

## AUFsätze

## Überzeugende Ergebnisse statt stringenter Dogmatik

Replik zu **Sakka**: Der pauschalierte Zugewinnausgleich und das Europäische Nachlasszeugnis<sup>1</sup>Von Notar Dr. **Stefan Bandel**, Passau

Bedeutung und Folgen von § 1371 Abs. 1 BGB in internationalen Erbfällen waren schon vor der EU ErbVO Gegenstand intensiver Diskussion, die mit der güterrechtlichen Qualifikation dieser Norm durch den BGH einen vorübergehenden Abschluss fand. Diese Qualifikation führt allerdings (scheinbar) in Bezug auf das Europäische Nachlasszeugnis zu unbefriedigenden Ergebnissen, die das KG dazu veranlasst hat, mehrere grundlegende Fragen hierzu dem EuGH zur Entscheidung vorzulegen.

*Sakka* hat in seinem gut begründeten Aufsatz diese unbefriedigenden Ergebnisse zum Anlass genommen, die Qualifikation des BGH in Bezug auf die EU ErbVO zu korrigieren. Wegen der besseren Ergebnisse plädiert er für eine erbrechtliche Qualifikation. Zu diesem Ergebnis ist mit Urteil vom 1.3.2018 nun auch der EuGH gelangt.<sup>3</sup> Dies hat in der Tat den Vorteil, dass ein Europäisches Nachlasszeugnis für die gesamte Erbfolge erteilt werden kann – allerdings um den Preis, dass gerade dann, wenn deutsches Güterrecht mit ausländischem Erbrecht zusammentrifft, der überlebende Ehegatte den ihm zugeordneten güterrechtlichen Vermögensanteil verliert und bestenfalls mit einer unsicheren Korrektur durch Anpassung des ausländischen Erbrechts entschädigt wird. Dies ist ein hoher Preis für dogmatische Reinheit.

Bei einem Rechtsinstrument, das von 28 Mitgliedstaaten verhandelt wurde, in 26 Mitgliedstaaten in Kraft getreten ist und allseitige Geltung beansprucht, stößt stringente Dogmatik wie eine einheitliche Qualifikation einer spezifisch deutschen Norm jedoch an unüberwindbare Grenzen. Statt sich hieran abzuarbeiten, sollte man als richtig empfundene Ergebnisse den Vorrang vor bruchlosen dogmatischen Begründungen einräumen. Für den konkreten Fall bedeutet dies, dass nicht eine richtige Qualifikation im Sinne der EU ErbVO alle Fragen beantwortet, sondern dass die Qualifikation je nach Fragestellung unterschiedlich ausfallen kann. Dies soll anhand der Vorlageentscheidung des KG verdeutlicht werden.

Der vom KG zu entscheidende Sachverhalt ist an Gewöhnlichkeit und fehlender Internationalität kaum zu überbieten. Der in Deutschland Verstorbene war deutscher Staatsangehöriger, war mit einer Deutschen aufgrund in Deutschland geschlossener Ehe verheiratet und hatte seinen Wohnsitz und gewöhn-

lichen Aufenthalt in Deutschland. Mangels Testament und mangels Ehevertrag wurde er nach deutschem Recht von seinem einzigen Kind und seiner Ehefrau gemäß § 1924 Abs. 1, § 1931 Abs. 1 und 3 i. V. m. § 1371 Abs. 1 BGB jeweils hälftig beerbt. Der einzige internationale Gesichtspunkt war ein halber Miteigentumsanteil an einem in Schweden belegenen Grundstück. Das Nachlasszeugnis wurde benötigt, um die Umschreibung des Miteigentumsanteils auf die Erben herbeizuführen.

Das KG sah sich ebenso wie das Nachlassgericht jedoch außerstande, dieses von keinem vernünftigen Menschen angezweifelte Ergebnis so wie beantragt im Europäischen Nachlasszeugnis zu verlautbaren, da ein Viertelerteil des Ehegatten nicht als Erbschaft, sondern als pauschaler Zugewinnausgleich erworben wurde. Grund hierfür sei die güterrechtliche Qualifikation des § 1371 Abs. 1 BGB und die daraus folgende Nichtanwendbarkeit der EU ErbVO auf das eheliche Güterrecht.

Nun ergibt sich aus Art. 1 Abs. 2 lit. d EU ErbVO unzweifelhaft, dass diese Verordnung nicht auf Fragen des ehelichen Güterrechts anwendbar ist. Dies ist jedoch nicht anders als gemäß Art. 1 Abs. 2 lit. a EU ErbVO beim Personenstand. Es steht nirgends, dass Ergebnisse, die diese ausgenommenen Bereiche in Bezug auf die Nachlassbeteiligung herbeiführen, sich nicht auf Entscheidungen zur Nachlassbeteiligung und damit auch auf das Europäische Nachlasszeugnis auswirken dürfen. Ein solches Verbot führt zu praktisch wenig brauchbaren und damit unsinnigen Ergebnissen – und das ausgerechnet im einfachen und besonders häufigen Standardfall, bei dem deutsches Erb- und Güterrecht zusammentreffen.

Konsequenz der Erwägungen des KG ist, dass ein Europäisches Nachlasszeugnis ergehen muss, das im konkreten Fall das Kind des Erblassers als Erben zu  $\frac{1}{2}$ , die Ehefrau des Erblassers als Erben zu  $\frac{1}{4}$  und das letzte Viertel als gar nicht vererbt ausweist, insoweit also eine Lücke enthält (kurz: „Europäisches Nachlasszeugnis mit Lücke“).<sup>4</sup> Diese Lücke entsteht aber nur deshalb, weil das KG bei dieser Entscheidung mitdenkt, dass der gesetzliche Güterstand nach deutschem Recht zur Anwendung kommt und damit ein Erbteil von  $\frac{1}{4}$  als pauschaler Ausgleich für den Ehegatten aufgrund Güterrechts existiert. Es löst den Fall also unter Anwendung deutschen

1 MittBayNot 2018, 4.

2 BGH, Urteil vom 13.5.2015, IV ZB 30/14, BGHZ 205, 290 = MittBayNot 2015, 507 m. Anm. *Süß*.

3 C-558/16, ZEV 2018, 205 m. Anm. *Bandel*.

4 Zu Alternativen *Weber*, DNotZ 2016, 424, 440, der aus Transparenzgründen vorschlägt, im Europäischen Nachlasszeugnis die Erbquote einmal mit und einmal ohne Berücksichtigung des Güterrechts auszuweisen und zwar in Form der vom KG abgelehnten informatorischen Ausweisung.

Güterrechts, sieht sich jedoch gezwungen, das Ergebnis dieser Rechtsanwendung zwar durch die Lücke aufzuzeigen, jedoch nicht auszusprechen. Kann man im Ernst glauben, dass dies das zutreffende Ergebnis bei Anwendung eines europäischen Rechtsakts ist?

Ein Europäisches Nachlasszeugnis mit Lücke ist genau das, was kein rechtssuchender Bürger brauchen kann, da es keinen Nachweis einer umfassenden Verfügungsbefugnis über den Nachlass darstellt. Geliefert wird ein perfekter Beitrag zur Europaverdrossenheit, denn vor der EU ErbVO hätte man sich mit dem deutschen Erbschein und vielleicht einiger gutachterlicher Aussagen beholfen, um die Erbfolge auch für das Grundstück in Schweden nachzuweisen. Nun werden schwedische Behörden zu Recht das Europäische Nachlasszeugnis als Nachweis verlangen, welches sich jedoch wegen besagter Lücke nicht als Nachweis eignet. Fragt der verwirrte Bürger nach, wie das nun passieren konnte, wird man ihm erklären, dass die Verschlechterung daran liege, dass die EU Rechtsnormen erlasse, die leider mit dem guten alten Institut der deutschen Zugewinnsgemeinschaft nicht zusammenpassen. Kurz: Die EU hat mit ihrer neuen Regelung wieder etwas verschlechtert.

