holzer § 22 Rn. 58 je m.w.N.). Die Nachweisführung obliegt dem Beteiligten als Antragsteller (Demharter § 22 Rn. 36; Hügel/Holzer § 22 Rn. 58). Dabei gilt der grundbuchrechtliche „Beibringungsgrundsatz“; eine Sachaufklärung von Amts wegen findet nicht

statt (BayObLG Rpfleger 1982, 467; Böttcher ZfIR 2008, 507/509; Kohler in Bauer/von Oefele § 22 Rn. 171 und 174).

### **Der Nachweis der (behaupteten) Erbfolge muss grundsätzlich durch Vorlage eines Erbscheins erbracht werden**

cc) § 35 Abs. 1 GBO bestimmt, dass der Nachweis der (behaupteten) Erbfolge in einem Verfahren ohne Auslandsbezug nur durch die Vorlage eines Erbscheins (§ 2353 BGB) erbracht werden kann, wenn – wie hier – keine öffentlich beurkundete Verfügung von Todes existiert.

### **Die inhaltliche Richtigkeit eines wirksam erteilten Erbscheins wird gesetzlich vermutet, solange er nicht für kraftlos erklärt oder eingezogen ist**

Der erteilte Erbschein ist wirksam, § 352e Abs. 1 Sätze 1 und 3 FamFG. Seine inhaltliche Richtigkeit wird gesetzlich vermutet, § 2365 BGB, solange er – wie hier – nicht für kraftlos erklärt oder eingezogen ist (§ 2361 BGB, § 353 FamFG). Dies bindet nach allgemeinen Regeln das Grundbuchamt (§ 35 Abs. 1 Satz 1 GBO).

### **Etwas anderes gilt nur dann, wenn das Grundbuchamt neue Tatsachen kennt, die die Unrichtigkeit des Erbscheins erweisen und dessen Einziehung erwarten lassen**

Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn das Grundbuchamt neue, vom Nachlassgericht offenbar nicht berücksichtigte Tatsachen kennt, die die ursprüngliche oder nachträgliche Unrichtigkeit des Erbscheins in irgendeinem Punkt erweisen und dessen Einziehung erwarten lassen (vgl. etwa BayObLGZ 1990, 82/86 = MittRhNotK 1990, 171 = DNotZ 1991, 548; Demharter § 35 Rn. 26). Ein derartiger Fall liegt jedoch ersichtlich nicht vor. Vielmehr war das Nachlassgericht mit der Einziehung des erteilten Erbscheins gerade unter dem Gesichtspunkt der Erbschlagung befasst und zu dem Ergebnis gekommen, dass der Erbschein – weil nicht unrichtig – nicht einzuziehen ist. Auch die angeführte, aber nicht näher belegte Erbteilsübertragung stellt keine neue Sach- oder Rechtslage dar. Überträgt ein Erbe seinen Erbteil auf einen Dritten, so setzt nämlich die Berichtigung des Grundbuchs die Voreintragung aller Erben voraus (BayObLGZ 1994, 158 = MittRhNotK 1994, 254 = DNotI-Report 1994, 6).

Ebenso enthalten die vom Antragsteller vorgelegten Bescheide des Finanzamts keine neuen Tatsachen, die die Unrichtigkeit des Erbscheins erweisen würden und seine Einziehung erwarten ließen. Sie sind nach § 35 GBO nicht zum Nachweis der Erbfolge geeignet (vgl. Demharter § 35 Rn. 26).

### **Da nicht mit der Erteilung eines neuen Erbscheins zu rechnen ist, ist Entscheidungsreife eingetreten**

dd) Da ein Erbschein mit dem vom Antragsteller gewünschten Inhalt nicht existiert und mit einer Erteilung jedenfalls bis auf weiteres nicht gerechnet werden kann, ist im Grundbuchverfahren Entscheidungsreife dahingehend eingetreten, dass das an das Grundbuchamt gerichtete Berichtigungsbegehren keinen Erfolg hat. Darauf, ob über den zum Nachlassgericht gestellten Antrag vom 23.9.2015 und über das im Nachlassverfahren eingelegte Rechtsmittel wirksam und zutreffend entschieden worden ist, kommt es wegen der Bindung des Grundbuchamts an den erteilten Erbschein nicht an (s. oben cc)).

Zudem ist mit weiteren Entscheidungen im Nachlassverfahren nach dem Akteninhalt nicht zu rechnen.

### **Es besteht auch keine Verletzung rechtlichen Gehörs**

d) Aus Vorstehendem ergibt sich, dass der Beteiligte auch mit der Rüge der Verletzung rechtlichen Gehörs nicht durchdringen kann. Gemäß § 35 GBO kommt es im Berichtigungsverfahren aus Rechtsgründen weder auf die – behauptete – Wirksamkeit der Anfechtungs- und Ausschlagungserklärungen noch auf die umfangreichen Beanstandungen von Entscheidung und Verfahren im nachlassgerichtlichen Instanzenzug an. Es bestand und besteht daher auch keine Veranlassung, sich hiermit im Grundbuchverfahren zu befassen.

III. Eine Kostenentscheidung erübrigt sich, da der Beteiligte die gerichtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens schon kraft Gesetzes zu tragen hat, § 22 Abs. 1 GNotKG. ■

## **6. Gesellschaftsrecht – Zur rechtlichen Einheit zweier Verträge bei bewusstem Absehen von der Beurkundung des einen Vertrags**

(BGH, Urteil vom 22.9.2016 – III ZR 427/15)

BeurkG § 4

BGB §§ 117 Abs. 1, 125 S. 1, 139, 667

BNotO §§ 1, 14 Abs. 2, 19 Abs. 1

GmbHG § 15 Abs. 1, Abs. 3, Abs. 4

ZPO § 531 Abs. 2

1. Zu den Amtspflichten eines Notars bei der Beurkundung eines Vertrags über die Übertragung eines GmbH-Geschäftsanteils an einen Treuhänder.
2. Eine rechtliche Einheit im Sinne von § 139 BGB zwischen einem Geschäftsanteilsübertragungsvertrag und einem hiermit wirtschaftlich verknüpften Treuhandvertrag kann zu verneinen sein, wenn die Beteiligten von der erforderlichen Beurkundung des Treuhandvertrags bewusst absehen, den Geschäftsanteilsübertragungsvertrag aber gleichwohl – in Kenntnis der Formnichtigkeit des Treuhandvertrags – ordnungsgemäß beurkunden lassen. In diesem Fall berührt die Formnichtigkeit des Treuhandvertrags die Wirksamkeit des Geschäftsanteilsübertragungsvertrags nicht.

### **Zur Einordnung**

Gegenstand der nachstehend abgedruckten Entscheidung des BGH ist die Frage, ob ein Notar seine Amtspflichten aus § 4 BeurkG und §§ 1, 14 Abs. 2 BNotO verletzt, wenn er einen GmbH-Geschäftsanteilsübertragungsvertrag in Kenntnis der Formnichtigkeit der hinsichtlich des Geschäftsanteils abgeschlossenen Treuhandabrede beurkundet.

Ein Notar darf ein nichtiges Rechtsgeschäft sehenden Auges nicht beurkunden, sondern muss die Beurkundung ablehnen (BGH DNotZ 2001, 486 [487]). Die Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes kann auf materiellem Recht (zB §§ 104, 125, 134, 138 BGB) oder Verfahrensrecht (zB §§ 6 f. BeurkG) beruhen (s. hierzu BeckNotarHB/*Starke*, 6. Aufl. 2015, Rn. L60). Aber auch die gesetzliche Vermutung der Gesamtnichtigkeit gem. § 139 BGB kann bei einheitlichen Rechtsgeschäften dazu führen, dass sich die Nichtigkeit eines Teilgeschäftes auf das gesamte Rechtsgeschäft erstreckt (vgl. MüKoBGB/

*Busche*, 7. Aufl. 2015, § 139 Rn. 1; BeckOK BGB/*Wendland*, 40. Ed., 1.8.2016, § 139 Rn. 1). Das erforderliche einheitliche Rechtsgeschäft liegt dabei nicht nur bei Nichtigkeit einzelner Vertragsklauseln, die zur Nichtigkeit des gesamten Vertrages führen können, vor, sondern auch bei Rechtsgeschäften, die aus mehreren miteinander verbundenen Verträgen bestehen (BeckOK BGB/*Wendland*, 40. Ed., 1.8.2016, § 139 Rn. 8). Für die Beurteilung, ob ein einheitliches Rechtsgeschäft vorliegt, kommt es auf den „Einheitlichkeitswillen“ der Beteiligten bei Vornahme des Rechtsgeschäftes an (so schon BGH NJW 1980, 829 [830]; NJW 1992, 3237 [3238]). Ein rein wirtschaftlicher Zusammenhang reicht hierfür allerdings nicht, vielmehr ist der Wille zu einer rechtlichen Verknüpfung der Abreden erforderlich (BGH NJW-RR 2007, 395 [396]; NJW 2011, 2874 [2876]). Entscheidend ist, ob die einzelnen Vereinbarungen derart miteinander verbunden sind, dass sie nach dem Willen der Parteien miteinander stehen und fallen sollen (st. Rspr., s. nur BGH NJW 1980, 829 [830]; NJW 1992, 3237 [3238]; BGH NJW 2011, 2874 [2876]). Dabei wird bei mehreren selbständigen Verträgen in verschiedenen Urkunden zunächst vermutet, dass diese Verträge nicht in rechtlichem Zusammenhang stehen sollen (BGH NJW 1992, 3237 [3238]; NJW 2011, 2874 [2876]).

Liegt ein einheitliches Rechtsgeschäft vor und ist ein Teilgeschäft nichtig, ist anhand des mutmaßlichen Parteiwillens zu ermitteln, ob das Rechtsgeschäft auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen worden wäre (s. hierzu MüKoBGB/*Busche*, 7. Aufl. 2015, § 139 Rn. 29 ff.). Die gesetzliche Vermutung des § 139 BGB geht davon aus, dass das einheitliche Rechtsgeschäft keine Restgültigkeit haben sollte. Ist den Parteien aber vorab bekannt, dass ein Teil des Rechtsgeschäftes nichtig ist, geht die Rechtsprechung davon aus, dass das Rechtsgeschäft den nichtigen Teil gar nicht erst umfasst, sondern nur aus den übrigen Abreden besteht und damit § 139 BGB gar nicht zur Anwendung kommt (so schon BGH NJW 1966, 1747; aA aber *Keim* NJW 1999, 2866 f.; s. zum Meinungsstand auch MüKoBGB/*Busche*, 7. Aufl. 2015, § 139 Rn. 30 mwN). Der BGH schließt sich in seinem Urteil dieser Rechtsprechung an und kommt zu dem Schluss, dass die fehlende Beurkundung der Treuhandabrede nicht zur Nichtigkeit des Geschäftsanteilsübertragungsvertrags führt. Da die Beteiligten trotz Kenntnis der Formnichtigkeit der Treuhandabrede nach einem entsprechenden Hinweis des Notars auf die Beurkundung des Geschäftsanteilsübertragungsvertrags bestanden hatten, fehlt es schon an einer rechtlichen Einheit zwischen den beiden Verträgen.

Für die notarielle Praxis ruft diese Entscheidung die Anforderungen an die Beurteilung einheitlicher Rechtsgeschäfte im Rahmen von § 139 BGB in Erinnerung, insbesondere dass der Parteiwille sowohl für die Beurteilung der Einheitlichkeit als auch für die Widerlegung der gesetzlichen Vermutung maßgeblich ist. Bei Treuhandabreden über GmbH-Geschäftsanteile ist zudem zu beachten, dass sich der Formzwang des § 15 Abs. 4 GmbHG regelmäßig auch auf die Treuhandabrede bezieht. Nur ausnahmsweise ist eine Treuhandabrede nicht beurkundungsbedürftig, wenn sie sich auf noch nicht existente Geschäftsanteile bezieht und vor Beurkundung des Gesellschaftsvertrags geschlossen wird (BGH DNotZ 1999, 756 ff.; NJW-RR 2006, 1415).

*Die Schriftleitung (IK)*

## Zum Sachverhalt:

Die Klägerin begehrt von dem Beklagten unter dem Gesichtspunkt der Notarhaftung nach § 19 Abs. 1 BNotO Schadensersatz aus eigenem Recht sowie aus abgetretenem Recht ihres Geschäftsführers K. und der V. Vermögensverwaltungsgesellschaft mbH (im Folgenden nur: V. GmbH), deren Alleingesellschafterin die Klägerin ist.

Im Jahre 2004 gründete der inzwischen verstorbene Dr. H., der als Treuhänder für K. fungierte, als Alleingesellschafter die Klägerin. In der Folgezeit erwarb diese drei Grundstücke in H., die früher im Eigentum von K. gestanden hatten. Die von der Klägerin als Tochtergesellschaft (zu diesem Zweck) gegründete V. GmbH erwarb des Weiteren ein Grundstück in L., das die Klägerin als Betriebsgrundstück nutzte. Wirtschaftlich waren die vorerwähnten vier Grundstücke sonach K. – als Treugeber, vermittelt über Dr. H. als sein Treuhänder und Alleingesellschafter der Klägerin, die wiederum die V. GmbH beherrschte – zuzurechnen.

Nachdem Dr. H. im Jahre 2010 schwer erkrankt war, trat K. an K.-B., der ihn und die Klägerin seit Jahren steuerlich beraten hatte, mit der Bitte heran, den vollen Geschäftsanteil an der Klägerin an Stelle von Dr. H. vorübergehend als Treuhänder zu übernehmen. Hiermit erklärte sich K.-B. einverstanden. Am 28. September 2010 beurkundete der Beklagte einen Vertrag, in dem K.-B. – für sich selbst und als mündlich Bevollmächtigter für Dr. H. handelnd – den vollen Geschäftsanteil an der Klägerin auf sich selbst übertrug. Bei diesem Beurkundungstermin war auch K. anwesend. Es wurde ausdrücklich darüber gesprochen und einvernehmlich festgelegt, dass K.-B. den Geschäftsanteil lediglich als Treuhänder für K. halten sollte. Der Beklagte wies darauf hin, dass ein Treuhandvertrag ebenfalls der notariellen Form unterliege und beurkundungsbedürftig sei. K. erklärte hierauf, dass die Treuhandvereinbarung nicht beurkundet zu werden brauche; auch der Treuhandvertrag mit Dr. H. sei nicht beurkundet worden, und aufgrund der jahrelangen Zusammenarbeit mit K.-B. vertraue er diesem. Sowohl K. als auch K.-B. verzichteten auf die Beurkundung eines Treuhandvertrags. Mit notariell beglaubigter Erklärung vom 14. Oktober 2010 genehmigte Dr. H. die Vereinbarung über die Übertragung des Geschäftsanteils an der Klägerin auf K.-B.