Insofern ist es mehr als verständlich, wenn *Sakka* dieses Ergebnis durch Änderung der Qualifikation vermeiden will, obwohl damit genau das geschieht, was Art. 1 Abs. 2 lit. d EU ErbVO eigentlich ausschließt, nämlich eine Veränderung des Güterrechts aufgrund der EU ErbVO. Absolut vorhersehbar war deshalb, dass sich der EuGH auch aus diesem Grund nun für die erbrechtliche Qualifikation entschieden hat.<sup>5</sup>

Musste man für ein besseres Ergebnis von der güterrechtlichen Qualifikation des § 1371 Abs. 1 BGB Abstand nehmen? Nein! Man qualifiziert güterrechtliche Normen als das, was sie sind, wendet sie an und verlautbart dann, wenn ein im Sinne des Europäischen Nachlasszeugnisses relevantes erbrechtliches Ergebnis (Allein- oder Miterbenstellung oder eine sonstige dingliche Beteiligung am Nachlass) dabei herauskommt, dieses als Erbrecht im Europäischen Nachlasszeugnis und zwar mit allen Wirkungen des Europäischen Nachlasszeugnisses.

Anders als von *Sakka* vorgeschlagen und nun vom EuGH entschieden würden keine güterrechtlichen Wirkungen verändert, um ein vollwertiges Europäisches Nachlasszeugnis zu erlangen, sondern man beließe ganz im Sinne von Art. 1 Abs. 2 lit. d EU ErbVO die güterrechtliche Position und gewährte trotzdem ein aussagekräftiges und wirksames Europäisches Nach-

lasszeugnis für die gesamte Erbenstellung. Nur so ist es ein Instrument für die zügige, unkomplizierte und effiziente Abwicklung einer Erbsache im Sinne von Erwägungsgrund 67 der EU ErbVO.

Das Ergebnis ist erbrechtlich und kann in diesem Sinne auch so qualifiziert werden, selbst wenn der Grund für das Ergebnis im Güterrecht liegt. Verkürzt: Die materielle rechtliche Anwendung des § 1371 Abs. 1 BGB erfolgt wie bisher über eine güterrechtliche Qualifikation, die sich hieraus ergebende Erbquote wird erbrechtlich qualifiziert. Diese dogmatische Offenheit löst scheinbare Probleme, ohne ein neues zu schaffen. Unverändert schwierig bleibt es nur, Erb- und Güterrechte verschiedener Rechtsordnungen, die nicht aufeinander abgestimmt sind, einander anzupassen. Außerdem kann es passieren, dass wegen der (noch) fehlenden Vereinheitlichung des Güterkollisionsrechts Nachlassgerichte verschiedener Länder verschiedene Güterrechte anwenden. Diese Probleme sind aber alt und haben mit der EU ErbVO nichts zu tun. Tatsächliche Entscheidungsdivergenzen sind wegen der Zuständigkeitsregelung der EU ErbVO ohnehin eher die Ausnahme. Ein unbestreitbarer Vorzug der erbrechtlichen Qualifikation ist es allerdings, das Problem für § 1371 Abs. 1 BGB im Anwendungsbereich der EU ErbVO komplett eliminiert und Kompensationsfragen ins Güterrecht verlagert zu haben.

Man kann nicht mehr hoffen, dass der EuGH die Vorlagefrage des KG in diesem Sinne undogmatisch und mit Blick auf ein güterrechtlich stimmiges Ergebnis beantworten wird. Er hat sich – wie *Sakka* – für die erbrechtliche Qualifikation entschieden mit der Folge, dass die Erbteilerhöhung des § 1371 Abs. 1 BGB nur noch stattfindet, wenn deutsches Erbrecht zur Anwendung kommt. Mit dieser notwendigen Lösung der (überflüssigen) Probleme des KG verliert nun der überlebende Ehegatte seinen güterrechtlichen Ausgleich im Todesfall, wenn ausländisches Erbrecht zur Anwendung kommt. Dieser massive Eingriff in güterrechtliche Rechtspositionen spielt für den EuGH bei seiner Entscheidung überhaupt keine Rolle, und es ist zu erwarten, dass zumindest vor ausländischen Gerichten dieser Verlust auch nicht anderweitig kompensiert wird.

Man beachte: Die Rechtsfolgen einer Verlegung des gewöhnlichen Aufenthalts aus Deutschland weg werden beim Tod eines Ehegatten für den länger Lebenden noch gravierender als bisher angenommen, die Wahl des deutschen Heimatrechts als Erbstatut gemäß Art. 22 Abs. 1 Satz 1 EU ErbVO kann nun geboten sein, um den pauschalen Zugewinnausgleich des § 1371 Abs. 1 BGB zu retten. Die Wahl deutschen Güterrechts alleine reicht hierfür nicht mehr.

5 Urteil vom 1.3.2018, C-558/16, ZEV 2018, 205, 207 Rdnr. 42 f.

# Wiederaufleben früherer letztwilliger Verfügungen durch Selbstanfechtung beim gemeinschaftlichen Testament

Zugleich Anmerkung zum Beschluss des OLG München vom 24.7.2017, 31 Wx 335/16\*

Von Notar Prof. Dr. **Christopher Keim**, Ingelheim

Die Wiederheirat eröffnet dem länger lebenden Ehepartner die Chance, eine bindende Schlusserbeneinsetzung zu beseitigen, da durch das Hinzutreten eines neuen Pflichtteilsberechtigten in der Regel die Anfechtungsmöglichkeit gemäß § 2079 BGB vorliegt. Meist wird er dies trotzdem nicht tun, da damit gemäß § 2270 Abs. 1 BGB auch seine eigene Alleinerbeneinsetzung durch seinen vorverstorbenen Ehegatten unwirksam wird. Wenn aber daneben frühere Verfügungen des zuerst Verstorbenen vorliegen, können diese durch die Anfechtung wiederaufleben.

## I. Wirkungen der Anfechtung wechselbezoglicher Verfügungen

Allzu verlockend erscheint es für den überlebenden Ehegatten, sich durch eine Anfechtung der nach § 2271 Abs. 2 BGB bindend gewordenen Schlusserbeneinsetzung der Kinder aus den Fesseln dieser Bindungen zu befreien und so seine Testierfreiheit zurückzugewinnen. Durch die Wiederheirat des Längerlebenden tritt ein neuer Pflichtteilsberechtigter hinzu und auf diese Weise wird in der Regel der Anfechtungsgrund des § 2079 BGB verwirklicht.

Die Selbstanfechtung durch den Erblasser gemäß § 2281 BGB, die analog auch nach dem Tod des Erstversterbenden für den durch gemeinschaftliches Testament gebundenen Erblasser möglich ist,<sup>1</sup> scheidet häufig bereits daran, dass die Jahresfrist des § 2283 BGB verstrichen ist. Das wesentliche Problem der Anfechtung besteht jedoch darin, dass gemäß § 2270 Abs. 1 BGB damit auch die zu der Schlusserbeneinsetzung wechselbezügliche Alleinerbeneinsetzung des Anfechtenden durch seinen vorverstorbenen Ehegatten wegfällt, sodass nachträglich die gesetzliche Erbfolge eintritt.<sup>2</sup> Damit „lohnt“ die Anfechtung nur, wenn das wesentliche Familienvermögen ohnehin nicht vom erstversterbenden Ehepartner stammt, sondern dem Längerlebenden schon vorher gehört hat.

## II. Besonderheit im Beschluss des OLG München vom 24.7.2017: gleichlautendes früheres Testament

Ein solcher Fall lag auch dem Beschluss des OLG München vom 24.7.2017 zugrunde. Der Erblasser hatte mit seiner vorverstorbenen Ehefrau ein Berliner Testament errichtet, in welchem sich beide Eheleute gegenseitig zu Alleinerben und ihre beiden Söhne zu gleichen Teilen zu Erben des Letztversterbenden eingesetzt hatten. Nach dem Tod seiner Ehefrau ging der Ehemann eine eingetragene Lebenspartnerschaft ein und focht daraufhin mit notarieller Urkunde die Schlusserbeneinsetzung wegen Übergehens eines Pflichtteilsberechtigten an.

Die Besonderheit des entschiedenen Falles lag aber darin, dass der Erblasser zusammen mit seiner vorverstorbenen Ehefrau schon einmal ein gemeinschaftliches Testament errichtet hatte, in welchem sich beide Ehegatten lediglich gegenseitig zu Alleinerben eingesetzt hatten, ohne darin eine Schlusserbeneinsetzung anzuordnen. Dieses könnte durch die Anfechtung somit wieder wirksam geworden sein, sodass der Anfechtende damit Alleinerbe seiner Frau geblieben wäre.<sup>3</sup>

## III. Wiederaufleben früherer Verfügungen bei Wegfall einer wechselbezoglicher Verfügung

Die durch die Anfechtung herbeigeführte Nichtigkeit der wechselbezüglichen Verfügung der vorverstorbenen Ehefrau könnte in der Tat dazu geführt haben, dass deren frühere letztwillige Verfügung wieder von Anfang an als wirksam anzusehen ist:<sup>4</sup> Verfügungen, die mit der angefochtenen Verfügung im Verhältnis der Wechselbezüglichkeit stehen, werden nach § 2270 Abs. 1 BGB nichtig.<sup>5</sup> Dies führt aber nur dann dazu, dass auf den ersten Erbfall rückwirkend die gesetzliche Erbfolge eintritt, wenn nicht ein wegen der wechselbezüglichen Verfügungen unwirksam gewordenes Testament aufgrund der Nichtigkeit der späteren Verfügung wieder wirksam wird.<sup>6</sup> Dies hatte das BayObLG beispielsweise in seinem früheren Beschluss vom 9.6.1999 angenommen: Dort enthielt die „wiederbelebte“ Verfügung der vorverstorbenen Ehefrau lediglich eine Vorerbeneinsetzung des anfechtenden überlebenden Ehemannes und

\* MittBayNot 2018, 262 (in diesem Heft); siehe dazu auch *Ruby/Schindler*, ZEV 2018, 22.

1 Palandt/*Weidlich*, 77. Aufl. 2018, § 2271 Rdnr. 28.

2 So schon RGZ 65, 275; 130, 213, 214; MünchKomm-BGB/*Musielak*, 7. Aufl. 2017, § 2270 Rdnr. 15; Staudinger/*Kanzleiter*, Neub. 2017, § 2271 Rdnr. 76.

3 Rdnr. 2 der besprochenen Entscheidung.

4 So z. B. in BayObLG, Beschluss vom 9.6.1999, 1 Z BR 53/99, MittBayNot 2000, 119.

5 MünchKomm-BGB/*Musielak*, § 2271 Rdnr. 45.

6 Staudinger/*Kanzleiter*, § 2271 Rdnr. 76; RGZ 65, 275; 130, 213, 214.

eine Nacherbeneinsetzung der Kinder.<sup>7</sup> Diese frühere Verfügung der Erblasserin war somit, soweit sie durch das spätere in Widerspruch stehende Berliner Testament gemäß § 2258 BGB aufgehoben worden war, wieder von Anfang an als wirksam anzusehen. Im aktuell entschiedenen Fall hatte die frühere Verfügung genauso eine gegenseitige Erbeinsetzung der Ehegatten zum Inhalt wie die spätere; eine Aufhebung durch Errichtung einer widersprechenden Verfügung gemäß § 2258 BGB liegt also überhaupt nicht vor. Man könnte folglich argumentieren, die frühere Erbeinsetzung müsse nach der Anfechtung der späteren erst recht wirksam sein, da sie weder durch eine widersprechende Verfügung aufgehoben (§ 2258 BGB) noch jemals ausdrücklich widerrufen worden war.

#### IV. Kein Wiederaufleben früherer Verfügungen aufgrund eines konkludent enthaltenen Widerrufs gemäß § 2254 BGB?

Das OLG München lehnt im aktuell entschiedenen Fall dennoch ein Wirksamwerden des zehn Jahre vor der angefochtenen Verfügung errichteten gemeinschaftlichen Testaments mit dem Argument ab, das spätere Testament habe einen konkludent erklärten Widerruf der vorher erklärten alleinigen Erbeinsetzung des Ehemannes enthalten, und zwar deshalb, weil diese Alleinerbeneinsetzung nunmehr nicht mehr unbedingt, sondern nur noch unter dem Vorbehalt der späteren Erbeinsetzung der beiden Kinder als Schlusserben erfolgt sei. Dieser Widerruf werde durch die Anfechtung nicht berührt.<sup>8</sup>

Diese Argumentation begegnet aber Bedenken:

Zuzustimmen ist dem Gericht zunächst, dass die Anfechtung der Schlusserbeneinsetzung gemäß § 2270 Abs. 1 BGB zwar die Nichtigkeit der im gleichen Testament verfügten dazu wechselbezüglichen gegenseitigen Erbeinsetzung zur Folge hat, nicht aber eines – möglicherweise – miterklärten ausdrücklichen Widerrufs einer früheren Verfügung von Todes wegen. Denn während die bloße Aufhebung durch ein widersprechendes späteres Testament gemäß § 2258 BGB kraft Gesetzes eintritt, setzt der Widerruf nach § 2254 BGB eine eigenständige Widerrufserklärung voraus.<sup>9</sup> Trotz des Wegfalls der wechselbezüglichen Verfügung könnte diese also eigenständig bestehen geblieben sein. Dieser eigenständige Widerruf ist sicher auch nicht wechselbezüglich zu der angefochtenen Schlusserbeneinsetzung der Kinder, und zwar schon deshalb nicht, weil der bloße Widerruf einer Erbeinsetzung nicht zu den in § 2270 Abs. 3 BGB genannten möglichen Inhalten wechselbezüglicher Verfügungen gehört.

Es fragt sich aber, ob allein im Hinzufügen einer Schlusserbeneinsetzung ein Widerruf der früheren gegenseitigen Erbeinsetzung gesehen werden kann, obwohl gerade diese Verfügung im neuen Testament inhaltsgleich wiederholt wurde. Die Argumentation des OLG München, mit der Ergänzung durch die Schlusserbeneinsetzung der Kinder werde die unbedingte Alleinerbeneinsetzung des Ehemannes widerrufen, verkennt

die Selbstständigkeit der beiden Erbfälle und das Wesen der Wechselbezüglichkeit. Für die Erbfolge nach der Ehefrau bedeutet die Schlusserbfolge zunächst nur, dass die Kinder Ersatzerben des Ehemannes sein sollen, falls dieser vor ihr sterben sollte.<sup>10</sup> Überlebt er sie, so wie dies im aktuellen Fall tatsächlich passiert ist, ist diese Ersatzerbfolge der Kinder nach der Ehefrau gegenstandslos. Die Benennung eines Ersatzerben ist daher kein Indiz für den Willen des Erblassers, die primäre Erbeinsetzung zu widerrufen.