Unmittelbar darauf veranlasste K.-B. die Umschreibung der Gesellschafterliste der Klägerin; er bestellte sich zu ihrem alleinvertretungsberechtigten Geschäftsführer, übertrug die drei Grundstücke in H. an seine Ehefrau und den vollen Geschäftsanteil der Klägerin an der V. GmbH auf sich selbst. Auf diese Weise gelangten die vier Grundstücke – entgegen der Treuhandabrede mit K. – wirtschaftlich an K.-B. und seine Ehefrau. Die Klägerin, K. und Dr. H. fochten den Vertrag über die Übertragung des Geschäftsanteils an der Klägerin auf K.-B., die Veräußerung der Grundstücke in H. an dessen Ehefrau und die Übertragung des Geschäftsanteils an der V. GmbH auf diesen sodann wegen arglistiger Täuschung an.

Die Klägerin hat geltend gemacht, der Beklagte habe seine notariellen Amtspflichten verletzt. Er habe entweder auf der Beurkundung der Treuhandabrede bestehen oder sich weigern müssen, den – nach Auffassung der Klägerin nichtigen – Vertrag über die Übertragung des Geschäftsanteils an der Klägerin auf K.-B. zu beurkunden.

Die Klägerin verlangt von dem Beklagten den Ersatz von Kosten, die ihrer Darlegung nach im Zusammenhang mit der Rechtsverfolgung gegen K.-B. und dessen Ehefrau entstanden sind. Die Klage ist in beiden Vorinstanzen ohne Erfolg geblieben. Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihr Begehren weiter.

### Aus den Gründen:

Die zulässige Revision ist unbegründet.

#### Das Berufungsgericht hat eine Amtspflichtverletzung des Beklagten verneint

I. Das Berufungsgericht hat eine Amtspflichtverletzung des Beklagten verneint und hierzu im Wesentlichen ausgeführt: Der Vertrag über die Übertragung des vollen Geschäftsanteils an der Klägerin auf K.-B. sei zunächst nicht unwirksam gewesen. Zwar habe die Treuhandabrede zwischen K. und K.-B. gemäß § 15 Abs. 4 Satz 1 GmbHG der Beurkundungspflicht unterlegen und sei deshalb gemäß § 125 Satz 1 BGB nichtig. Diese Nichtigkeit ergebe jedoch nicht den Geschäftsanteilsübertragungsvertrag, weil dieser keine Einheit im Sinne von § 139 BGB mit dem Treuhandvertrag dargestellt habe. K. und K.-B. hätten nach dem Hinweis des Beklagten auf die Formbedürftigkeit übereinstimmend auf eine Beurkundung der Treuhandvereinbarung verzichtet und damit zum Ausdruck gebracht, dass zwischen beiden Verträgen keine Einheit bestehen solle. Die Partner der beiden Verträge (Dr. H. und K.-B. für den Geschäftsanteilsübertragungsvertrag; K. und K.-B. für den Treuhandvertrag) seien auch nicht dieselben. Auf die Formbedürftigkeit der Treuhandabrede habe der Beklagte ausdrücklich hingewiesen. Soweit die Klägerin dies im Berufungsrechtszug erstmals bestreiten wolle, sei dieses Vorbringen nicht nach § 531 Abs. 2 ZPO zuzulassen.

#### Ginge man von einer Amtspflichtverletzung aus, fehle es an der Zurechenbarkeit des geltend gemachten Schadens

Wenn man demgegenüber eine Nichtigkeit des Anteilsübertragungsvertrags und damit eine Amtspflichtverletzung des Beklagten annehmen wollte, so fehlte es an der Zurechenbarkeit des geltend gemachten Schadens. Dieser liege außerhalb des Schutzbereichs der Pflicht, die Beurkundung unwirksamer Verträge zu unterlassen. Hiernach würden nämlich nur solche Aufwendungen ersetzt, die der Geschädigte im Vertrauen auf die Wirksamkeit des nichtigen Vertrags getätigt habe. Die geltend gemachten Aufwendungen seien jedoch nicht wegen der vermeintlichen Unwirksamkeit der Anteilsabtretung entstanden, sondern trotz dieser Unwirksamkeit. Durch eine notarielle Beurkundung der Treuhandabrede wäre K.-B. an seinen schädigenden Handlungen nicht gehindert worden.

#### Die Klage ist unbegründet, die Amtspflichtverletzung wurde zu Recht verneint.

II. Die Hauptbegründung der Vorinstanz hält den Angriffen der Revision stand. Die Klage ist unbegründet.

1. Das Berufungsgericht hat eine Amtspflichtverletzung des Beklagten zu Recht verneint.

#### Der Notar hat seine Amtspflicht aus § 4 BeurkG, §§ 1, 14 Abs. 2 BNotO nicht verletzt

a) Der Notar darf nicht sehenden Auges ein nichtiges Geschäft beurkunden (§ 4 BeurkG, §§ 1, 14 Abs. 2 BNotO; s. BGH, Urteile vom 20. Juni 2000 – IX ZR 434/98, NJW-RR 2000, 1658, 1659 = DNotZ 2001, 486 = MittBayNot 2000, 463 und vom 28. September 2000 – IX ZR 279/99, BGHZ 145, 265, 269 = NJW 2001, 70 = DNotZ 2001, 49 sowie Beschluss vom 1. Oktober 2015 – V ZB 171/14, NJW-RR 2016, 695, 696 Rn. 21 = DNotZ 2016, 151; s. ferner OLG Celle, BeckRS 2004, 09450; Ganter in Ganter/Hertel/Wöstmann, Handbuch der Notarhaftung, 3. Aufl., Rn. 525, 527). Diese Amtspflicht hat der Beklagte allerdings nicht verletzt, weil der von ihm beurkundete Geschäftsanteilsübertragungsvertrag nicht nichtig war.

#### Der Geschäftsanteilsübertragungsvertrag wurde beurkundet und war zudem nicht gemäß § 117 Abs. 1 BGB nichtig

aa) Der Vertrag zwischen K.-B. und Dr. H. über die Übertragung des vollen Geschäftsanteils an der Klägerin war für sich betrachtet zunächst – das heißt bis zur Anfechtung wegen arglistiger Täuschung – wirksam. Er wurde gemäß dem Formerfordernis des § 15 Abs. 3 GmbHG abgeschlossen und war insbesondere nicht gemäß § 117 Abs. 1 BGB nichtig. Ein Scheingeschäft im Sinne von § 117 Abs. 1 BGB liegt vor, wenn die Parteien einverständlich nur den äußeren Schein des Abschlusses eines Rechtsgeschäfts hervorrufen, dagegen die mit dem betreffenden Rechtsgeschäft verbundenen Rechtswirkungen nicht eintreten lassen wollen. Wird ein Vertragspartner als „Strohmann“ oder Treuhänder vorgeschoben, so ist die erklärte Rechtsfolge von den Beteiligten normalerweise ernstlich gewollt, weil andernfalls der erstrebte wirtschaftliche Zweck nicht oder nicht in rechtsbeständiger Weise eintreten würde; in diesen Fällen sind die Voraussetzungen für ein Scheingeschäft regelmäßig nicht erfüllt (z.B. Senat, Urteil vom 22. Oktober 1981 – III ZR 149/80, NJW 1982, 569 f. und Beschluss vom 4. April 2007 – III ZR 197/06, NJW-RR 2007, 1209, 1210 Rn. 5 mwN; vgl. auch BGH, Beschluss vom 9. Oktober 1956 – II ZB 11/56, BGHZ 21, 378, 381 = NJW 1957, 19).

So liegt es auch hier. Im Außenverhältnis war eine Vollrechtsübertragung auf K.-B. beabsichtigt. Dieser sollte insoweit an die Stelle von Dr. H. treten und K. weiterhin nur treuhänderisch vermittelt – also das reine Innenverhältnis betreffend – „Berechtigter“ bleiben.

#### Die Treuhandabrede war wegen Formmangels nichtig

bb) Demgegenüber war die Treuhandabrede zwischen K. und K.-B. gemäß § 15 Abs. 4 Satz 1 GmbHG, § 125 Satz 1 BGB wegen Formmangels unwirksam. Nach dem Sinn und Zweck des Formerfordernisses unterfällt der Abschluss eines Treuhandvertrags, der einen bestehenden GmbH-Geschäftsanteil betrifft und mit der Verpflichtung zur Übertragung des Geschäftsanteils auf den Treugeber verbunden ist (§ 667 BGB), dem Formzwang nach § 15 Abs. 4 Satz 1 GmbHG (s. BGH, Urteil vom 19. April 1999 – II ZR 365/97, BGHZ 141, 207, 211 f. = NJW 1999, 2594 = DNotZ 1999, 756 (mAnm Armbrüster und Beschluss vom 12. Dezember 2005 – II ZR 330/04, NJW-RR 2006, 1415 Rn. 3 = DNotZ 2006, 774). Dieser Form ist nicht genügt worden; die Beteiligten haben von einer Beurkundung der – einen bereits bestehenden Geschäftsanteil betreffenden – Treuhandvereinbarung abgesehen.

### **Die Nichtigkeit der Treuhandabrede lässt die Wirksamkeit des Geschäftsanteilsübertragungsvertrags mangels rechtlicher Einheit im Sinne von § 139 BGB unberührt**

cc) Die Nichtigkeit der Treuhandabrede zwischen K. und K.-B. lässt die Wirksamkeit des Vertrags über die Übertragung des Geschäftsanteils an der Klägerin von Dr. H. auf K.-B. jedoch unberührt. Die Würdigung des Berufungsgerichts, nach Lage des Falles bestehe zwischen beiden Verträgen keine rechtliche Einheit im Sinne von § 139 BGB, ist von Rechts wegen nicht zu beanstanden.

### **Für die Annahme eines einheitlichen Rechtsgeschäfts ist ein Einheitlichkeitswille erforderlich, wobei es auf den rechtlichen Zusammenhang ankommt**

(1) Der für die Annahme eines einheitlichen Rechtsgeschäfts nach § 139 BGB erforderliche Einheitlichkeitswille liegt vor, wenn das eine Geschäft nicht ohne das andere gewollt ist, die möglicherweise äußerlich getrennten Rechtsgeschäfte also miteinander stehen und fallen sollen. Dabei kommt es auf den rechtlichen Zusammenhang, nicht auf eine wirtschaftliche Verknüpfung an. Ob es sich insoweit aufgrund eines Einheitlichkeitswillens der Vertragsparteien um ein einheitliches Rechtsgeschäft handelt, ist Tatfrage und durch Ermittlung und Auslegung des – objektiv erkennbaren (vgl. BGH, Urteile vom 6. Dezember 1979 – VII ZR 313/78, BGHZ 76, 43, 49 = NJW 1980, 829; vom 9. Juli 1992 – IX ZR 209/91, NJW 1992, 3237, 3238; vom 8. Juli 2009 – VIII ZR 327/08, NJW 2009, 3295, 3296 Rn. 17 und vom 30. März 2011 – VIII ZR 94/10, NJW 2011, 2874, 2876 Rn. 24 sowie Beschluss vom 21. September 2011 – IV ZR 38/09, NJW 2012, 296, 300 f Rn. 58) – Parteiwillens festzustellen (s. etwa BGH, Urteile vom 24. Oktober 2006 – XI ZR 216/05, NJW-RR 2007, 395, 396 Rn. 17; vom 23. Februar 2010 – XI ZR 195/09, BeckRS 2010, 07175 Rn. 14 und vom 30. März 2011 aaO sowie Beschluss vom 21. September 2011 aaO, S. 300 Rn. 55). Als Ergebnis tatrichterlicher Würdigung unterliegt die diesbezügliche Auffassung des Berufungsgerichts nur einer eingeschränkten Überprüfung durch das Revisionsgericht, nämlich dahin, ob der Streitstoff umfassend widerspruchsfrei und ohne Verstoß gegen Denk- und Erfahrungssätze gewürdigt worden ist (BGH, Urteil vom 23. Februar 2010 aaO Rn. 16 mwN).

### **Die Auffassung des Berufungsgerichts nach dessen tatrichterlicher Würdigung, dass kein Einheitlichkeitswille vorlag, beruht nicht auf Mängeln**

(2) Solche Mängel liegen hier nicht vor.

Die Revision macht zwar zu Recht darauf aufmerksam, dass ein einheitliches Rechtsgeschäft im Sinne des § 139 BGB – bei einem dahingehenden Parteiwillen – auch dann vorliegen kann, wenn einzelne Rechtsgeschäfte in mehreren Urkunden niedergelegt sind, unterschiedlichen Geschäftstypen angehören und an ihnen zum Teil verschiedene Personen beteiligt sind (BGH, Urteil vom 30. März 2011 aaO mwN). Richtig ist auch, dass K., Dr. H. und K.-B. die Übertragung eines (gegenüber K.) treuhänderisch gebundenen GmbH-Geschäftsanteils – von Dr. H. auf K.-B. – beabsichtigt haben, die Aufrechterhaltung des Treuhandverhältnisses zu K. also von maßgebender Bedeutung gewesen ist.

Diese wirtschaftliche Verknüpfung korrespondiert im vorliegenden Fall jedoch nicht mit einem rechtlichen Zu-

sammenhang, weil es an einem entsprechenden Parteiwillen gefehlt hat. Nach den rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen des Berufungsgerichts hatte der Beklagte den Beteiligten erläutert, dass die Treuhandvereinbarung der notariellen Form bedürfe, woraufhin K. und K.-B. ausdrücklich auf eine Beurkundung der Abrede verzichteten. Nach den objektiv erkennbaren Umständen handelten sie dabei in dem Bewusstsein, dass die nur mündlich abgeschlossene Treuhandvereinbarung formnichtig und somit rechtlich unverbindlich ist. Hierfür spricht zunächst die vorangegangene Belehrung über die Formbedürftigkeit selbst. Die Beteiligten waren durchweg geschäftserfahren, so dass bei objektiver Betrachtung davon auszugehen war, sie würden aus dem Hinweis des beklagten Notars ohne weiteres den – sich aufdrängenden – Schluss ziehen, dass eine ohne Beachtung der notwendigen Form geschlossene Treuhandvereinbarung rechtlich nicht bindend sein werde. Zudem erklärte K. gegenüber dem Beklagten, aufgrund der jahrelangen Zusammenarbeit mit K.-B. vertraue er diesem. Damit brachte er sinngemäß zum Ausdruck, dass er auf eine rechtliche Verbindlichkeit der Treuhandvereinbarung verzichten könne und ihm eine gleichsam nur „moralische“ Verpflichtung genüge.

### **Da die Beteiligten im Bewusstsein der Formnichtigkeit der Treuhandvereinbarung dennoch den Geschäftsanteilsübertragungsvertrag beurkunden wollten, beabsichtigten sie hierbei keine rechtliche Einheit**

Handelten die Beteiligten nach den objektiv erkennbaren Umständen folglich in dem Bewusstsein der Formnichtigkeit der Treuhandvereinbarung und wollten sie den rechtswirksamen Übergang des GmbH-Geschäftsanteils von Dr. H. auf K.-B. erklärtermaßen dennoch herbeiführen, rechtfertigt dies den vom Berufungsgericht gezogenen Schluss, dass sie eine rechtliche Einheit zwischen den beiden Verträgen nicht beabsichtigten. Ein einheitliches Rechtsgeschäft im Sinne von § 139 BGB liegt demnach nicht vor, so dass die Nichtigkeit der Treuhandabrede nicht zur Unwirksamkeit des Geschäftsanteilsübertragungsvertrags führt.