Natürlich hat die Einsetzung der Kinder als Schlusserben noch eine weitergehende Bedeutung, nämlich die einer Verfügung des Ehemannes, die er wegen der gemäß § 2271 Abs. 2 BGB eingetretenen Bindungswirkung nach dem Tode seiner Ehefrau nicht mehr aufheben konnte. Diese ist aber gar keine Verfügung der Ehefrau und sie regelt auch nicht die Erbfolge nach ihr. Eine Verfügung ihres Ehemannes kann keinen Widerruf der Verfügung der Ehefrau beinhalten. Auch die Wechselbezüglichkeit der beiden Verfügungen führt nicht dazu, dass die Erbeinsetzung des Ehemannes durch seine Frau einerseits und die Erbeinsetzung der Kinder durch den Ehemann andererseits zu einer Verfügung von Todes wegen verschmolzen würden. Wechselbezüglichkeit setzt gerade voraus, dass die Verfügungen von zwei Erblassern getroffen wurden, deren Abhängigkeit sich aber nicht auf einer vertraglichen Einigung gründet, sondern aus einem gemeinschaftlichen Motiv, ähnlich der Geschäftsgrundlage im Schuldrecht.<sup>11</sup> Wenn die Erblasser daher eine neue, zu der bisherigen Verfügung in Wechselbezüglichkeit stehende Regelung hinzufügen, ändern sie an deren Inhalt nichts.

Keiner der beiden Teilaspekte der Schlusserbeneinsetzung, weder die Ersatzerbeneinsetzung der Kinder durch die Ehefrau noch deren direkte Einsetzung durch den länger lebenden Ehemann, lassen auf einen Widerrufswillen hinsichtlich der gegenseitigen Erbeinsetzung schließen, vielmehr wurde diese gerade bestätigt.

Ein selbstständiger Widerruf der Erbeinsetzung des Ehemannes durch seine Ehefrau ist somit in einem späteren gemeinschaftlichen Testament, das inhaltlich diese Regelung wiederholt und eine Schlusserbeneinsetzung hinzufügt, regelmäßig nicht enthalten.

#### V. Nichtigkeit (auch) der früheren Erbeinsetzung des Ehemannes aufgrund von § 2270 Abs. 1 BGB

Dennoch ist der Beschluss des OLG München meines Erachtens im Ergebnis richtig. Denn mit der Nichtigkeit der Erbeinsetzung des Ehemannes durch seine Ehefrau lebt nicht etwa die frühere inhaltsgleiche Erbeinsetzung wieder auf. Die frühere inhaltlich identische Verfügung von Todes wegen stand nämlich genauso im Verhältnis der Wechselbezüglichkeit zu

7 BayObLG, Beschluss vom 9.6.1999, 1 Z BR 53/99, MittBayNot 2000, 119.

8 Rdnr. 24 der besprochenen Entscheidung.

9 MünchKomm-BGB/Hagena, 7. Aufl. 2017, § 2254 Rdnr. 5; BGH, Urteil vom 8.7.1981, IVa ZR 188/80, NJW 1981, 2745.

10 In der Regel enthält die Schlusserbeneinsetzung stillschweigend auch eine Ersatzerbenbestimmung für andere Fälle des Wegfalls, siehe Reimann/Bengel/Mayer/J. Mayer, Testament und Erbvertrag, 6. Aufl. 2015, § 2269 BGB Rdnr. 29; Britz, RNotZ 2001, 389.

11 Reimann/Bengel/Mayer/J. Mayer, Testament und Erbvertrag, § 2270 BGB Rdnr. 1 f. unter Hinweis auf die Prot. V 451.

der später erfolgten und angefochtenen Schlusserbeneinsetzung der Kinder durch den Ehemann wie die im späteren Testament wiederholte. Es ist anerkannt, dass auch die nachträgliche Herbeiführung der Wechselbezüglichkeit zwischen getrennt errichteten Verfügungen möglich ist.<sup>12</sup> Das ist dann der Fall, wenn diese durch den Willen der gemeinschaftlich Testierenden nachträglich zu einer Einheit verbunden werden.<sup>13</sup> Entscheidend ist, dass die zunächst ohne Rücksicht auf eine Verfügung des anderen Ehegatten getroffene Verfügung durch das spätere Testament in der Weise modifiziert wird, dass sie nunmehr nur noch mit Rücksicht auf die Verfügung des anderen Ehegatten im späteren Testament gelten soll, ihr also nachträglich eine Bedingung im Sinne der Wechselbezüglichkeit beigelegt wurde.<sup>14</sup> Die problematischen Fälle betreffen meist gemeinschaftliche Testamente, die zunächst nur eine gegenseitige Erbeinsetzung enthalten. In einem sehr viel später errichteten weiteren Testament setzen die Ehegatten dann ohne Bezugnahme auf das frühere die Kinder zu Schlusserben ein. Hier kann man nicht einfach auf die Auslegungsregel des § 2270 Abs. 2 BGB zurückgreifen, da die individuelle Auslegung vorrangig ist und dabei ein größerer zeitlicher Abstand zwischen den Errichtungszeitpunkten gegen eine derart enge Verknüpfung spricht.<sup>15</sup> Etwas anderes gilt aber, wenn die gegenseitige Erbeinsetzung ausdrücklich wiederholt oder bestätigt wird. Durch die spätere Wiederholung der gegenseitigen Erbeinsetzung und der Hinzufügung der Schlusserbeneinsetzung der Kinder haben die Ehegatten ihren Willen zum Ausdruck gebracht, dass alle Verfügungen, mit denen der Erstversterbende den Längerlebenden zu seinem Erben eingesetzt hatte, von der Einsetzung der Kinder durch eben diesen Längerlebenden abhängig und damit wechselbezüglich sein sollten. Die Anfechtung der Schlusserbeneinsetzung führte somit gemäß § 2270 Abs. 1 BGB auch zur Nichtigkeit der in dem früheren Testament verfügten Erbeinsetzung des Ehemannes durch seine vorverstorbenen Ehefrau. Es trat nachträglich gesetzliche Erbfolge nach der Ehefrau ein.

Die Begründung des OLG München in dem aktuellen Beschluss hätte dagegen zur Folge, dass wertungsmäßig gleiche Sachverhalte ggf. unterschiedlich zu entscheiden wären: Denkbar wäre nämlich, dass die Eheleute ihre frühere gegenseitige Erbeinsetzung *ausdrücklich widerrufen*, um sie anschließend komplett zusammen mit einer Schlusserbeneinset-

zung neu zu regeln.<sup>16</sup> Dann „greift“ die Argumentation des OLG München: Der trotz der Anfechtung weiterhin wirksame Widerruf verhindert ein Wiederaufleben der früher verfügten Alleinerbeneinsetzung des Längerlebenden. Ergänzen dagegen die Eheleute – wie dies häufig in der notariellen Praxis vorkommt – ein früheres Ehegattentestament um eine Schlusserbeneinsetzung, bestätigen dagegen *ausdrücklich* die frühere gegenseitige Erbeinsetzung, so kann man darin kaum noch einen selbstständigen Widerruf hineininterpretieren, der im Fall der Anfechtung der späteren das Wiederaufleben der früheren Verfügung verhindern könnte. Beide Fälle müssen aber im Ergebnis gleich entschieden werden: Die frühere gegenseitige Erbeinsetzung bleibt in beiden Konstellationen bereits deshalb unwirksam, weil eine Wechselbezüglichkeit der Schlusserbeneinsetzung auch zu der früheren Regelung besteht. Der Konstruktions eines konkludent erklärten Widerrufs nach § 2254 BGB bedarf es nicht.

## VI. Wiederaufleben eines inhaltlich abweichenden Testamentes

Der maßgebliche Unterschied zu dem Beschluss des BayObLG vom 9.6.1999<sup>17</sup> besteht darin, dass es sich zum einen bei dem „wiederauflebenden“ ursprünglichen Testament der vorverstorbenen Ehefrau um ein Einzeltestament handelte und zum anderen – und dies ist besonders hervorzuheben –, dass es eine Nacherbeneinsetzung der Kinder enthielt. Die Verfügungen der Ehefrau in diesem ersten Testament wurden nicht durch das spätere Berliner Testament in eine einheitliche – wechselbezügliche – Gesamtverfügung der Ehegatten integriert. Vielmehr hoben sie dieses frühere Einzeltestament nach § 2258 BGB durch die abweichende neue Verfügung auf.<sup>18</sup> Durch dessen spätere Anfechtung lebte das Einzeltestament der Ehefrau daher wieder auf.

Wenn also frühere, inhaltlich abweichende Verfügungen des vorverstorbenen Ehegatten vorliegen, die ggf. durch die Anfechtung wiederaufleben, kann es durchaus entscheidend darauf ankommen, ob in dem späteren angefochtenen Testament ein unabhängig von der Neuerrichtung erklärter Widerruf dieses früheren Testaments gemäß § 2254 BGB enthalten ist. Dieser kann dann das Wiederaufleben der früheren Verfügung verhindern.

## VII. Auswirkungen auf die notarielle Praxis

Es besteht sicherlich Einigkeit darüber, dass durch die Anfechtung der bindenden Schlusserbeneinsetzung und der dadurch verursachten Nichtigkeit der wechselbezüglichen Alleinerbeneinsetzung ein früheres gleichlautendes Testament dem An-

12 Palandt/Weidlich, § 2270 Rdnr. 3; Reimann/Bengel/Mayer/J. Mayer, Testament und Erbvertrag, § 2270 BGB Rdnr. 8.

13 BayObLG, Beschluss vom 26.1.1999, 1 Z BR 44/98, MittRhNotK 1999, 56; OLG München, Beschluss vom 23.7.2008, 31 Wx 34/08, MittBayNot 2009, 56 = ZEV 2008, 485.

14 Reimann/Bengel/Mayer/J. Mayer, Testament und Erbvertrag, § 2270 BGB Rdnr. 8; Schmucker, MittBayNot 2001, 526, 529; BayObLG, Beschluss vom 26.1.1999, 1 Z BR 44/98, MittRhNotK 1999, 56.

15 Dazu ausführlich Gutachten DNotI-Report 1998, 133, 134; BayObLG, Beschluss vom 26.1.1999, 1 Z BR 44/98, MittRhNotK 1999, 56: Dort ging es um einen Abstand von zwei Jahren.

16 Dazu Reimann/Bengel/Meyer/Voit, Testament und Erbvertrag, § 2258 BGB Rdnr. 8 m. w. N.; zum Widerrufswillen im umgekehrten Fall des späteren Weglassens der Schlusserbeneinsetzung BayObLG, Beschluss vom 7.1.1991, BReg. 1 a Z 68/89, NJW-RR 1991, 645.

17 BayObLG, Beschluss vom 9.6.1999, 1 Z BR 53/99, MittBayNot 2000, 119.

18 BayObLG, Beschluss vom 9.6.1999, 1 Z BR 53/99, MittBayNot 2000, 119, 120.

fechtenden nicht zur Erhaltung seiner Alleinerbenstellung verhelfen darf. Muss nun der Notar deshalb „präventiv“ etwas Besonderes beachten, wenn die Beteiligten ihr Ehegattentestament, das lediglich eine gegenseitige Erbeinsetzung enthielt, durch eine Schlusserbeneinsetzung der Kinder ergänzen möchten? Meines Erachtens nicht: Um ein späteres Aufleben der ersten Verfügung im Fall der Anfechtung der Schlusserbeneinsetzung zu verhindern, ist es nicht nötig, einen ausdrücklichen Widerruf des ersten Testamentes zu erklären. Da durch die Anfechtung auch die frühere Alleinerbeneinsetzung des anfechtenden Ehegatten gemäß § 2270 Abs. 1 BGB unwirksam wird, kann diese im zweiten Testament stattdessen auch ausdrücklich bestätigt werden.

Risikant sind nur Ergänzungen durch Schlusserbeneinsetzungen in Testamenten, die überhaupt keinen Bezug zu einer bereits vorab erklärten gegenseitigen Erbeinsetzung der Ehegatten erkennen lassen, da in solchen Fällen die Wechselbezüglichkeit der später geregelten Schlusserbschaft zu den gegenseitigen Erbeinsetzungen schwer feststellbar ist.<sup>19</sup>

---

19 Die Erbeinsetzung der Kinder durch einen Ehegatten ist in der Regel nicht wechselbezüglich zu der durch den anderen Ehegatten, da meist beide Eltern ihre Kinder lieben und deshalb unabhängig voneinander zu ihren Erben einsetzen, Palandt/*Weidlich*, § 2270 Rdnr. 5; BayObLG, Beschluss vom 4.3.1996, 1 Z BR 160/95, MittBayNot 1996, 216.

Einen erhöhten Ermittlungsbedarf sehe ich auch bei der Beurkundung einer Selbstanfechtung des überlebenden Ehegatten (§§ 2281, 2282 BGB): Diese führt zwar regelmäßig zum Wegfall der Erbeinsetzung des überlebenden Ehegatten, aber dies kann im Einzelfall auch einmal anders sein.<sup>20</sup> Existieren dann auch noch frühere Verfügungen des verstorbenen Ehepartners, die ggf. wiederaufleben können, lassen sich die Folgen einer Anfechtung durch den die Anfechtung beurkundenden Notar häufig überhaupt nicht eindeutig klären, sodass ein diesbezüglicher ausführlicher Belehrungsvermerk notwendig ist.

Die Problematik des Wiederauflebens früherer Verfügungen von Todes wegen stellt sich im Übrigen nicht nur beim gemeinschaftlichen Testament, sondern auch bei der Selbstanfechtung in Erbverträgen. Auch diese führt gemäß § 2298 Abs. 1 BGB bei gegenseitigen Erbverträgen im Zweifel zur Nichtigkeit des gesamten Erbvertrages. Nur dürfte die Selbstanfechtung nach § 2079 BGB dort in der Praxis seltener vorkommen, weil in den zwingend notariell beurkundeten (§ 2276 Abs. 1 BGB) Erbverträgen häufig ein Verzicht auf die Anfechtung wegen Hinzutretens neuer Pflichtteilsberechtigter enthalten ist.<sup>21</sup>

---

20 Anders aber unter Umständen bei bloßer Vorerbeneinsetzung durch den zuerst Versterbenden, vgl. OLG München, Beschluss vom 10.2.2015, 31 Wx 427/14, ZEV 2015, 474.