Soweit die Revision demgegenüber rügt, das Berufungsgericht habe den Vortrag der Klägerin übernommen, dass K. davon ausgegangen sei, K.-B. sei auch an eine nur mündlich vereinbarte Treuhand rechtswirksam gebunden, zumal der Beklagte auf die Rechtsfolgen einer Nichtbeurkundung der Treuhandabrede nicht hingewiesen habe, dringt sie hiermit nicht durch. Wie ausgeführt, sind bei der Auslegung, ob ein einheitliches Geschäft im Sinne des § 139 BGB vorliegt, nicht die inneren Vorstellungen einer Vertragspartei maßgeblich, sondern ihr objektiv erkennbarer Wille.

### **Auch bei unterstellter Nichtigkeit des Geschäftsanteilsübertragungsvertrages fehlt es an einer schuldhaften Amtspflichtverletzung des Beklagten**

b) Selbst wenn man den Geschäftsanteilsübertragungsvertrag als nichtig ansähe, läge im Übrigen keine schuldhaftes Amtspflichtverletzung des Beklagten vor, weil das Berufungsgericht durch einen mit drei Berufsrichtern besetzten Kollegialspruchkörper unter Würdigung der Einzelfallumstände ein amtspflichtwidriges Verhalten des Beklagten verneint hat (sogenannte Kollegialgerichtsrichtlinie; s. etwa Senat, Beschluss vom 23. Oktober 2003 – III ZR 49/03, BeckRS 2003, 09191; Urteile vom 3. März 2005 – III ZR 353/04, NJW-RR 2005, 1148 =

DNotI-Report 2005, 95 und vom 21. Januar 2016 – III ZR 160/15, BeckRS 2016, 02702 Rn. 36 mwN). Ein „sicherer“ Weg zur Erreichung des verfolgten Ziels, zu dem der Beklagte gegebenenfalls hätte raten müssen (s. dazu Senatsurteil vom 3. März 2005 aaO mwN), stand vorliegend nicht zur Verfügung, da die Beteiligten einerseits eine Beurkundung der Treuhandabrede ablehnten und andererseits die Beurkundung des Geschäftsanteilsübertragungsvertrags wünschten. Der angestrebte „Austausch“ des Treuhänders ließ sich hiernach auf eine andere Weise als geschehen nicht herbeiführen.

### **Auch ein Hinweis des Beklagten auf die Folgen der Formnichtigkeit der Treuhandabrede war nicht erforderlich**

2. Entgegen der Meinung der Revision war der Beklagte nicht gehalten, die Beteiligten des Näheren auf die Folgen der Formnichtigkeit der Treuhandabrede hinzuweisen. Wie ausgeführt, ergab sich bei objektiver Betrachtung, dass sich die Vertragsbeteiligten darüber im Klaren waren, dass eine ohne Beachtung dieser Form geschlossene Treuhandvereinbarung rechtlich unwirksam ist. Hiervon durfte auch der Beklagte ausgehen. Des Hinweises auf eine (mögliche) Nichtigkeit des Geschäftsanteilsübertragungsvertrags bedurfte es nicht, weil dieser Vertrag zunächst (bis zur Arglistanfechtung) wirksam war. Jedenfalls wäre dem Beklagten ein diesbezügliches Versäumnis in Anbetracht der Billigung seines Verhaltens durch das Berufungsgericht (als Kollegialgericht) nicht als schuldhaft vorzuwerfen.

3. Auf die hilfsweise vom Berufungsgericht behandelte Frage der Zurechenbarkeit des geltend gemachten Schadens kommt es mangels Vorliegens einer (schuldhaften) Amtspflichtverletzung des Beklagten nicht an. ■

## **7. Gesellschaftsrecht – Zur Eintragung der GbR-Gesellschafter zusätzlich zur GbR in die GmbH-Gesellschafterliste**

(OLG Hamm, Beschluss vom 24.5.2016 – 27 W 27/16)

GBO § 47 Abs. 2

GmbHG § 40

HGB § 162 Abs. 1 S. 2

Ist eine (Außen-)Gesellschaft bürgerlichen Rechts Gesellschafter einer GmbH, so sind [neben] der Gesellschaft bürgerlichen Rechts als solcher auch die ihr angehörenden Gesellschafter aufzunehmen.

### **Zur Einordnung**

Dieser Beschluss des OLG Hamm – ebenso wie ein fast gleichlautender Beschluss desselben Senats vom 18.5.2016 (Az. 27 W 144/15, BeckRS 2016, 16476) – befasst sich mit der Frage, ob neben der GbR als Gesellschafterin der GmbH auch die GbR-Gesellschafter in die GmbH-Gesellschafterliste aufzunehmen sind.

Die Gesellschafterliste legitimiert die dort genannten Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft (§ 16 Abs. 1 GmbHG). Hierfür ist bei Gründung einer GmbH gem. § 8 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG eine Gesellschafterliste beim Handelsregister einzureichen, die bei Veränderungen gem. § 40 GmbHG zu aktualisieren ist (vgl. Kraffka/Kühn, Registerrecht, 9. Aufl. 2013, Rn. 1102, 1102a).

In der Gesellschafterliste sind gem. § 8 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG Name, Vorname, Geburtsdatum und Wohnort jedes Gesellschafters der GmbH zu nennen. Bei Personengesellschaften und juristischen Personen genügen Angaben zu Firma und Sitz (MüKoGmbHG/Herrler, 2. Aufl. 2015, § 8 Rn. 21). Auf die BGB-Gesellschaft kam vor Anerkennung der (Teil-)Rechtsfähigkeit § 18 GmbHG zur Anwendung, der die Eintragung von Mitberechtigten an einem Anteil regelt, also den Mitgliedern einer Bruchteils-, ehelichen Güter- oder Erbengemeinschaft (Wicke, GmbHG, 3. Aufl. 2016, § 18 Rn. 2). Mit Anerkennung der (Teil-)Rechtsfähigkeit der GbR entfällt aber die Anwendbarkeit des § 18 GmbHG, so dass nunmehr eine gesetzliche Vorschrift dazu fehlt, welche Angaben der GbR in die Gesellschafterliste aufzunehmen sind (MüKoGmbHG/Heidinger, 2. Aufl. 2016, § 40 Rn. 22 f.; Scheuch GmbHHR 2014, 568 [569]). Aufgrund der fehlenden Registerpublizität für die GbR wird überwiegend vertreten, dass die Angabe des Gesellschaftsnamens zur Identifikation nicht ausreicht, sondern zusätzlich eine Eintragung aller Gesellschafter der (Außen-)GbR erforderlich ist (Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, 19. Aufl. 2016, § 8 Rn. 4; Scholz/Seibt, GmbHG II., 11. Aufl. 2014, § 40 Rn. 17; Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 8 Rn. 7; MüKoGmbHG/Herrler, 2. Aufl. 2015, § 8 Rn. 22; Henssler/Strohn/Schäfer, GesR, 3. Aufl. 2016 § 8 Rn. 5). Gestützt wird diese Argumentation vorrangig auf eine analoge Anwendung des § 162 Abs. 1 S. 2 HGB, der bei einer GbR als Kommanditistin die Eintragung ihrer Gesellschafter mit den Angaben gem. § 106 Abs. 2 HGB im Handelsregister verlangt (MüKoGmbHG/Heidinger, 2. Aufl. 2016, § 40 Rn. 25; Henssler/Strohn/Schäfer, GesR, 3. Aufl. 2016 § 8 Rn. 5). Auch § 47 Abs. 2 GBO wird zur Begründung hinzugezogen (Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 8 Rn. 7; sa Kraffka/Kühn, RegisterR, 9. Aufl. 2013, Rn. 1101). Die Gegenauffassung hält hingegen die Aufnahme der gesellschaftsvertraglichen Bezeichnung der GbR in der Gesellschafterliste für ausreichend (vgl. Roth/Altmeyen/Altmeyen, GmbHG, 8. Aufl. 2015 § 40 Rn. 9; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 40 Rn. 10).

Gegen die analoge Anwendung der §§ 162 Abs. 1 S. 2 HGB, 47 Abs. 2 GBO wird das Erfordernis einer planwidrigen Regelungslücke vorgebracht (Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 40 Rn. 10). Denn trotz der seit Anerkennung der (Teil-)Rechtsfähigkeit der GbR ergangenen Gesetzesänderungen einschließlich der Einführung des § 47 Abs. 2 GBO und des § 40 GmbHG durch das MoMiG wurde die Eintragung der GbR-Gesellschafter in der Gesellschafterliste im Gesetz nicht adressiert (vgl. MüKoGmbHG/Heidinger, 2. Aufl. 2016, § 40 Rn. 25 (Eintragung aller Gesellschafter aber sinnvoll); sa Scholz/Seibt, GmbHG II., 11. Aufl. 2014, § 40 Rn. 17, der sich im Ergebnis aber für eine Eintragung aller Gesellschafter ausspricht). Dem wird allerdings entgegengehalten, dass Gesetzesänderungen zur GbR erst in letzter Sekunde aufgrund kurzfristiger Änderung der Rechtsprechung in die Gesetzentwürfe aufgenommen wurden (umfassend hierzu Scheuch GmbHHR 2014, 568 [571]). Aufgrund dessen könne man nicht davon ausgehen, dass sich der Gesetzgeber bewusst gegen eine Schließung dieser Regelungslücke entschieden habe (Scheuch GmbHHR 2014, 568 [571]).

Diesen Argumenten schließt sich auch das OLG Hamm in beiden Entscheidungen an und spricht sich für die Aufnahme der GbR-Gesellschafter in die GmbH-Gesellschafterliste aus. Dabei geht das Gericht auf die Gesetzgebung seit Anerkennung der (Teil-)Rechtsfähigkeit ein und verneint eine bewusste Entscheidung des Gesetzgebers gegen eine gesetzliche Regelung der Eintragung der GbR-Gesellschafter in der GmbH-Gesellschafterliste. Aufgrund der gegenläufigen Auffassungen im Schrifttum und einer fehlenden höchstrichterlichen Entscheidung hat das Gericht die Rechtsbeschwerde zugelassen, die beim BGH auch eingelegt wurde (Az. II ZB 12/16). Für die notarielle Praxis bleibt damit abzuwarten, wie sich der BGH zu dieser Frage äußern wird. Bis dahin empfiehlt es sich, rein vorsorglich alle GbR-Gesellschafter in die GmbH-Gesellschafterliste aufzunehmen.

*Die Schriftleitung (IK)*

### Zum Sachverhalt:

I. Die Beteiligte ist im Handelsregister des Amtsgerichts Siegen (HRB ...) eingetragen. Nach der Gesellschafterliste vom 14.2.2013 hielt der Gesellschafter C die Geschäftsanteile Nr. 18, 19, 20, 21.3, 22 und 23. Mit Urkunde Nr. ... /2015 des verfahrensbevollmächtigten Notars hat dieser Gesellschafter seine vorstehend genannten Geschäftsanteile an die „[V.] F“ Unternehmensbeteiligungsgesellschaft bürgerlichen Rechts übertragen. Der Notar fertigte daraufhin eine geänderte Gesellschafterliste und legte diese dem Registergericht zur Aufnahme in den Registerordner vor (Bl. 361 ff.). Unter den oben genannten Ziffern wurde die GbR ohne Angabe ihrer Gesellschafter aufgeführt (Bl. 369-371).

Mit Schreiben vom 28.12.2015 hat der zuständige Rechtspfleger des Amtsgerichts die vorgelegte Gesellschafterliste beanstandet und die Aufnahme in den Registerordner mit der Begründung verweigert, die Gesellschafter der GbR seien nicht mit Namen und Anschrift benannt worden.

Nach weiterem Schriftverkehr hat das Amtsgericht schließlich mit dem Beschluss vom 27.1.2016 (Bl. 353) die Aufnahme der geänderten Gesellschafterliste in den Registerordner mit der vorgenannten Begründung abgelehnt.

Dagegen richtet sich die Beschwerde der Beteiligten vom 10.2.2016, ergänzend begründet mit Schriftsatz vom 4.3.2016. Es sei bereits fraglich, ob dem Registergericht überhaupt eine Prüfungscompetenz zustehe. Jedenfalls mache das Gesetz keine zwingenden Vorgaben, wie die Veränderung in der Gesellschafterliste darzustellen sei. Die Gesellschafter der GbR seien mit Namen und Anschrift nicht aufzuführen.

Mit Beschluss vom 11.2.2016 hat das Amtsgericht der Beschwerde nicht abgeholfen und sie dem Senat zur Entscheidung vorgelegt.

### Aus den Gründen:

#### **Das Registergericht hat ein formales Prüfungsrecht bei Einreichung einer Gesellschafterliste nach § 40 GmbHG**

1.a. Das Registergericht darf prüfen, ob die Gesellschafterliste den formalen Anforderungen des § 40 GmbHG

entspricht, und darf bei Beanstandungen die Entgegennahme verweigern. Dieses formale Prüfungsrecht umfasst die Prüfung, ob Veränderungen in der Person der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligung eingetreten sind und ob die geänderten Eintragungen in der eingereichten Gesellschafterliste von dem Geschäftsführer oder dem Notar stammen, der an der Veränderung mitgewirkt hat (vgl. § 40 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 S. 1 und 2 GmbHG; BGH, DStR 2015, 1121, Rn. 7 m.w.N. = DNotZ 2015, 456 = NJW 2015, 1303).

#### **Die Angaben zu den Gesellschaftern der GbR gehören zwar nicht zum gesetzlich vorgeschriebenen Inhalt einer Gesellschafterliste, gleichwohl hat das Registergericht hier Prüfungscompetenz**

Die Angaben der Gesellschafter einer GbR, die wiederum Gesellschafter in einer GmbH ist, gehören nicht zu den gesetzlich vorgesehenen Angaben in der Gesellschafterliste.

Gleichwohl ist hier aber die Prüfungscompetenz des Registergerichts gegeben. Wenn entgegen dem Wortlaut von § 40 Abs. 1 S. 1 GmbHG über die gesetzlich vorgesehenen Angaben in die Gesellschafterliste hinausgehende Informationen aufgenommen werden sollen, setzt das mindestens voraus, dass ein erhebliches praktisches Bedürfnis des Rechtsverkehrs an der entsprechenden Information besteht (vergleiche BGH, a.a.O., Rn. 12). So liegt der Fall hier. Das erhebliche praktische Bedürfnis folgt hier insbesondere aus einem Interesse des Rechtsverkehrs.

#### **Es ist umstritten, ob die GbR mitsamt ihren Gesellschaftern in die Gesellschafterliste einzutragen ist**

b. Die Frage, ob eine GmbH-beteiligte GbR – hier die unter Nr. 18, 19, 20, 21.3, 22 und 23 der Gesellschafterliste genannte „[V.] F“ Unternehmensbeteiligungsgesellschaft bürgerlichen Rechts – mitsamt ihren Gesellschaftern gem. § 40 GmbHG in der Gesellschafterliste einzutragen ist, ist (soweit ersichtlich) noch nicht obergerichtlich oder höchstrichterlich entschieden worden (so u.a. bereits Scheuch, GmbHR 2014, 568 f.) und wird in der Literatur streitig diskutiert.