21 Dazu *Bengel*, DNotZ 1984, 132, 138.

# GmbH-Gründung und Auslandsbeurkundung

Zugleich Anmerkung zum Beschluss des KG vom 24.1.2018, 22 W 25/16\*

Von Notar a. D. Dr. **Johannes Weber**, LL.M. (Cambridge), Würzburg\*\*

Ob notarielle Beurkundungen im Ausland den Formanforderungen des deutschen GmbH-Rechts genügen, haben Rechtsprechung und Literatur bisher vor allem im Zusammenhang mit der Anteilsabtretung erörtert. In jüngerer Vergangenheit ist die GmbH-Gründung in den Fokus der Diskussion gerückt. Das KG hat mittlerweile entschieden, dass eine GmbH durch Beurkundung eines Schweizer Notars des Kantons Bern formwirksam errichtet werden kann.<sup>1</sup> Die Entscheidung bedarf einer kritischen Würdigung.

## I. Ausgangssituation

Auf international-privatrechtlicher Ebene ist zu klären, ob die Formvorschrift zur Gründung einer deutschen GmbH (§ 2 Abs. 1 Satz 1 GmbHG) anwendbar ist, wenn eine deutsche GmbH im Ausland gegründet wird (hierzu unter II.). Gelangt man zur Anwendung deutschen Rechts, ist zu prüfen, ob die Beurkundung durch einen ausländischen Notar das Formerfordernis der notariellen Beurkundung in § 2 Abs. 1 Satz 1 GmbHG erfüllt. Es handelt sich insoweit um eine Frage der Substitution (hierzu unter III.).

## II. Formstatut der GmbH-Gründung

### 1. Ausgangslage

Ob die Formvorschrift § 2 Abs. 1 GmbHG bei einer Auslandsbeurkundung zu beachten ist, richtet sich nach den Bestimmungen des deutschen Kollisionsrechts. Das EU-Kollisionsrecht enthält insoweit keine einschlägigen Regelungen.<sup>2</sup>

Art. 11 Abs. 1 EGBGB knüpft für die Form von Rechtsgeschäften alternativ an das Geschäftsstatut (Var. 1) oder an die Ortsform (Var. 2) an. Nach dem Geschäftsstatut (Gesellschaftsstatut) käme man zur Anwendung deutschen Rechts und damit von § 2 Abs. 1 GmbHG. Nach dem Ortsstatut wären die Formvorschriften des Staats maßgeblich, in dem die GmbH-Gründung erfolgt: Lässt das Ortsstatut für die Gründung einer nach dem Ortsrecht vergleichbaren Kapitalgesellschaft die Schriftform oder die mündliche Form ausreichen,

würde sich die weniger strenge Formvorschrift gegenüber dem Formerfordernis der notariellen Beurkundung nach dem Gesellschaftsstatut durchsetzen.

## 2. Meinungsstand

Dass die Gründer eine juristische Person deutschen Rechts per E-Mail oder auch nur mündlich errichten und die Formvorschriften des deutschen Rechts gezielt ausschalten könnten, bereitet vielen großes Unbehagen: Die überwiegende Meinung geht daher davon aus, dass bei Fragen der inneren Verfassung von Gesellschaften wie der Gründung einer GmbH die Anknüpfung an die Ortsform nicht eingreift und ausschließlich das Gesellschaftsstatut über die zu beachtenden Formanforderungen entscheidet.<sup>3</sup> Auch das KG hat sich dieser Auffassung angeschlossen.<sup>4</sup> Die Gegenansicht, die die Ortsform ausreichen lässt, wird seit dem Gesetz zur Neuregelung des

3 Für die GmbH-Gründung AG Berlin-Charlottenburg, Beschluss vom 22.1.2016, 99 AR 9466/15, RNotZ 2016, 119; Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, 19. Aufl. 2016, § 2 Rdnr. 27; Hauschild/Kallrath/Wachter/Bayer/Meier-Wehrsdorfer, Notarhandbuch Gesellschafts- und Unternehmensrecht, 2. Aufl. 2017, § 10 Rdnr. 6; Cziupka, EWIR 2018, 137; Goette, DStR 1996, 709, 710 f.; Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt/J. Schmidt, GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 2 Rdnr. 57; MünchKommBGB/Kindler, 7. Aufl. 2018, IntGesR Rdnr. 536; MünchKomm-GmbHG/J. Mayer, 2. Aufl. 2015, § 2 Rdnr. 44; Henssler/Strohn/C. Schäfer, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2016, § 2 GmbHG Rdnr. 16; Schervier, NJW 1992, 593 f.; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff, GmbHG, 6. Aufl. 2017, § 2 Rdnr. 41; Roth/Altmeyden/Roth, GmbHG, 8. Aufl. 2015, § 2 Rdnr. 23; BeckOK-GmbHG/Jaeger, Stand: 1.11.2017, § 2 Rdnr. 12; BeckOK-BGB/Mäsch, Stand: 1.11.2017, Art. 11 Rom I-VO Rdnr. 68; für die AG-Gründung Großkomm-AktG/Röhrich/Schall, 5. Aufl. 2016, § 23 Rdnr. 70; Hüffer/Koch, AktG, 12. Aufl. 2016, § 23 Rdnr. 10; MünchKomm-AktG/Pentz, 4. Aufl. 2016, § 23 Rdnr. 30; jurisPK-BGB/Süß, 8. Aufl. 2017, Art. 11 EGBGB Rdnr. 58 ff.; Henssler/Strohn/Vetter, Gesellschaftsrecht, § 23 AktG Rdnr. 7; Hölters/Solveen, AktG, 3. Aufl. 2017, § 23 Rdnr. 11; Ziemons/Binnewies/Ziemons, Handbuch Aktiengesellschaft, Stand: 3/2016, Teil I Rdnr. 2.59; für die Satzungsänderung OLG Hamm, Beschluss vom 1.2.1974, 15 Wx 6/74, NJW 1974, 1057, 1058; LG Mannheim, Beschluss vom 27.7.1998, 24 T 2/98, BWNotZ 2000, 150; für den Verschmelzungsvertrag LG Augsburg, Beschluss vom 4.6.1996, 2 HK T 2093/96, NJW-RR 1997, 420; Böttcher/Habighorst/Schulte/Böttcher, Umwandlungsrecht, 2015, § 6 UmwG Rdnr. 15; DNotl-Report 2016, 93, 94; Lutter/Drygala, UmwG, 5. Aufl. 2014, § 6 Rdnr. 9; Staudinger/Großfeld, Neub. 1998, IntGesR Rdnr. 467; allg. für satzungsrelevante Vorgänge auch Haerendel, DStR 2001, 1802, 1803; König/Götte/Bormann, NZG 2009, 881, 884; Kropholler, ZHR 140 (1976), 394, 403; Staudinger/Winkler von Mohrenfels, Neub. 2013, Art. 11 EGBGB Rdnr. 284.

4 Rdnr. 15 der besprochenen Entscheidung.

\* MittBayNot 2018, 276 (in diesem Heft)

\*\* Geschäftsführer des Deutschen Notarinstituts (DNotI), Würzburg. Die Ausführungen geben die persönliche Auffassung des Verfassers wieder.