#### **Die überwiegende Auffassung spricht sich für die Aufnahme der GbR-Gesellschafter in die Gesellschafterliste aus**

aa) Überwiegend wird die Auffassung vertreten, zur Erreichung höchstmöglicher Transparenz des Gesellschafterbestandes sowie zum erleichterten Nachweis der Vertretung der Außen-GbR im Registerverfahren sei – vor allem in analoger Anwendung von § 162 Abs. 1 S. 2 HGB – nicht nur die GbR selbst, sondern seien auch deren Gesellschafter aufzunehmen (vgl. – m.w.N. – Scheuch, GmbHR 2014, 568 ff.; Scholz/Seibt, Kommentar zum GmbH-Gesetz, 11. Auflage 2014, § 40, Rn. 17; Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, 18. Auflage 2012, § 40, Rn. 6 d und § 8, Rn. 4; Henssler/Strohn/Schäfer und Oetker, Gesellschaftsrecht, 2. Auflage 2014, § 8 GmbHG, Rn. 5 und § 40 GmbHG, Rn. 5; Bayer, GmbHR 2012, 1, 2 f.; Mayer, MittBayNot 2014, 24, 31 f.; Krafka/Kühn, Registerrecht, 9. Auflage 2013, Rn. 1101; Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, 20. Auflage 2013, § 8, Rn. 7; Münchner Kommentar zum GmbHG/Schaub, 2. Auflage 2012, § 8, Rn. 15; vgl. auch die weiteren Nachweis bei Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, a.a.O., in Fn. 24 zu § 40 Rn. 10 und

DNotI-Report 2011, 73 ff.). So bestehe in dem Normzweck des § 162 Abs. 1 S. 2 HGB, der in der Sicherung der Haftungspublizität zu sehen sei, eine offensichtliche Parallele zu den Publizitätszwecken der GmbH-Gesellschafterliste. Darüber hinaus werde sowohl im Handelsregister als auch in der GmbH-Gesellschafterliste die GbR als Mitglied einer Gesellschaft eingetragen. In beiden Fällen sei jeweils der Blick „hinter die Kulissen“ einer vorgeordneten Gesellschaft von Interesse, nicht zuletzt auch aus Gründen der Geldwäscheprävention. Vor diesem Hintergrund stimme die Ratio hinter der handelsrechtlichen Vorschrift in hohem Maße mit den Zwecken überein, denen eine Eintragung von BGB-Gesellschaftern in der Gesellschafterliste diene (vgl. hierzu insb. Scheuch, a.a.O., S. 572; Scholz a.a.O.; so wohl auch Hasselmann, NZG 2009, 409, 412 f.).

### **Der Gegenauffassung fehlt es für eine analoge Anwendung des § 162 Abs. 1 S. 2 HGB zur Begründung der Eintragung der GbR-Gesellschafter an einer unbewussten Regelungslücke**

bb) Den Umstand, dass der den Regelungen zur Gesellschafterliste zugrunde liegende Transparenzgedanke sowie der erleichterte Nachweis der Vertretung der GbR an sich für die Benennung auch der GbR-Gesellschafter spricht, erkennt auch die Gegenauffassung an. Zugleich hält sie aber die Angabe der Gesellschafter in der Anmeldung – jedenfalls dann, wenn die GbR als solche keine Bezeichnung trägt – für nicht geboten (vgl. – m.w.N. – Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, § 40, Rn. 10; Roth/Altmeppen, GmbHG, 8. Auflage 2015, § 40, Rn. 9). Denn es sei zweifelhaft, ob in Anbetracht der zu § 162 Abs. 1 S. 2 HGB (und auch § 47 GBO) geführten Diskussionen bei Schaffung des § 40 GmbHG durch das MoMiG noch von einer unbewussten Regelungslücke gesprochen werden könne (Münchener Kommentar zum GmbHG/Heidinger, § 40, Rn. 18 ff., insbes. Rn. 21). Aus der Tatsache, dass der Gesetzgeber trotz der sich seit über zehn Jahren konsolidierenden Rechtsprechung zur Außen-GbR von einer der Regelung des § 162 Abs. 1 S. 2 HGB entsprechenden Norm im GmbH-Gesetz abgesehen habe, lasse sich schließen, dass es einen solchen gesetzgeberischen Willen nicht gebe.

### **Der Senat erkennt eine planwidrige Regelungslücke an**

cc) Der Senat schließt sich der zuerst genannten Auffassung an und hält die für eine Analogie erforderliche Voraussetzung einer planwidrigen Regelungslücke für erfüllt (so bereits Senat, Beschluss vom 10.5.2016, 27 W 144/15). Denn es lässt sich ohne weiteres erklären, dass der Gesetzgeber weder im Rahmen des MoMiG noch anlässlich der Verabschiedung des ERVGBG im Jahre 2009 eine § 161 Abs. 1 S. 2 HGB [Anm. d. Schriftl.: gemeint ist wohl § 162 Abs. 1 S. 2 HGB] entsprechende Regelung geschaffen hat. So erscheint es – hierauf hat Scheuch (GmbHR 2014, 568, 571) zu Recht hingewiesen – denkbar, dass der Gesetzgeber keine bewusste Entscheidung gegen die GbR-Gesellschaftereintragung treffen wollte.

Während die hier in Rede stehende Problematik bei Erlass des MoMiG möglicherweise nicht aktuell genug und dem Gesetzgeber damit nicht (mehr) präsent war, handelte es sich bei den die GbR betreffenden Neuerungen durch das ERVGBG um Änderungen, die in Reaktion auf eine BGH-Entscheidung in ein laufendes Verfahren eingebracht worden sind, in dessen Rahmen angesichts der Kürze der Zeit möglicherweise die erforderliche Weitsicht für weitere ge-

botene Regelungen fehlte. Gleiches gilt im Übrigen auch in Bezug auf die Entstehung des § 162 Abs. 1 S. 2 HGB im Jahre 2001, die einer kurz zuvor ergangenen Entscheidung des Bundesgerichtshofs geschuldet war (hierzu im Einzelnen Scheuch, a.a.O., S. 571).

Der Senat teilt die weitere Einschätzung von Scheuch, a.a.O., dass, sollte der Gesetzgeber die Problematik vor oder im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens das ERVGBG betreffend doch erkannt haben, erhebliche – möglicherweise auch politisch motivierte – Vorbehalte bestanden haben könnten, nur kurze Zeit nach der Reform durch das MoMiG erneut in die Vorschriften zur Gesellschafterliste einzugreifen.

Im Ergebnis ist daher nicht von einer bewussten Entscheidung des Gesetzgebers gegen eine § 162 Abs. 1 S. 2 HGB entsprechende Regelung im GmbHG auszugehen und – nicht zuletzt mit Blick auf die aufgeführten und für eine Analogie sprechenden Aspekte – eine für die analoge Anwendbarkeit dieser Norm erforderliche Regelungslücke anzunehmen.

### **2. Die Kostenentscheidung folgt aus § 84 FamFG.**

Die Festsetzung des Beschwerdewertes beruht auf § 36 Abs. 3 GNotKG.

Gemäß § 574 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2, 3 ZPO war die Rechtsbeschwerde zum Bundesgerichtshof zuzulassen. Die vorliegende Sache hat grundsätzliche Bedeutung; ferner erfordert die Fortbildung des Rechts eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts. Wie oben bereits dargestellt ist die hier entscheidungserhebliche, in der Literatur streitige Frage bisher obergerichtlich und insbesondere höchstrichterlich nicht entschieden und geklärt. ■

## **8. Kostenrecht – Zur gebührenrechtlichen Behandlung der Eintragung eines gemeinschaftlichen Wohnungsrechts**

(*OLG Hamm*, Beschluss vom 22.7.2016 – 15 W 566/15, mitgeteilt durch *Richter am OLG Tegenthoff*)

BGB §§ 428, 1093

GBO § 47 Abs. 1

GNotKG §§ 52 Abs. 4 S. 2, 55 Abs. 2, 56, 81 Abs. 2, Abs. 8

KostO § 24 Abs. 2 S. 2

**Zur kostenrechtlichen Behandlung der Eintragung eines Wohnungsrechts für mehrere Berechtigte mit der Bestimmung des Gemeinschaftsverhältnisses als Gesamtberechtigte gemäß § 428 BGB: Die Eintragung eines gemeinschaftlichen Wohnungsrechts nach § 428 BGB ist gebührenrechtlich eine Eintragung nur eines Rechts.**

### **Zur Einordnung**

In seiner nachstehend abgedruckten Entscheidung befasst sich das OLG Hamm mit der gebührenrechtlichen Behandlung der Eintragung eines gemeinschaftlichen Wohnungsrechts nach § 428 BGB.

Die Gebühr für die Eintragung eines Wohnungsrechts im Grundbuch ist in KV 14121 GNotKG geregelt. Danach fällt für die Eintragung eines Rechts, das keine Briefhypothek, Briefgrundschuld oder Briefrentenschuld darstellt, grundsätzlich eine 1,0-Gebühr an.

Der Geschäftswert richtet sich dabei – sofern das Recht auf die Lebensdauer einer Person beschränkt ist – nach § 52 Abs. 4 GNotKG. Danach bestimmt sich der Geschäftswert nach dem Wert einer von dem Alter der Person abhängigen Anzahl von Jahren. Hängt die Dauer des Rechts von der Lebensdauer mehrerer Personen ab, ist gem. § 52 Abs. 4 S. 2 GNotKG – je nachdem, ob das Recht mit dem Tod des zuletzt oder zuerst Sterbenden erlischt – das Lebensalter der jüngsten Person oder der ältesten Person maßgebend.

Ein Wohnungsrecht nach § 1093 Abs. 1 S. 1 BGB kann auch als gemeinschaftliches Recht mehrerer Personen nach § 428 BGB bestellt werden (BGH NJW 1967, 627 [628]; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rn. 1245). Nach der Rechtsprechung des BGH handelt es sich dabei materiell-rechtlich um eine Mehrheit von rechtlich miteinander zusammenhängenden Rechten (BGH NJW 1967, 627 [628]). Die Eintragung eines gemeinschaftlichen Wohnungsrechts nach § 428 BGB erfolgt jedoch gem. § 47 Abs. 1 GBO unter Angabe des für die Gemeinschaft maßgebenden Rechtsverhältnisses unter derselben laufenden Nummer (BGH NJW 1967, 627 [629]). Daraus wird geschlossen, dass es sich gebührenrechtlich lediglich um ein Recht handelt, das nur eine Gebühr auslöst (vgl. Korintenberg/Heyl, GNotKG, 19. Aufl. 2015, KV Nr. 14120-14125 Rn. 33; Leipziger-GNotKG/Zapf, 2013, § 52 Rn. 70).

Das OLG Hamm schließt sich in seiner Entscheidung der Ansicht an, wonach die Eintragung eines gemeinschaftlichen Wohnungsrechts nach § 428 BGB nur eine einmalige Gebühr nach KV 14121 GNotKG auslöst. Aufgrund der zusammengefassten Eintragung handelt es sich nach Auffassung des Gerichts gebührenrechtlich um die Eintragung nur eines Rechts. Auch aus § 52 Abs. 4 S. 2 GNotKG ergebe sich, dass die Eintragung eines gemeinschaftlichen Rechts nur eine einmalige Eintragungsgebühr auslösen soll.

Die Entscheidung dürfte aus Sicht der notariellen Praxis zum Anlass zu nehmen sein, dass auch die Bestellung eines Gesamtrechts nach § 428 BGB gebührenrechtlich nur als ein Recht abzurechnen ist (vgl. auch Leipziger-GNotKG/Zapf, 2013, § 52 Rn. 70).

*Die Schriftleitung (DH)*

## Zum Sachverhalt:

I. Mit Vertrag vom 8. Mai 2015 (Urkundennummer ... des Notars Dr. U) bestellten sich die Beteiligten zu 1) und 2) als Gesamtberechtigte gemäß § 428 BGB ein lebenslangliches Wohnungsrecht an sämtlichen Räumlichkeiten des Hauses des im Betreff näher bezeichneten Grundbesitzes. Nach Eintragung des Wohnungsrechts im Grundbuch in Abteilung II unter der laufenden Nummer 3 stellte das Amtsgericht der Beteiligten zu 1) mit Kostenansatz vom 11. Juni 2015 unter den Positionen 3 und 4 Gebühren gemäß KV 14121 GNotKG für die Eintragung des Wohnungsrechts der Beteiligten zu 1) in Höhe von 327,- EUR und für die Eintragung des Wohnungsrechts des Beteiligten zu 2) in Höhe von 246,- EUR in Rechnung.

Gegen diese Kostenrechnung legten die Beteiligten zu 1) und 2) Erinnerung ein mit der Begründung, für die Eintragung des einheitlichen Wohnungsrechts in Gesamtbe-

rechtigung nach § 428 BGB sei nur eine Gebühr zu berechnen.

Der Kostenbeamte half den Erinnerungen nicht ab und legte sie der zuständigen Grundbuchrechtspflegerin zur Entscheidung vor. Nach Einholung einer Stellungnahme des Beteiligten zu 3) hat die Grundbuchrechtspflegerin mit Beschluss vom 27. August 2015 die Erinnerung des Beteiligten zu 2) als unzulässig zurückgewiesen, da dieser nicht als Kostenschuldner in Anspruch genommen worden sei. Zudem hat sie die Erinnerung der Beteiligten zu 1) als unbegründet zurückgewiesen und zur Begründung auf die Vorgaben der Bezirksrevisoren im Oberlandesgerichtsbezirk Hamm verwiesen. Danach handele es sich bei der Gesamtberechtigung an einem Wohnungsrecht um mehrere Rechte, so dass die Eintragung, auch wenn sie unter einer laufenden Nummer im Grundbuch eingetragen werde, getrennte Gebührenansätze für jede Einzelberechtigung auslöse.

Gegen diesen Beschluss richtet sich die Beschwerde der Beteiligten zu 1) vom 4. November 2015, der das Amtsgericht – Grundbuchamt – nicht abgeholfen hat und die sie dem Senat zur Entscheidung vorgelegt hat.

## Aus den Gründen:

II. Die Beschwerde ist nach § 81 Abs. 2 GNotKG zulässig, insbesondere ist der Beschwerdewert erreicht.

Die Beschwerde hat auch in der Sache Erfolg.

### **Die Eintragung eines gemeinschaftlichen Wohnungsrechts nach § 428 BGB löst nur eine einmalige Gebühr nach KV 14121 GNotKG aus**

Die Eintragung des den Beteiligten zu 1) und 2) in Gesamtberechtigung eingeräumten Wohnungsrechts löst nur eine einmalige Gebühr nach KV 14121 GNotKG aus dem höheren Gebührenwert nach § 52 Abs. 1, Abs. 4 Satz 1 und 2 1. Alt. GNotKG aus.