1 Anders noch die Vorinstanz AG Berlin-Charlottenburg, Beschluss vom 22.1.2016, 99 AR 9466/15, RNotZ 2016, 119.

2 Nach Art. 1 Abs. 2 lit. f Rom I-VO ist die Errichtung von Gesellschaften vom Anwendungsbereich der Verordnung ausgenommen; vgl. zur GmbH-Gründung nur Wicke, GmbHG, 3. Aufl. 2016, § 2 Rdnr. 5; vgl. allg. EuGH, Urteil vom 7.4.2016, C-483/14, NZG 2016, 513 Rdnr. 52 (für die Fusion von Gesellschaften).

IPR aus dem Jahre 1986<sup>5</sup> nur noch von wenigen Stimmen vertreten.<sup>6</sup> Der BGH hat die Frage bislang offen gelassen.<sup>7</sup>

### 3. Stellungnahme

Die Auffassung der herrschenden Meinung ist überzeugend. Die Systematik und Entstehungsgeschichte des Gesetzes sprechen klar dafür, die Alternativanknüpfung des Art. 11 Abs. 1 EGBGB nicht auf organisationsrechtliche Fragen der Verfassung von Gesellschaften anzuwenden. Insoweit gilt allein das Gesellschaftsstatut.

Der Gesetzgeber hat mit dem Gesetz zur Neuregelung des IPR einzelne Abschnitte in das EGBGB eingefügt. Art. 11 EGBGB gehört zum zweiten Abschnitt, der dem „Recht der natürlichen Personen und der Rechtsgeschäfte“ gewidmet ist. Der Gesetzgeber hat die Überschrift bewusst nicht auf juristische Personen erstreckt. Dies legt die Gesetzesbegründung an drei Stellen mit besonderem Nachdruck dar: Die „Überschrift des Abschnitts“ solle klarstellen, dass „die folgenden Bestimmungen sich nur auf natürliche, nicht auch auf juristische Personen beziehen“.<sup>8</sup> Man habe „das internationale Recht der juristischen Person“ nicht berücksichtigt.<sup>9</sup> Vor dem Hintergrund seines Regelungsstandorts erfasse Art. 11 Abs. 1 EGBGB nicht die Form von Vorgängen, die sich auf die „Verfassung von Gesellschaften und juristischen Personen beziehen.“<sup>10</sup>

Auch eine analoge Anwendung der Alternativanknüpfung des Art. 11 Abs. 1 EGBGB auf die Gründung einer Gesellschaft kommt nicht in Betracht.<sup>11</sup> Es fehlt an der für eine analoge Anwendung erforderlichen planwidrigen Regelungslücke. Es muss bei der Geltung des Gesellschaftsstatuts bleiben; die Sonderanknüpfung des Art. 11 Abs. 1 EGBGB für die Form greift insoweit nicht ein.

Gegen eine Anwendung der Ortsform spricht außerdem der Rechtsgedanke des Art. 11 Abs. 4 EGBGB: Diese Vorschrift bestimmt, dass ein Rechtsgeschäft, das ein Recht an einer Sache begründet, der Form des Geschäftsstatuts bedarf. Hinter dieser Vorschrift steht die Überlegung, dass ein solches Recht nicht nur die Belange der am Rechtsgeschäft beteiligten Personen berührt, sondern auch Wirkung gegenüber Dritten

entfaltet.<sup>12</sup> Diesen Rechtsgedanken wird man auf die Gründung einer juristischen Person anwenden müssen.<sup>13</sup> Sie berührt Drittinteressen und den Verkehrsschutz ebenso wie die Begründung eines Rechts an einer Sache.

Die juristische Person ist ein Geschöpf einer bestimmten Rechtsordnung.<sup>14</sup> Dies bringt auch § 1 GmbHG zum Ausdruck, wenn er davon spricht, dass Gesellschaften nach Maßgabe „dieses Gesetzes (...) errichtet werden.“ Es wäre befremdlich, wenn eine andere Rechtsordnung darüber entscheiden würde, unter welchen formellen Voraussetzungen diese juristische Person entsteht. Dies unterstreicht nicht zuletzt der enge Zusammenhang zwischen Gründung und Handelsregistereintragung. Die Satzung ist die Grundlage für die Eintragung und erfüllt eine Publizitätsfunktion.<sup>15</sup> Das Handelsregister muss die ordnungsgemäße Errichtung der Gesellschaft und den Gesellschaftsvertrag prüfen (§ 9c GmbHG). Dieser Rechtsgedanke liegt auch Art. 11 Abs. 4 EGBGB zugrunde: Die Erklärungen unterliegen der *lex rei sitae*, weil sie eng auf die *lex fori* des Registerverfahrens abgestimmt sind.<sup>16</sup> Das Rechtsgeschäft weist hier von vornherein einen Bezug zum Register eines bestimmten Staats auf.<sup>17</sup>

### III. Substitution

Ist für die Gründung einer deutschen GmbH stets eine notarielle Beurkundung nach § 2 Abs. 1 Satz 1 GmbHG erforderlich, fragt sich, ob auch eine Beurkundung durch einen ausländischen Notar das Beurkundungserfordernis nach § 2 Abs. 1 GmbHG erfüllen kann.

#### 1. Meinungsstand

Die Frage ist stark umstritten: Während nach einer Ansicht nur eine Beurkundung durch eine inländische Urkundsperson

5 BGBl. 1986 I, S. 1142.

6 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 25.1.1989, 3 Wx 21/89, NJW 1989, 2200 (Satzungsänderung); MünchKomm-BGB/Spellenberg, 7. Aufl. 2018, Art. 11 EGBGB Rdnr. 177 ff.; Palandt/Thorn, 77. Aufl. 2018, Art. 11 EGBGB Rdnr. 13.

7 BGH, Urteil vom 4.11.2004, III ZR 172/03, NZG 2005, 41, 42; vor dem IPR-Gesetz noch mit Tendenz für die Ortsform BGH, Urteil vom 16.2.1981, II ZR 168/79, BGHZ 80, 76, 78.

8 BT-Drucks. 10/504, S. 44.

9 BT-Drucks. 10/504, S. 29.

10 BT-Drucks. 10/504, S. 49. Dass sich im EGBGB bis zum Jahre 1964 in Art. 10 EGBGB eine Spezialnorm zum Vereinsrecht befand, kann keine Rolle spielen. Im Zeitpunkt der Neufassung des Art. 11 EGBGB war diese Norm bereits gestrichen. Das Verständnis des Gesetzgebers kann sich daher auf eine klare Gesetzessystematik stützen, a. A. Staudinger/Winkler von Mohrenfels, Art. 11 EGBGB Rdnr. 264.

11 Vgl. Fn. 3.

12 Vgl. Hauschild/Kallrath/Wachter/Bayer/Meier-Wehrsdorfer, Notarhandbuch Gesellschafts- und Unternehmensrecht, § 10 Rdnr. 6; Kropholler, ZHR 140 (1976), 394, 400.

13 Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, § 2 Rdnr. 27; Goette, DStR 1996, 709, 710; Kropholler, ZHR 140 (1976), 394, 402; MünchKomm-BGB/Kindler, IntGesR Rdnr. 535; so auch im Ergebnis (teleologische Reduktion von Art. 11 Abs. 1 EGBGB): MünchKomm-GmbHG/J. Mayer, § 2 Rdnr. 44; MünchKomm-AktG/Pentz, § 23 Rdnr. 30.