### **Gebührenrechtlich handelt es sich nur um die Eintragung eines Rechts**

Nach § 55 Abs. 2 GNotKG i.V.m. Vorbemerkung 1.4 KV GNotKG löst die Eintragung eines Rechtes nur eine Gebühr aus. Der Senat geht entgegen der Auffassung der Bezirksrevisoren bei dem Oberlandesgerichts Hamm davon aus, dass die Eintragung eines gemeinschaftlichen Wohnungsrechts nach § 428 BGB gebührenrechtlich eine Eintragung nur eines Rechts ist. Dem steht nicht entgegen, dass nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Zulässigkeit einer Gesamtberechtigung beim Wohnungsrechts die Gesamtgläubigerschaft nach § 428 BGB materiell-rechtlich eine Mehrheit von rechtlich miteinander zusammenhängenden Rechten darstellt (BGHZ 46, 253-260). Es handelt sich dabei indessen nur um ein materiell-rechtliches Detail der Rechtsfigur der Gesamtgläubigerschaft, das für die kostenrechtliche Bewertung nicht von ausschlaggebender Bedeutung sein kann. Bereits materiell-rechtlich wird die selbstständige Forderungsberechtigung der Gesamtgläubiger ergänzt durch die rechtliche Verknüpfung, die sich aus § 428 S. 1 BGB ergibt: Jeder Gesamtgläubiger kann die gesamte Leistung fordern, die Leistung des Schuldners an einen Gesamtgläubiger wirkt aber schuldbefreiend. Der Leistungsgegenstand ist also ein einheitlicher. Das gilt auch für das Wohnungsrecht nach § 1093 BGB. Das dingliche Nutzungsrecht an den dem Wohnungsrecht unterliegenden Räumen ist seinem inhalt-

lichen Umfang nach einheitlich unabhängig davon, ob es von den Gesamtgläubigern einzeln oder gemeinschaftlich ausgeübt wird. Die rechtliche Verknüpfung der Forderungsberechtigungen der Gesamtgläubiger findet ihre Entsprechung im Grundbuchverfahrensrecht. Nach der bereits herangezogenen Entscheidung des BGH findet § 47 Abs. 1 GBO auf die Eintragung von Gesamtberechtigten im Sinne des § 428 BGB Anwendung. Daraus folgt, dass das Wohnungsrecht unter einer lfd. Nummer in Abt. II des Grundbuchs mit der Maßgabe einzutragen ist, dass das für die Gemeinschaft maßgebende Rechtsverhältnis (hier „als Gesamtberechtigte gemäß § 428 BGB“) zu bezeichnen ist. Da die Art des Gemeinschaftsverhältnisses für die Verfügungsbefugnis der Berechtigten von Bedeutung ist, soll durch die Bezeichnung des Gemeinschaftsverhältnisses dem Bestimmtheitsgrundsatz des Grundbuchrechts Rechnung getragen werden (vgl. Demharter, GBO, 29. Aufl., § 47 Rn. 1). Wenn aber das Grundbuchverfahrensrecht die zusammengefasste Eintragung der zwar selbstständigen, durch den Bezug auf den einheitlichen Leistungsgegenstand aber rechtlich miteinander verknüpften Forderungsberechtigungen zwingend vorschreibt, muss im Kostenrecht, dessen Gebührentatbestände an die Art und Weise der Eintragung im Grundbuch anknüpft, eine analoge Bewertung vorgenommen werden (im Ergebnis ebenso Heyl in: Korintenberg, GNotKG, 19. Auflage, KV Nr. 14120-14125, Rn. 33).

**Auch § 52 Abs. 4 S. 2 GNotKG geht davon aus, dass für ein zugunsten mehrerer Berechtigter eingeräumtes Recht nur eine Gebühr zu erheben ist**

Die Beschwerde weist in diesem Zusammenhang zu Recht darauf hin, die Wertvorschrift § 52 Abs. 4 S. 2 GNotKG ergebe einen deutlichen Anhaltspunkt dafür, dass auch gebührenrechtlich die Eintragung eines Rechtes für mehrere (Gesamt-) Berechtigte unter Bezeichnung des Gemeinschaftsverhältnisses nach § 47 Abs. 1 GBO nur die einmalige Erhebung der Eintragungsgebühr auslösen soll. Denn diese Vorschrift sieht ausdrücklich eine unterschiedliche Berechnung des Geschäftswertes für den Fall vor, dass die Dauer „des Rechts“ (hier der Dienstbarkeit) von der Lebensdauer mehrerer Personen abhängt je nachdem, ob das Recht mit dem Tod des erstversterbenden oder des letztversterbenden der Berechtigten erlischt. Die gesetzliche Vorschrift geht also davon aus, dass das eingetragene Recht mehreren Berechtigten zusteht, für dessen Eintragung nur eine Gebühr zu erheben ist und lediglich eine differenzierende Geschäftswertberechnung nach der Lebensdauer desjenigen Berechtigten vorzunehmen ist, die für die effektive Dauer des Rechts maßgebend ist. Für diese Differenzierung bestünde kein Anlass, wenn ohnehin eine gesonderte Gebühr für die Eintragung jedes Berechtigten zu erheben wäre, deren Geschäftswert ausschließlich nach seiner individuellen Lebensdauer zu bestimmen wäre. In diesem Zusammenhang besteht insbesondere kein Anhaltspunkt dafür, dass der Gesetzgeber die Vorschrift des § 52 Abs. 4 S. 2 GNotKG gerade für die in der Praxis verbreitete Bestimmung des Gemeinschaftsverhältnisses mehrerer Dienstbarkeitsberechtigter in der Form der Gesamtberechtigung nach § 428 BGB von dem Anwendungsbereich der Vorschrift hat ausschließen wollen. Die Gesetzesbegründung (BT-Drs. 17/11471 (neu) S. 172) beschränkt sich vielmehr auf den Hinweis darauf, dass die bisherige Vorschrift in § 24 Abs. 2 S. 2 KostO inhaltlich übernommen werde.

In dem angefochtenen Kostenansatz war danach die Position 4 aufzuheben. Es verbleibt bei der Berechtigung einer Gebühr nach KV 14121 GNotKG, wie sie unter Position 3 der Kostenrechnung in Ansatz gebracht worden ist. ■

## 9. Berufsrecht – Zur isolierten Pfändung der Kaufpreisforderung im Falle der Hinterlegung

(BGH, Beschluss vom 9.6.2016 – V ZB 37/15)

BGB §§ 401, 407 Abs. 1, 412

BNotO §§ 15 Abs. 2 S. 3, 19, 23

FamFG §§ 70 Abs. 1, Abs. 2, 71, 74 Abs. 5, Abs. 6 S. 2, 81 Abs. 1 S. 2

GNotKG § 36 Abs. 1

ZPO § 829 Abs. 1 S. 2, Abs. 3, 840 Abs. 1, Abs. 2, 845 Abs. 2

**Wird eine Kaufpreiszahlung über ein Notaranderkonto abgewickelt, erstreckt sich das mit der Pfändung des Kaufpreisanspruchs entstandene Pfandrecht auf den Auszahlungsanspruch des Verkäufers gegen den Notar.**

### Zur Einordnung

Die nachfolgend abgedruckte Entscheidung des BGH betrifft im Kern die Frage, wie sich bei einem auf einem Anderkonto hinterlegten Kaufpreis die isolierte Pfändung des Kaufpreisanspruches auf den Auskehrungsanspruch gegen den Notar auswirkt.

In der Vergangenheit hat sich der BGH bereits mit der Frage nach der Wirkung einer isolierten Pfändung des Auskehrungsanspruches befasst (vgl. BGH NJW 1989, 230 [231] = DNotZ 1989, 234 [236]). In Übereinstimmung mit der Literatur kam er insoweit zu dem Ergebnis, dass die Pfändung des Auskehrungsanspruches unwirksam ist, wenn nicht zugleich auch der Kaufpreisanspruch gepfändet wird (Grundsatz der Doppelpfändung) (vgl. BGH NJW 1989, 230 [231] = DNotZ 1989, 234 [236]; BeckOGK/Franken, 20.7.2016, § 54a BeurkG Rn. 57; Eylmann/Vaasen/Hertel, BNotO/BeurkG, 4. Aufl. 2016, § 23 BNotO Rn. 29; Winkler, BeurkG, 7. Aufl. 2015, § 54a Rn. 41). Diese Auffassung begründet der BGH im Wesentlichen damit, dass der Verkäufer ansonsten weiterhin frei über seine Kaufpreisforderung verfügen könnte, was mit dem Gebot der Rechtssicherheit nicht vereinbar wäre (vgl. BGH NJW 1989, 230 [231] = DNotZ 1989, 234 [236]; BeckOGK/Franken, 20.7.2016, § 54a BeurkG Rn. 57). Eine höchstrichterliche Entscheidung zu der in der Literatur umstrittenen Frage nach den Folgen einer isolierten Pfändung des Kaufpreisanspruches existierte bisher nicht, obschon die wohl hM davon ausging, dass die isolierte Pfändung des der Hinterlegung zugrundeliegenden schuldrechtlichen Anspruches auch den Auszahlungsanspruch erfasst und insoweit auch daran ein Pfändungspfandrecht entsteht (vgl. hierzu Grziwotz/Heinemann, BeurkG, 2. Aufl. 2015, § 54b Rn. 28; Eylmann/Vaasen/Hertel, BNotO/BeurkG, 4. Aufl. 2016, § 23 BNotO Rn. 29; Armbrüster/Preuß/Renner, BeurkG, 7. Aufl. 2015, § 54b Rn. 77; aA etwa Kawohl, Notaranderkonto, 1995, Rn. 12).

In seiner Entscheidung schließt sich der BGH der Auffassung der herrschenden Literatur an. Insoweit nimmt er unter Bezugnahme auf seine Rechtsprechung an, dass der Auskehrungsanspruch gegen den Notar im Verhältnis zum Kaufpreisanspruch als Nebenrecht iSv §§ 412, 401 BGB zu qualifizieren ist, welches auch im Falle einer Abtretung nach §§ 412, 401 BGB auf den Zessionar übergehen würde (vgl. hierzu BGH DNotZ 1999, 126). Schließlich stellt der BGH in seiner Entscheidung klar, dass in der Konstellation einer isolierten Pfändung des der Hinterlegung zugrundeliegenden schuldrechtlichen Anspruches lediglich der Schuldner und nicht der Notar Drittschuldner iSv § 840 ZPO ist und den Notar daher keine Pflicht zur Abgabe der Drittschuldnererklärung trifft.

Für die Praxis klärt die Entscheidung des BGH die bisher umstrittene Frage, ob eine isolierte Pfändung des Kaufpreiszahlungsanspruches im Falle der Hinterlegung auch den gegen den Notar gerichteten Auszahlungsanspruch erfasst dahingehend, dass das Pfändungspfandrecht sich auch auf Letzteren erstreckt. Ferner wird klargestellt, dass der Notar in dieser Konstellation nicht Drittschuldner ist und er vor diesem Hintergrund auch keine Drittschuldnererklärung abzugeben hat.

*Die Schriftleitung (AW)*

## Zum Sachverhalt:

I. Mit notariellem Vertrag vom 11. Juli 2013 verkaufte E. B. (im Folgenden: Verkäufer) den Eheleuten R. (im Folgenden: Käufer) ein Grundstück zu einem Kaufpreis von 347.000 €. Der Verkauf erfolgte frei von im Grundbuch eingetragenen Belastungen. Der Verkäufer übernahm die Kosten der Lastenfreistellung.

Nach Ziff. 5.2 des Kaufvertrages sollte die Kaufpreiszahlung über ein Notaranderkonto erfolgen. Der hinterlegte Kaufpreis sollte vorrangig dazu verwendet werden, die vertragsgemäße Lastenfreistellung zu erreichen, indem an die jeweiligen Gläubiger die von ihnen geforderten Ablösungsbeträge zu zahlen seien. Der Verkäufer wies den Notar diesbezüglich an, alle ihm im Zusammenhang mit dem Vertragsvollzug treffenden Kosten aus dem Notaranderkonto zu begleichen. Der Notar wurde ferner von den Vertragsparteien in einseitig nicht widerruflicher Weise angewiesen, den Restkaufpreis nach Eintritt der im Kaufvertrag geregelten Auszahlungsvoraussetzungen auf ein Konto des Verkäufers zu überweisen. Der Kaufpreis wurde im August 2013 auf das Notaranderkonto eingezahlt.

Die Kaufpreisforderung war Gegenstand mehrerer durch verschiedene Gläubiger des Verkäufers veranlasster Pfändungen. Unter anderem brachte die Beteiligte zu 1 auf Grundlage eines Zahlungstitels eine Vorphändung des Kaufpreisanspruchs aus, die den Käufern am 18. Juli 2013 zugestellt wurde. In gleicher Sache erwirkte sie am 30./31. August 2013 die Zustellung einer erneuten Vorphändung des Kaufpreisanspruchs bei den Käufern. Der entsprechende Pfändungs- und Überweisungsbeschluss wurde ihnen am 10. September 2013 zugestellt.

Aufgrund eines titulierten Zahlungsanspruches in Höhe von 72.983,88 € wurde durch den Beteiligten zu 2 sowohl der Anspruch des Verkäufers auf Kaufpreiszahlung als auch dessen Auskehrungsanspruch aus dem Notar-

anderkonto gepfändet. Die vorausgegangene Vorphändung wurde dem Notar am 17. September 2013 und der entsprechende Pfändungs- und Überweisungsbeschluss am 14. Oktober 2013 zugestellt. Ebenfalls am 14. Oktober 2013 erwirkte die Beteiligte zu 1 die Zustellung eines weiteren Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses an den Notar, durch welchen der Auskehrungsanspruch des Verkäufers gepfändet wurde.

Bei Eintritt der Auszahlungsreife ergab sich nach Abzug aller an die auszulösenden Gläubiger gezahlten Beträge ein Guthaben in Höhe von 19.991,16 € auf dem Notaranderkonto. Mit Vorbescheid vom 22. November 2013 kündigte der Notar an, von dem hinterlegten Geldbetrag einen Teilbetrag auf sein Geschäftskonto einzuzahlen, damit von dort die Grundbuchkosten der Lastenfreistellung bestritten werden könnten. Der Restbetrag von 17.616,16 € werde an den Rechtsanwalt des Beteiligten zu 2 überwiesen.

Hiergegen hat die Beteiligte zu 1 bei dem Notar Beschwerde eingelegt. Sie möchte die Anweisung des Notars erreichen, von dem verbleibenden Restbetrag den durch sie gepfändeten Betrag in Höhe von 2.373,78 € an sie auszuzahlen, hilfsweise diesen Betrag an die Käufer zurückzuzahlen. Der Notar hat der Beschwerde nicht abgeholfen und sie dem Landgericht zur Entscheidung vorgelegt. Dieses hat die Beschwerde zurückgewiesen. Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde, deren Zurückweisung der Beteiligte zu 2 beantragt, verfolgt die Beteiligte zu 1 ihr Ziel weiter.

## Aus den Gründen:

II. Das Beschwerdegericht meint, die Beteiligte zu 1 habe durch die isolierte Pfändung des Kaufpreisanspruchs am 10. September 2013 kein Pfändungspfandrecht erlangt. Hierzu wäre entweder die zusätzliche Pfändung des Auskehrungsanspruchs gegen den Notar oder zumindest die Zustellung des den Kaufpreisanspruch pfändenden Beschlusses (auch) an den Notar erforderlich gewesen. Aus der am 14. Oktober 2013 bewirkten Pfändung des Auskehrungsanspruchs gegen den Notar könne die Beteiligte zu 1 ebenfalls nichts herleiten, da die von dem Beteiligten zu 2 veranlasste Pfändung vorrangig sei und den auf dem Anderkonto verbliebenen Restbetrag vollständig ausschöpfe.

Die Beteiligte zu 1 könne die Auszahlung des begehrten Betrages auch nicht aufgrund einer dem Notar seitens der Vertragsparteien nachträglich erteilten Weisung beanspruchen, da sich aus dem hierzu vorgelegten E-Mail-Verkehr keine Weisung ergebe, zudem nur der Käufer gehandelt habe und eine Weisung überdies formunwirksam wäre.

III. Diese Erwägungen halten einer rechtlichen Prüfung in einem entscheidenden Punkt nicht stand.

1. Die Rechtsbeschwerde ist aufgrund der Zulassung in dem angefochtenen Beschluss insgesamt statthaft (§ 15 Abs. 2 Satz 3 BNotO i.V.m. § 70 Abs. 1 u. 2 FamFG). Entgegen der Ansicht des Beteiligten zu 2 ist sie ohne Einschränkung zugelassen. Die Begründung des Beschwerdegerichts, der Bundesgerichtshof habe „noch nicht über die hier zu entscheidende Rechtsfrage entschieden“ – gemeint ist ersichtlich die Wirkung einer isolierten Pfändung des Kaufpreisanspruchs auf den Auskehrungsanspruch gegen den Notar –, ist nicht als

inhaltliche Beschränkung der Zulassungsentscheidung zu verstehen. Zudem wäre eine beschränkte Zulassung unzulässig, da die Frage der Wirksamkeit der Pfändung der Beteiligten zu 1 vom 10. September 2013 nur eine von mehreren Vorfragen für die Rechtmäßigkeit des von dem Notar angekündigten Vorgehens ist. Insoweit bezieht sich die Rechtsfrage, derentwegen die Rechtsbeschwerde zugelassen wurde, nicht auf einen abtrennbaren Teil des Streitgegenstands (vgl. zu diesem Erfordernis: Senat, Beschluss vom 9. Dezember 2010 – V ZB 149/10, juris Rn. 7; Beschluss vom 29. Januar 2004 – V ZR 244/03, NJW-RR 2004, 1365, 1366; BGH, Urteil vom 27. Mai 2009 – XII ZR 111/08, NJW 2009, 2450 Rn. 9 = DNotZ 2010, 60 jeweils mwN).

2. Die auch im Übrigen zulässige (§ 71 FamFG) Rechtsbeschwerde hat in der Sache Erfolg.

**Gegenstand einer Beschwerde nach § 15 Abs. 2 BNotO kann auch die Ankündigung eines Notars sein, eine Amtstätigkeit gegen den Willen eines Beteiligten vornehmen zu wollen**

a) Zutreffend geht das Beschwerdegericht davon aus, dass gegen die Ankündigung des Notars, die Auskehrung des auf dem Anderkonto verbliebenen Restbetrages an die Beteiligte zu 2 zu veranlassen, die Beschwerde nach § 15 Abs. 2 BNotO statthaft ist. Gegenstand einer Beschwerde nach dieser Vorschrift kann nicht nur die Verweigerung einer Amtstätigkeit durch den Notar sein, sondern auch die – wie hier im Wege eines Vorbescheids erfolgte – Ankündigung, eine Amtstätigkeit gegen den Willen eines Beteiligten vornehmen zu wollen (Senat, Beschluss vom 1. Oktober 2015 – V ZB 67/14, NJW 2016, 163 Rn. 6 = DNotZ 2016, 220 mit Anm. Schönemann; Beschluss vom 28. Oktober 2010 – V ZB 70/10, juris Rn. 12 jeweils mwN). Als Pfändungspfandgläubigerin ist die Beteiligte zu 1 zudem beschwerdebefugt, da sie in die Rechtsposition eingetreten ist, die ihrem Schuldner, dem Verkäufer, an dem auf dem Anderkonto des Notars eingezahlten Betrag zustehen könnte (vgl. OLG Hamm, OLGR 1993, 208; Sandkühler in Arndt/Lerch/Sandkühler, BNotO, 8. Aufl., § 15 Rn. 103; Eylmann/Vaasen/Frenz, BNotO/BeurkG, 3. Aufl., § 15 BNotO Rn. 42).

**Für die Änderung einer nach der Urkunde nicht einseitig widerruflichen Verwahrungsansweisung ist eine übereinstimmende Erklärung aller Beteiligten erforderlich**

b) Rechtsfehlerfrei ist auch die Auffassung des Beschwerdegerichts, der Notar sei nicht aufgrund einer ihm erteilten Weisung zur Auszahlung des durch die Beteiligte zu 1 beanspruchten Betrages verpflichtet.

Eine nachträgliche Änderung der nach dem Kaufvertrag einseitig unwiderruflicher Verwahrungsansweisungen erfordert eine übereinstimmende Erklärung aller an dem Vertrag beteiligten Parteien. Daran fehlt es nach den tatrichterlichen Feststellungen des Beschwerdegerichts, die entgegen der Ansicht der Beteiligten zu 1 nicht zu beanstanden sind. Den E-Mail-Verkehr, aus dem sich die übereinstimmende nachträgliche Änderung der Verwahrungsansweisungen ergeben soll, hat das Beschwerdegericht seiner Beurteilung zugrunde gelegt. Empfänger der E-Mail des Käufers vom 26. Juli 2013 war nicht der Notar. Demgegenüber ist die E-Mail des Käufers vom 31. Juli 2013, der offenbar die Vollmacht des Verkäufers bezüglich einer Kaufpreisänderung vom 24. Juli 2013 beigefügt war, zwar an den Notar gerichtet. Die Würdi-

gung des Beschwerdegerichts, ihr lasse sich keine Weisung entnehmen, ist angesichts ihres Inhalts aber aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Dies gilt auch hinsichtlich der Feststellung des Beschwerdegerichts, aus dem vorgelegten Schriftverkehr ergebe sich nicht, dass der Käufer zugleich für seine Ehefrau gehandelt habe.

c) Ohne Rechtsfehler geht das Beschwerdegericht weiter davon aus, dass die auf Veranlassung der Beteiligten zu 1 den Käufern am 18. Juli 2013 zugestellte Vorphändung die Wirkung eines Arrests gemäß § 845 Abs. 2 ZPO i.V.m. § 930 Abs. 1 ZPO nicht entfalten konnte. Die Vorphändung wirkt wie eine Beschlagnahme der betroffenen Forderung (BGH, Urteil vom 30. März 1983 – VIII ZR 7/82, BGHZ 87, 166, 168) und begründet den Rang des Pfändungspfandrechts, das durch eine Pfändung innerhalb eines Monats seit Zustellung des vorläufigen Zahlungsverbots entsteht (§ 845 Abs. 2 i.V.m. §§ 804, 930 Abs. 1 ZPO; BGH, Urteil vom 8. Mai 2001 – IX ZR 9/99, NJW 2001, 2976; Beschluss vom 10. November 2011 – VII ZB 55/10, MDR 2012, 54 Rn. 9). Da die Pfändung der Kaufpreisforderung erst am 10. September 2013 und damit nicht innerhalb der Monatsfrist bewirkt worden ist, hat die Vorphändung vom 18. Juli 2013 ihre Wirkung verloren.

d) Rechtsfehlerhaft nimmt das Beschwerdegericht dagegen an, auch durch die erneute, den Käufern am 30./31. August 2013 zugestellte Vorphändung des Kaufpreisanspruchs in Verbindung mit dem ihnen am 10. September 2013 zugestellten Pfändungs- und Überweisungsbeschluss habe die Beteiligte zu 1 kein Pfändungspfandrecht erwerben können.

**Die isolierte Pfändung des Auskehrungsanspruches ist unwirksam, wenn nicht zugleich der der Verwahrung zugrundeliegende Anspruch gepfändet wird**

aa) Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist die Pfändung des Anspruchs auf Auszahlung von dem Notaranderkonto unwirksam, wenn nicht zugleich auch der der Verwahrung zugrunde liegende Anspruch – hier der Kaufpreisanspruch – gepfändet wird. Dies beruht auf der Erwägung, dass der Verkäufer ansonsten über seine Forderung noch frei verfügen könnte und dies mit dem Gebot der Rechtssicherheit nicht vereinbar wäre (BGH, Urteil vom 19. März 1998 – IX ZR 242/97, BGHZ 138, 179, 184 = DNotZ 1999, 126 = DNotI-Report 1998, 109; BGH, Urteil vom 30. Juni 1988 – IX ZR 66/87, BGHZ 105, 60, 64 f. = DNotZ 1989, 234).

**Die Wirkung einer isolierten Pfändung des der Hinterlegung zugrundeliegenden schuldrechtlichen Anspruches wird in der Literatur unterschiedlich beurteilt**

bb) Die umgekehrte Konstellation und damit die Frage, welche Wirkung einer isolierten Pfändung des Kaufpreisanspruchs zukommt, wird dagegen im Schrifttum unterschiedlich beurteilt.

Nach einer vereinzelt vertretenen Ansicht, der das Beschwerdegericht folgt, ist die Pfändung des Kaufpreisanspruchs ohne gleichzeitige Pfändung des gegenüber dem Notar bestehenden Auskehrungsanspruches unbeachtlich (Bräu, Verwahrungstätigkeit des Notars, 1992, Rn. 248; Kawohl, Notaranderkonto, 1995, Rn. 112). Demgegenüber genügt nach ganz überwiegend vertretener Auffassung eine isolierte Pfändung des Kaufpreisanspruchs, da sich das hieran begründete Pfändungspfandrecht auf den Auskehrungsanspruch erstreckt (Sandkühler in Arndt/

Lerch/Sandkühler, BNotO, 8. Aufl., § 23 Rn. 190; Eylmann/Vaasen/Hertel, BNotO/BeurkG, 3. Aufl., § 23 BNotO Rn. 29; Hertel in Ganter/Hertel/Wöstmann, Handbuch der Notarhaftung, 3. Aufl., Rn. 1945; ders. in Limmer/Hertel/Frenz/Mayer, Würzburger Notarhandbuch, 4. Aufl., Teil 2 Kapitel 2 Rn. 772; Winkler, BeurkG, 17. Aufl., § 54 b Rn. 41; Renner in Armbrüster/Preuß/Renner, BeurkG, 6. Aufl., § 54 b Rn. 77; Grziwotz/Heinemann/Grziwotz, BeurkG, 2. Aufl., § 54 b Rn. 29; Haug/Zimmermann, Die Amtshaftung des Notars, 3. Aufl., Rn. 745; Strehle, Die Zwangsvollstreckung in das Guthaben des Notaranderkontos, 1995, S. 73 ff.; Ganter, DNotZ 2004, 421, 432; Volhard, DNotZ 1987, 523, 543 f.; Göbel, DNotZ 1984, 257, 259; Rupp/Fleischmann, NJW 1983, 2368, 2369).

**Das Pfändungspfandrecht erstreckt sich bei einer isolierten Pfändung des der Hinterlegung zugrundeliegenden schuldrechtlichen Anspruches auch auf den Auszahlungsanspruch gegen den Notar**

cc) Der Senat entscheidet die Frage im Sinne der zuletzt genannten Auffassung. Wird eine Kaufpreiszahlung über ein Notaranderkonto abgewickelt, erstreckt sich das mit der Pfändung des Kaufpreisanspruchs entstandene Pfandrecht auf den Auszahlungsanspruch gegen den Notar.

**Die Pfändung des Hauptrechtes erstreckt sich auf alle Nebenrechte, die im Falle der Abtretung auf den Zessionar übergehen würden**

(1) Die mit der Pfändung des Hauptrechtes verbundene Beschlagnahme erstreckt sich ohne weiteres auf alle Nebenrechte, die im Falle einer Abtretung nach §§ 412, 401 BGB auf den Gläubiger übergehen (vgl. BGH, Beschluss vom 18. Juli 2003 – IXa ZB 148/03, NJW-RR 2003, 1555, 1556; Beschluss vom 16. Juni 2000 – BLw 30/99, WM 2000, 2555, 2556; Urteil vom 18. Juni 1998 – IX ZR 311/95, NJW 1998, 2969 jeweils mwN). Die Vorschrift des § 401 BGB erfasst neben den dort genannten Rechten auch andere unselbständige Sicherungsrechte sowie Hilfsrechte, die zur Durchsetzung der Forderung erforderlich sind (BGH, Urteil vom 7. Dezember 2006 – IX ZR 161/04, WM 2007, 406 Rn. 13; Urteil vom 14. Juli 1966 – VIII ZR 229/64, BGHZ 46, 14, 15).

**Der Auskehrungsanspruch ist als Nebenrecht iSv § 401 BGB zu qualifizieren**

Der Auskehrungsanspruch gegen den Notar ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs im Verhältnis zur Kaufpreisforderung als ein solches Nebenrecht einzuordnen. Die Einschaltung des Notars zur Abwicklung des Kaufpreises soll sicherstellen, dass die Ansprüche der Parteien Zug um Zug erfüllt werden. Die Vertragspartner sollen vor rechtlichen Nachteilen geschützt werden, die mit Inhalt und Zweck der getroffenen Regelung nicht vereinbar sind. Der Auszahlungsanspruch gegen den Notar entsteht im Zuge der Vertragsabwicklung; er hängt daher, solange die Kaufpreisforderung noch nicht erloschen ist, eng und unmittelbar mit ihr zusammen. Der Anspruch gegen den Notar wird nur deshalb begründet, weil der Verkäufer von seinem Vertragspartner nicht Zahlung an sich verlangen kann; er ergänzt die vertragliche Forderung (BGH, Urteil vom 19. März 1998 – IX ZR 242/97, BGHZ 138, 179, 184 = DNotZ 1999, 126 = DNotI-Report 1998, 109). Die Abtretung des Kaufpreisanspruchs führt deshalb entsprechend § 401 BGB auch zum Übergang des Auskehrungsanspruchs gegen den Notar (vgl. auch BGH, Urteil vom 7. Dezember 2006 –

IX ZR 161/04, WM 2007, 406 Rn. 13 zu einem Treuhandvertrag eines Kreditinstituts; KG, DNotZ 1999, 994, 996 f.; Renner in Armbrüster/Preuß/Renner, BeurkG, 6. Aufl., § 54 b Rn. 89; Eylmann/Vaasen/Hertel, BNotO/BeurkG, 3. Aufl., § 23 BNotO Rn. 33; Hertel in Limmer/Hertel/Frenz/Mayer, Würzburger Notarhandbuch, 4. Aufl., Teil 2 Kapitel 2 Rn. 773; Sandkühler in Arndt/Lerch/Sandkühler, BNotO, 8. Aufl., § 23 Rn. 187; Winkler, BeurkG, 17. Aufl., § 54 b Rn. 35; Haug/Zimmermann, Die Amtshaftung des Notars, 3. Aufl., Rn. 747; Kawohl, Notaranderkonto, 1995, Rn. 107). Die durch das Beschwerdegericht für zwingend erforderlich gehaltene zusätzliche Pfändung des Auskehrungsanspruchs findet vor diesem Hintergrund im Gesetz keine Stütze.

**Bei einer isolierten Pfändung des der Hinterlegung zugrundeliegenden schuldrechtlichen Anspruches ist lediglich der Schuldner und nicht der Notar Drittschuldner iSv § 840 ZPO**

(2) Die Erwägung des Beschwerdegerichts, dass der Notar Drittschuldner des Auskehrungsanspruchs sei und ihn die Rechte und Pflichten aus § 840 ZPO träfen, an ihn aber bei der isolierten Pfändung des Kaufpreisanspruchs eine Zustellung des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses nicht erfolge und ihn damit auch nicht das Verbot erreiche, an den Schuldner zu zahlen, geht in ihrer Prämisse fehl.

**Den Notar trifft keine Auskunftspflicht nach § 840 ZPO**

Bei einer isolierten Pfändung des Kaufpreisanspruchs ist – auch wenn sich die Pfändung nach § 401 BGB auf den Auskehrungsanspruch erstreckt – nur der Käufer Drittschuldner. Dieser muss im Rahmen seiner Drittschuldnererklärung nach § 840 Abs. 1 ZPO die notarielle Verwahrung angeben. Weil der Notar hinsichtlich des Kaufpreisanspruchs nicht Drittschuldner ist, trifft ihn keine Auskunftspflicht nach § 840 Abs. 1 ZPO. Wird ihm die isolierte Pfändung und Überweisung des Kaufpreisanspruchs nachgewiesen, hat er den hinterlegten Betrag an den Pfändungspfandgläubiger auszukehren (Zöller/Stöber, ZPO, 31. Aufl., § 829 Rn. 33 unter „Notar“; Stöber, Forderungspfändung, 16. Aufl., Rn. 1781a; Sandkühler in Arndt/Lerch/Sandkühler, BNotO, 8. Aufl., § 23 Rn. 190; Ganter, DNotZ 2004, 421 432; Rupp/Fleischmann, NJW 1983, 2368, 2369).

**Die Zustellung des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses ist dem Notar durch Vorlage der Zustellungsurkunde nachzuweisen**

(3) Im Übrigen verblieben auch bei einer Doppelpfändung des Kaufpreisanspruchs und des Auskehrungsanspruchs in Bezug auf die Frage der Wirksamkeit der Pfändung für den Notar Unwägbarkeiten, da er sich nicht sicher sein kann, ob der Pfändungs- und Überweisungsbeschluss auch an den Käufer zugestellt worden ist (vgl. Ganter, DNotZ 2004, 421, 434 f.). Für eine zutreffende Bewertung, an wen der verwahrte (Rest-) Kaufpreis auszusahlen ist, muss der Notar in jedem Fall Kenntnis davon haben, ob und zu welchem Zeitpunkt die Pfändung des Kaufpreisanspruchs durch Zustellung des entsprechenden Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses an den Käufer bewirkt worden ist. Diese hat er erst dann, wenn ihm die Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Käufer als Drittschuldner im Sinne des § 829 Abs. 3 ZPO durch Vorlage der Zustellungsurkunde nachgewiesen wird oder der Drittschuldner dem No-

tar die erfolgte Zustellung bestätigt (vgl. Hertel in Limmer/Hertel/Frenz/Mayer, Würzburger Notarhandbuch, 4. Aufl., Teil 2 Kapitel 2 Rn. 772).

(4) Hinzu kommt, dass der Pfändungspfandgläubiger ausgehend von dem Rechtsstandpunkt des Berufungsgewichts vor erhebliche Probleme gestellt würde. Er hat im Zweifel weder Kenntnis darüber, dass die Kaufpreiszahlung über ein Notaranderkonto erfolgt, noch über die Person des Notars. Er wäre daher auf die schnelle und richtige Auskunft des Drittschuldners angewiesen, um eine wirksame Pfändung vornehmen zu können.

**Die Unterrichtung des Notars über die erfolgte Pfändung der Kaufpreisforderung liegt im Eigeninteresse des Käufers**

(5) Auch wird die Zustellung des die Kaufpreisforderung betreffenden Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses in der Praxis dem Notar – wie auch hier – regelmäßig zur Kenntnis gebracht werden. Da eine Auszahlung des Kaufpreises durch den Notar trotz der erfolgten Pfändung des Kaufpreisanspruchs gegen das gerichtliche Verfügungsverbot verstoßen würde (§ 829 Abs. 1 Satz 2 ZPO i.V.m. §§ 135, 136 BGB), läuft der Käufer Gefahr, erneut zahlen zu müssen, so dass sein Eigeninteresse auf eine unverzügliche Unterrichtung des Notars gerichtet sein wird. Nichts anderes gilt für den Pfändungspfandgläubiger, wenn ihm die Hinterlegung auf einem Notaranderkonto – etwa aufgrund der Drittschuldnererklärung – bekannt ist. Er hat ein Interesse daran zu verhindern, dass die hinterlegten Beträge bei Auszahlungsreife an den Verkäufer abfließen.

**In entsprechender Anwendung von § 407 Abs. 1 BGB wird der Notar von seiner Leistungspflicht frei, wenn er in Unkenntnis einer wirksamen Pfändung an den Verkäufer oder einen nachrangigen Pfändungspfandgläubiger auszahlt**

(6) Die durch das Beschwerdegericht angeführte Gefahr einer Haftung des Notars gegenüber dem Pfändungspfandgläubiger nach § 840 Abs. 2 ZPO oder § 19 BNotO besteht nicht. Der Notar muss keine Pfändungen beachten, von denen er keine Kenntnis hat (vgl. Renner in Armbrüster/Preuß/Renner, BeurkG, 6. Aufl., § 54b Rn. 79). In einem solchen Fall scheidet eine Haftung des Notars aus. Zahlt er in Unkenntnis einer wirksamen Pfändung an den Verkäufer oder an einen nachrangigen Pfändungspfandgläubiger aus, wird er in entsprechender Anwendung von § 407 Abs. 1 BGB von seiner Leistungspflicht frei (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 26. Januar 1983 – VIII ZR 258/81, BGHZ 86, 337, 338 f.; Urteil vom 27. Oktober 1988 – IX ZR 27/88, BGHZ 105, 358, 359 f.; RGZ 87, 412, 418; Becker in Musielak/Voit, ZPO, 12. Aufl., § 829 Rn. 20).

IV. Die angefochtene Entscheidung ist daher ebenso wie der Vorbescheid des Notars aufzuheben (§ 15 Abs. 2 Satz 3 BNotO i.V.m. § 74 Abs. 5 FamFG). Der Notar ist anzuweisen, über die Auskehrung des noch auf dem Notaranderkonto befindlichen Guthabens unter Beachtung der Rechtsansicht des Senats erneut zu entscheiden (§ 15 Abs. 2 Satz 3 BNotO i.V.m. § 74 Abs. 6 Satz 2 FamFG). Ausgehend von seinem Rechtsstandpunkt kam es auf das Rangverhältnis der durch andere Gläubiger bewirkten Pfändungen nicht an. Wie der Notar in seinem Vorbescheid zutreffend ausführt, ist er bei einer abweichenden Beurteilung der Wirksamkeit der Pfändung der Beteiligten zu 1 gehalten, die gesamte Auskehrung unter Berücksichtigung der weiteren Pfändungen neu zu prüfen.

V. Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 15 Abs. 2 Satz 3 BNotO i.V.m. § 81 Abs. 1 Satz 2 FamFG. Die Festsetzung des Gegenstandswerts beruht auf § 61 Abs. 1 Satz 1, § 36 Abs. 1 GNotKG und richtet sich nach der Höhe des im Streit stehenden Auskehrungsbetrages. ■

## Rechtsprechung in Leitsätzen

### 1. Liegenschaftsrecht – Zur Heilung eines formnichtigen Vertrages über das gesamte gegenwärtige Vermögen

(BGH, Urteil vom 28.6.2016 – X ZR 65/14)

BGB §§ 125, 311b Abs. 3, 518 Abs. 1, Abs. 2, 812 Abs. 1

Der Formmangel eines Schenkungsvertrags, in dem sich der Schenker zur Übertragung seines gesamten gegenwärtigen Vermögens verpflichtet, wird nicht durch Vollzug geheilt.

(Fundstellen: *beck-online, Bundesgerichtshof*) ■

### 2. Liegenschaftsrecht – Zur Zulässigkeit einer Vormerkung für den jeweiligen Eigentümer eines Grundstücks

(OLG München, Beschluss vom 30.9.2016 – 34 Wx 303/16)

BGB §§ 883 Abs. 1, 885 Abs. 1, Abs. 2, 894  
GBO §§ 18 Abs. 1, 22 Abs. 1 S. 1, 53, Abs. 1, 71 Abs. 1

Die Vormerkung (bei Ausübung des bedingten Ankaufsrechts) „für jeweiligen (jeweilige) Eigentümer von ...“ ist keine nach ihrem Inhalt unzulässige Eintragung und deswegen auch nicht zu löschen.

(Fundstellen: *beck-online, Bayern.Recht, Jurion, juris*) ■

### 3. Liegenschaftsrecht – Zur Prüfungspflicht des Grundbuchamtes hinsichtlich des Umfangs einer Vollmacht

(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 6.9.2016 – I-3 Wx 154/16, mitgeteilt durch *Richter am OLG a.D. von Wnuck-Lipinski*)

GBO § 19

Das Grundbuchamt hat vor dem Vollzug einer von einem Bevollmächtigten bewilligten Eintragung die Wirksamkeit und den Umfang der Vollmacht – auch wenn der beurkundende Notar diese für ausreichend erachtet hat – selbstständig zu prüfen und bei Zweifeln an ihrem Umfang nach den für die Auslegung von Grundbucheklärungen geltenden Grundsätzen auszulegen (hier mit dem Ergebnis, dass die vom Zuwendungsempfänger erteilte Vollmacht auch die Rückübertragung des ihm im Wege vorweggenommener Erbfolge übertragenen Grundbesitzes nach Geltendmachung des dem Zuwendenden für bestimmte Fälle vorbehaltenen Vertragsrücktritts umfasst).

(Fundstellen: *beck-online, juris*) ■

### 4. Liegenschaftsrecht – Zur Löschung einer Rückauflassungsvormerkung nach dem Tod des Übergebers

(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 31.8.2016 – I-3 Wx 265/15, mitgeteilt durch *Richter am OLG a.D. von Wnuck-Lipinski*)

GBO §§ 18, 19, 22 Abs. 1 S. 1, 53 Abs. 1 S. 2, 72, 73, 75  
GNotKG §§ 22 Abs. 1, 25 Abs. 1

1. Zum Nachweis der Voraussetzungen für die Löschung einer den Anspruch auf Rückübertragung eines Grundstücks (hier: in den Fällen „Veräußerung oder Belastung ohne Zustimmung, Eröffnung des Konkursverfahrens oder Zwangsvollstreckung in das Grundstück, grober Undank“) sichernden Vormerkung zugunsten des übertragenden Eigentümers bei dessen Tod durch den Übertragungsempfänger – neuen Eigentümer – (Löschungsbewilligung des Erben oder lediglich Nachweis des Todes des Berechtigten?)

2. Zur Unzulässigkeit einer Zwischenverfügung, mit der der Rechtspfleger dem Übertragungsempfänger als Voraussetzung für die Löschung der Rückauflassungsvormerkung die Beibringung einer Löschungsbewilligung des Erben aufgibt wegen ernsthafter und endgültiger Verweigerung der Vorlage und entgegenstehender Unbehebbarkeit des beanstandeten Löschungshindernisses.

(Fundstellen: *beck-online, juris*) ■

### 5. Liegenschaftsrecht – Zur Darlegungslast bei Zweifeln an der Geschäftsfähigkeit im Grundbuchverkehr

(OLG München, Beschluss vom 27.9.2016 – 34 Wx 235/16)

BGB §§ 104, 105, 925 Abs. 1  
GBO §§ 18 Abs. 1, 20, 29 Abs. 1 S. 2

Im Grundbuchverfahren obliegt es der antragstellenden Partei einer Auflassung, die durch Tatsachen begründeten ernsthaften Zweifel an der Geschäftsfähigkeit des anderen Teils so weit auszuräumen, dass wieder vom Erfahrungssatz regelmäßig gegebener Geschäftsfähigkeit ausgegangen werden kann (Anschluss an BayObLG vom 5.4.1989, BReg 2 Z 33/89 = BayObLGZ 1989, 111). Dass im zivilprozessualen Erkenntnisverfahren die Darlegungs- und Beweislast für Geschäftsunfähigkeit denjenigen trifft, der sich auf sie beruft, ändert daran nichts.

(Fundstellen: *beck-online, Bayern.Recht, Jurion, juris*) ■

## 6. Liegenschaftsrecht – Zum Inhalt einer auflösend bedingten Vormerkung

(KG, Beschluss vom 11.10.2016 – 1 W 337/16, mitgeteilt durch *Richter am KG Dr. Rieger*)

BGB §§ 158 Abs. 2, 883 Abs. 1, 885 Abs. 1 S. 1 Alt. 2;  
GBO §§ 19, 22 Abs. 1 S. 1, 29 Abs. 1

Es ist rechtlich möglich, eine Vormerkung unter die auflösende Bedingung zu stellen, dass beim Grundbuchamt eine Erklärung des Urkundsnotars eingereicht wird, der gesicherte Anspruch bestehe nicht.

(Fundstellen: *beck-online, Entscheidungsdatenbank Berlin-Brandenburg, juris*) ■

## 7. Liegenschaftsrecht – Zur Vollstreckung aus einer isolierten Grundschuld

(OLG Hamm, Urteil vom 14.7.2016 – 5 U 148/15)

BGB §§ 133, 157, 242, 371, 1047, 1142 Abs. 1, 1191 Abs. 1, 1192 Abs. 1a, 1197  
ZPO §§ 91, 531 Abs. 2, 543 Abs. 2, 767, 775 Nr. 1, 794 Abs. 1 Nr. 5, 800 Abs. 1

1. Macht der Kläger die Unwirksamkeit des Vollstreckungstitels selbst geltend, handelt es sich um eine sogenannte „Titelgegenklage“ analog § 767 Abs. 1 ZPO.
2. Im Unterschied zu der gebräuchlichen Sicherungsgrundschuld liegt einer Grundschuld, die keine Forderung sichern soll (sogenannte „isolierte Grundschuld“) zwar keine Sicherungsabrede zugrunde, aber eine Art Treuhandvereinbarung zwischen Eigentümer und Grundschuldinhaber.

(Fundstellen: *beck-online, Jurion, juris, Rechtsprechungsdatenbank NRW*) ■

## 8. Erbrecht – Zur Unzulässigkeit einer Zwischenverfügung bei nicht behebbaren Mängeln

(OLG München, Beschluss vom 30.9.2016 – 34 Wx 339/16)

BGB § 925, § 2032 Abs. 1, § 2042, § 2368  
GBO § 13, § 18 Abs. 1, § 20, § 29

Fehlende Voraussetzungen für den Erlass einer Zwischenverfügung mit Monierung des fehlenden Erbscheins, wenn dessen Vorlage auf der Grundlage des vom Antragsteller gebrachten Vortrags die begehrte Eintragung nicht erlauben würde.

(Fundstellen: *beck-online, Bayern.Recht, Jurion, juris*) ■

## 9. Kostenrecht – Zur Berücksichtigung von Erschließungskosten bei der Verkehrswertermittlung

(OLG München, Beschluss vom 7.9.2016 – 34 Wx 64/16)

BauGB § 194

GNotKG §§ 45 Abs. 3, 46, 47, 51 Abs. 1 S. 1, 59 S. 1, 79, 83 Abs. 1

ImmoWertV § 5 Abs. 2, Abs. 3

Zur Berücksichtigung von Erschließungskosten bei der Ermittlung des Verkehrswerts eines erschließungsbeitragspflichtigen Grundstücks aus dem Bodenrichtwert für erschließungsbeitragsfreies Bauland.

(Fundstellen: *beck-online, Bayern.Recht, Jurion*) ■

## 10. Steuerrecht – Zur grunderwerbsteuerlichen Bemessungsgrundlage bei insolvenzbedingtem Ausfall der Kaufpreisforderung

(BFH, Urteil vom 12.5.2016 – II R 39/14)

GrEStG §§ 8 Abs. 1, 9 Abs. 1 Nr. 1, 16 Abs. 3  
BewG § 12

AO §§ 165 Abs. 2, 175 Abs. 1 S. 1 Nr. 2

Der teilweise Ausfall der Kaufpreisforderung und der vereinbarten Stundungszinsen aufgrund Insolvenz des Käufers führt nicht zu einer Änderung der Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer für den Grundstückskauf.

(Fundstellen: *beck-online, Bundesfinanzhof*) ■

## 11. Steuerrecht – Zum einheitlichen Erwerbsgegenstand im Grunderwerbsteuerrecht

(BFH, Urteil vom 6.7.2016 – II R 5/15)

GrEStG 1997 §§ 8 Abs. 1, 9 Abs. 1 Nr. 1

Die Verpflichtung des Erwerbers, das im Zeitpunkt des Erwerbs noch unbebaute Grundstück alsbald nach den gestalterischen Vorgaben der Veräußererseite zu bebauen, reicht für sich allein nicht aus um anzunehmen, dass der Erwerber das Grundstück im bebauten Zustand erwirbt. Hinzukommen muss, dass das vom Erwerber mit der Bebauung beauftragte Bauunternehmen in diesem Zeitpunkt zur Veräußererseite gehörte.

(Fundstellen: *beck-online, Bundesfinanzhof*) ■

### Gesetzentwurf zur Weiterentwicklung der steuerlichen Verlustverrechnung bei Körperschaften

Das Bundeskabinett hat am 14. September 2016 den Entwurf eines Gesetzes zur Weiterentwicklung der steuerlichen Verlustverrechnung bei Körperschaften beschlossen. Der Gesetzentwurf dient der Neuausrichtung der steuerlichen Verlustverrechnung bei Körperschaften und bezweckt die Rahmenbedingungen für die Kapitalausstattung insbesondere junger Unternehmen zu verbessern und deren weiteres Wachstum zu fördern. Ist ein Unternehmen für seine Finanzierung auf die Neuaufnahme oder den Wechsel von Anteilseignern angewiesen,

sollen jetzt nicht genutzte Verluste weiterhin steuerlich berücksichtigt werden können, sofern derselbe Geschäftsbetrieb nach einem Anteilseignerwechsel fortgeführt wird (siehe hierzu Pressemitteilung des Bundesfinanzministeriums vom 14. September 2016 mit Link zum Gesetzentwurf, abrufbar unter <http://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Pressemitteilungen/Finanzpolitik/2016/09/2016-09-14-PM19-verlustrechnung-koerperschaften.html>). ■

## Hinweise

### Gebührenfreiheit für Datenübermittlung an Notare nach dem Bundesmeldegesetz

Die Meldebehörden übermitteln Notaren nach dem am 1. November 2015 in Kraft getretenen Bundesmeldegesetz („Gesetz zur Fortentwicklung des Meldewesens“, BGBl. I 2013, 1084 ff., nebst Änderungsgesetz hierzu, BGBl. I 2014, 1738 ff.) Auskünfte aus dem Melderegister gemäß § 34 BMG als „Übermittlung von Daten an andere öffentliche Stellen“ und nicht als Melderegisterauskünfte gemäß §§ 44 ff. BMG. Diese Datenübermittlung ist gemäß § 34 Abs. 6 S. 1 BMG gebührenfrei.

Maßgeblich für diese Unterscheidung einer Datenübermittlung nach § 34 BMG von der Melderegisterauskunft nach §§ 44 ff. BMG ist die Einordnung der Notare als „andere öffentliche Stelle“ im Sinne von § 2 Abs. 1 bis 3, Abs. 4 S. 2 BDSG. Wie das Ministerium für Inneres und Kommunales des Landes Nordrhein-Westfalen den Meldebehörden in einem Schreiben vom 10. Oktober 2016 mitteilte, erfüllt ein Notar als unabhängiger Träger eines öffentlichen Amtes gemäß § 1 BNotO die Voraussetzungen einer öffentlichen Stelle der Länder im Sinne von § 2 Abs. 2 BDSG.

Das Ministerium weist allerdings auf Folgendes hin:

1. Gemäß § 34 Abs. 6 S. 2 BMG bleiben landesrechtliche Regelungen zur Gebührenerhebung bei Datenübermittlungen aus zentralen Meldedatenbeständen oder Portalen auf Landesebene unberührt. Daher gilt auch hier § 8 Abs. 2 GebührenG NRW, der eine Gebühren-

befreiung nicht zulässt, wenn die zu zahlende Gebühr einem Dritten auferlegt werden kann. Das Ministerium weist aber darauf hin, dass bei Anfragen eines Notars im Rahmen von Ermittlungen nach § 351 FamFG der Notar die Gebühren keinem Dritten auferlegen kann.

2. Ist der Betroffene selbst zum Nachweis gegenüber dem Notar verpflichtet und würden für sein Auskunftsersuchen Gebühren anfallen, entfällt das Gebührenprivileg. Im Rahmen der Ermittlungen nach § 351 FamFG scheidet aber eine solche die Gebührenfreiheit ausschließende Nachweispflicht des Betroffenen gegenüber dem Notar regelmäßig aus.
3. Für Anwaltsnotare weist das Ministerium darauf hin, dass anwaltliche Anfragen auf Melderegisterauskünfte Gebühren auslösen, nicht jedoch die Anfragen im Rahmen der notariellen Tätigkeit.

Aufgrund dieser vorgenannten Hinweise sollten Notare bei ihrer Anfrage angeben, ob die Anfrage im Rahmen ihrer notariellen Tätigkeit gestellt wird, ob den Betroffenen eine Nachweispflicht gegenüber dem Notar trifft und ob es dem Notar möglich ist, die Gebühr für das Auskunftsersuchen einem Dritten aufzuerlegen. Bei Anfragen im Rahmen von Ermittlungen nach § 351 FamFG genügt ein Hinweis auf die Ermittlungen. Die Handhabung soll zudem auch bei Auskünften aus dem Personenstandsregister gemäß § 65 Abs. 1 Personenstandsgesetz gelten. ■

## Buchbesprechung

**Eylmann/Vaasen, Bundesnotarordnung,  
Beurkundungsgesetz, 4. Auflage 2016**

**Verlag C.H. Beck, 1.741 Seiten,  
ISBN 978 3 406 68943 7, 169,00 €**

Mehr als fünf Jahre sind seit dem Erscheinen der 3. Auflage des bestens eingeführten Kommentars zum gesamten Berufs- und Verfahrensrecht der Notare vergangen. In der Zeit hat sich sehr viel getan. Dies betrifft zum einen den Kommentar selbst: Mit dem Wechsel der Herausgeber ist auch eine Verjüngung der Autorenschaft einhergegangen. In den Kreis der Kommentatoren eingetreten sind hervorragende Praktiker, die alle seit vielen Jahren als Geschäftsführer regionaler Notarkammern (Notarassessor Dr. Bremkamp, Rechtsanwalt de Buhr, Notarassessor Rüdiger Müller), als Mitglieder oder ehemalige Mitglieder der Geschäftsführung der Bundesnotarkammer (Notarassessor Dominik Hühren, Notar Dr. Ulrich Simon) oder als Praktiker des Notariats (Rechtsanwalt und Notar Dr. Peter Ellefret, Notar Dr. Tobias Genske) tätig sind. Die Herausgeberschaft hat neben Notar Dr. Frenz, Mitglied des Vorstandes der Rheinischen Notarkammer, Rechtsanwalt und Notar Miermeister, Präsident der Notarkammer Oldenburg, übernommen. Beibehalten wurden dankenswerter Weise das Konzept, das Berufs- und Verfahrensrecht der Notarinnen und Notare in einem Werk zu kommentieren.

Auch inhaltlich hat sich in den vergangenen fünf Jahren viel getan. Insbesondere das grundlegende Urteil des EuGH vom 24.5.2011 zum früheren Staatsangehörigkeitsvorbehalt in § 5 BNotO als Abschluss des von der Kommission eingeleiteten Vertragsverletzungsverfahrens ist von nicht zu unterschätzender Bedeutung für die Entwicklung des Status und des Selbstverständnisses des deutschen Notariats. *Baumann* setzt sich nachhaltig mit dieser Entscheidung und den in ihrem Gefolge ergangenen Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts auseinander. Er betont (§ 5 BNotO, Rz 15) zu Recht, dass die Tätigkeit des deutschen Notars als Teil der vorsorgenden Rechtspflege hoheitliche Tätigkeit ist und den sich daraus ergebenden gesetzlichen Beschränkungen unterliegt. Der EuGH habe die Ausgestaltung des deutschen Notarberufs als hoheitliche Ausübung eines öffentlichen Amtes nicht in Frage gestellt. In seinem Ausblick in ein künftiges europäisches Recht (§ 5 BNotO, Rz. 23) wagt es Baumann, ein europäisches Notariat zu denken. Dies setzte indes zunächst die Vereinheitlichung des Rechts der Freiwilligen Gerichtsbarkeit und der mit ihr korrespondierenden materiell-rechtlichen Vorschriften, der europäischen Register und der beurkundungsrechtlichen Verfahrensvorschriften voraus. Diese von Baumann befürwortete Entwicklung wird sicher noch dauern.

Für den wirtschaftlichen Erfolg einer Notarstelle ist der dem Notar zugewiesene Amtssitz von erheblicher Bedeutung. Mit allen Fragen rund um den in § 10 BNotO geregelten Amtssitz befasst sich *Bremkamp*. Geradezu handbuchartig erläutert er alle mit dem Amtssitz in Verbindung stehenden Fragen und Probleme. Dabei zeigt er auf, dass es durchaus auch zu Konflikten zwischen benachbarten Notaren kommen kann, die ihre Grundlage

in den Erwerbsinteressen jedes einzelnen Amtsträgers haben können. Notare, die sich fragen, ob es ihnen erlaubt sein könnte, außerhalb des Amtsbereichs zu beurkunden, werden in den sehr präzisen und inhaltsreichen Ausführungen Bremkamps zur Anwendung des § 10 a Abs. 2 BNotO fündig.

Von hoher praktischer Relevanz sind mittlerweile die Überlegungen *Wilkes* zu den Aufgaben des Notariatsverwalters im Anwaltsnotariat. Gemäß § 56 Abs. 3 BNotO darf ein Notariatsverwalter, der die Nachfolge eines Anwaltsnotars antritt, nur innerhalb der ersten drei Monate neue Notariatsgeschäfte vornehmen. Wilke spricht sich richtigerweise dafür aus, dass sich die Auslegung des Rechtsbegriffs des „neuen Notariatsgeschäfts“ an den Interessen der Rechtsuchenden orientieren sollte. Zu Recht weist Wilke darauf hin, dass in jeder Beurkundung, selbst wenn sie einen einheitlichen Lebenssachverhalt betrifft, ein eigenes Notariatsgeschäft zu sehen. Ist ein bestimmter Lebenssachverhalt bereits verfahrenshängig geworden, so sind „weitere“ Beurkundungen, die unter Beteiligung der gleichen Rechtsuchenden der Abwicklung dieses Sachverhaltes dienen, keine neuen Notariatsgeschäfte. Dieser Ansatz ist gerade in Ansehung der Entscheidung des BGH vom 25.11.2013, DNotZ 2014, 311, richtig.

Von besonderer Bedeutung für das notarielle Verfahrensrecht war und ist die Neufassung des § 17 Abs. 2 a BeurkG. Präzise und meinungsstark kommentiert *Frenz* die verfahrensrechtlichen Verpflichtungen des Notars. Richtigerweise weist Frenz darauf hin, dass zahlreiche Fragen insbesondere zur Anwendung der „Zwei-Wochen-Frist“ jedenfalls gerichtlich noch ungeklärt sind. Frenz lässt diese Fragen aber nicht offen, sondern beantwortet sie. So setzt er sich (§ 17 BeurkG, Rz. 52 ff.) mit der Frage auseinander, wann bei Textänderungen nach Versendung des beabsichtigten Text die Frist neu beginnt. Frenz schlägt vor, dass alle Änderungen der Hauptleistungspflichten, die über bloße Geringfügigkeiten hinaus gehen, eine neue Frist auslösen könnten. Bei einem Bauträgervertrag könnte dies nach seiner Meinung bedeuten, dass eine erneute Versendung eines beabsichtigten Textes zu erfolgen hat, wenn z.B. der Kaufpreis nicht nur geringfügig (Grenze 1 %) ohne Leistungsänderung erhöht wird, oder der Fertigstellungstermin z.B. um mehr als zwei Monate nach hinten verschoben wird. Man muss diese enge Auslegung des § 17 Abs. 2 a BeurkG nicht für richtig halten. Dankbar ist man aber dafür, dass Frenz überhaupt Position bezieht, die dem vorsichtigen Notar jedenfalls Anhaltspunkte für seine eigene Entscheidung gibt.

Ebenfalls von großer Klarheit geprägt sind die Ausführungen von Miermeister und de Buhr zu der in § 15 DONot verankerten Pflicht zur Führung eines Beteiligtenverzeichnisses im Bereich des Anwaltsnotariats. Mit guten Gründen kommen Miermeister und de Buhr zu dem Ergebnis, dass § 15 DONot in unzulässiger Weise in die Berufsfreiheit der Anwaltsnotarinnen und Anwaltsnotare eingreife und daher verfassungswidrig sei. Dies sei auch im Lichte der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu § 10 a Abs. 3 DONot nicht anders zu bewer-

ten. Zudem sei das Beteiligtenverzeichnis in seiner praktischen Relevanz äußerst fraglich. § 15 DONot sei das Musterbeispiel einer in der Praxis nutzlosen und weitgehend leerlaufenden Überreglementierung. Man muss diesen Wertungen der Autoren nicht folgen, freut sich aber die „klare Ansage“.

Alles zum notariellen Berufs- und Verfahrensrecht aus einer Hand, auf der Höhe der Zeit und mit klaren Positionen kommentiert: Was will man mehr. Die Anschaffung des Kommentars kann allen Notarinnen und Notaren uneingeschränkt empfohlen werden.

Rechtsanwalt *Christoph Sandkühler*, Hamm ■