14 Vgl. hierzu auch EuGH, Urteil vom 16.12.2008, C-210/06, GmbHR 2009, 86 Rdnr. 110 (Cartesio).

15 MünchKomm-GmbHG/J. Mayer, § 2 Rdnr. 22.

16 Kropholler, ZHR 140 (1976), 394, 400; Mann, ZHR 138 (1974), 448, 452.

17 Siehe bereits Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, Band VIII, 1849, S. 352 f.: „Es giebt Handlungen, die an sich überall gleich möglich sind, so dass es nur von zufälligen Umständen abhängt, ob sie hier oder dort vorkommen. Dahin gehören die obligatorischen Verträge, die Errichtung eines Testaments u. s. w. Es giebt aber andere Handlungen, die ihrer Natur nach nur an einem Orte vorkommen können. Dahin gehören die meisten und wichtigsten in das Gebiet des Sachenrechts einschlagenden Handlungen.“



dem Formerfordernis des § 2 Abs. 1 GmbHG gerecht wird,<sup>18</sup> gehen andere Stimmen davon aus, dass eine Substitution im Einzelfall in Betracht kommen kann, wenn das ausländische dem inländischen Beurkundungsverfahren gleichwertig ist.<sup>19</sup> Das KG ist dieser letzten Auffassung gefolgt<sup>20</sup> und hat sich dem ausführlich begründeten Beschluss der Vorinstanz (AG Berlin-Charlottenburg) nicht angeschlossen.<sup>21</sup> Das KG beruft sich auf die bisherige Rechtsprechung des BGH zur Auslandsbeurkundung im Gesellschaftsrecht.<sup>22</sup>

## 2. Stellungnahme

Der methodische Ausgangspunkt der Substitution ist einfach. Die Zulässigkeit der Beurkundung durch eine ausländische Urkundsperson hängt davon ab, ob die Beurkundung den Zweck der Formpflicht gleichermaßen verwirklichen kann.<sup>23</sup>

### a) Keine Vorgaben der bisherigen BGH-Rechtsprechung

Aus der BGH-Rechtsprechung lassen sich entgegen der Auffassung des KG keine belastbaren Schlüsse für die Zulässigkeit der Auslandsbeurkundung der GmbH-Gründung ziehen. Die BGH-Entscheidungen zur Anteilsabtretung<sup>24</sup> betreffen keine der Gründung vergleichbare verbandsbezogene Strukturmaßnahme, sondern nur den Fall der Zuordnung der Verbandsmitgliedschaft. Die Entscheidungen zur Protokollierung

von Gesellschafterbeschlüssen im Ausland<sup>25</sup> beziehen sich auf notarielle Tatsachenprotokolle (§ 36 BeurkG), bei denen nach allgemeiner Auffassung nur eine sehr eingeschränkte notarielle Prüfungs- und Belehrungspflicht gilt.<sup>26</sup> Die Gründung der GmbH muss nach den Vorschriften über die Beurkundung von Willenserklärungen (§§ 8 ff. BeurkG) erfolgen. Hier gilt das strenge Pflichtenprogramm des § 17 BeurkG. Darauf, dass die unterschiedlichen Fälle differenziert zu behandeln sein könnten, ist das KG nicht eingegangen.

### b) Formzwecke der Beurkundungspflicht nach § 2 GmbHG

Soweit es um die Beweisfunktion der notariellen Beurkundung geht,<sup>27</sup> kann auch die Beurkundung vor einem ausländischen Notar dem Formzweck des § 2 Abs. 1 Satz 1 GmbHG zumindest potenziell gerecht werden, wenn die Urkunde des ausländischen Notars in einem vergleichbaren Beurkundungsverfahren errichtet wird und vergleichbare Beweiswirkungen wie eine inländische Urkunde erzeugt.

Es ist jedoch anerkannt, dass sich der Beurkundungszweck der GmbH-Gründung nicht in einer bloßen Beweissicherung erschöpft. Die Beurkundung dient auch der rechtlichen Beratung und Belehrung der Beteiligten.<sup>28</sup> Die Beurkundung durch den unparteilichen Notar soll den Beteiligten die rechtliche Tragweite ihrer Erklärungen vor Augen führen.<sup>29</sup> Denn die Gründung einer GmbH löst bei den Beteiligten regelmäßig einen großen Beratungsbedarf aus: Dies gilt etwa für die an Komplexität kaum zu überbietenden Regeln über die Kapitalaufbringung, insbesondere mit Blick auf Sacheinlagen, die hiermit verbundenen Haftungsrisiken (zum Beispiel Gründerhaftung und Ausfallhaftung), die Wahl eines zulässigen Unternehmensgegenstands, Vinkulierungs- und Nachfolgeklauseln, Abfindungsregelungen und Wettbewerbsverbote, Vorkaufsrechte, Mitwirkungskompetenzen der Gesellschafterversammlung an Geschäftsführungsmaßnahmen, Einziehungsklauseln, Einräumung von Sonderrechten und Schutz eines Minderheitsgesellschafters.

Neben die Beratung und Belehrung der Beteiligten tritt als weitere wesentliche Komponente die materielle Richtigkeits-

18 AG Berlin-Charlottenburg, Beschluss vom 22.1.2016, 99 AR 9466/15, RNotZ 2016, 119; *Beckmann/Fabricius*, GWR 2016, 375, 377; *Cziupka*, EWIR 2018, 137, 138; *Goette*, DStR 1996, 709, 713; *HK-GmbHG/Pfisterer*, 3. Aufl. 2016, § 2 Rdnr. 20; *Lutter/Hommelhoff/Bayer*, GmbHG, § 2 Rdnr. 19; *Hauschild/Kallrath/Wachter/Bayer/Meier-Wehrsdorfer*, Notarhandbuch Gesellschafts- und Unternehmensrecht, § 10 Rdnr. 9; *Bork/Schäfer/Schäfer*, GmbHG, 3. Aufl. 2015, § 2 Rdnr. 34; *Henssler/Strohn/Schäfer*, Gesellschaftsrecht, § 2 GmbHG Rdnr. 17; *BeckOK-GmbHG/Jaeger*, § 2 Rdnr. 14; *Heckschen/Heidinger/Heckschen*, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, 4. Aufl. 2018, Kap. 2 Rdnr. 16; *Scholz/Cramer*, GmbHG, 12. Aufl. 2018, § 2 Rdnr. 19; mit Bedenken auch *Roth/Altmeppen/Roth*, GmbHG, § 2 Rdnr. 23; *Richter/Knauf*, BB 2018, 658; für die AG-Gründung *Heidel/Braunfels*, Aktienrecht, 4. Aufl. 2014, § 23 AktG Rdnr. 5; *Hölters/Solveen*, AktG, § 23 Rdnr. 12; *Staudinger/Großfeld*, IntGesR Rdnr. 488; *Spindler/Stilz/Limmer*, AktG, 3. Aufl. 2015, § 23 Rdnr. 11; allg. für satzungsrelevante Maßnahmen LG Mannheim, Beschluss vom 27.7.1998, 24 T 2/98, BWNotZ 2000, 150; für den Verschmelzungsvertrag LG Augsburg, Beschluss vom 4.6.1996, 2 HK T 2093/96, NJW-RR 1997, 420.

19 Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff, GmbHG, § 2 Rdnr. 42; *MünchKomm-BGB/von Hein*, Einl. IPR Rdnr. 232; *Sick/Schwarz*, NZG 1998, 540, 544; für die AG-Gründung *Großkomm-AktG/Röhrich/Schall*, § 23 Rdnr. 75; *KölnKomm-AktG/Arnold*, 3. Aufl. 2011, § 23 Rdnr. 39; *MünchKomm-AktG/Pentz*, § 23 Rdnr. 33.

20 Rdnr. 20 der besprochenen Entscheidung.

21 AG Berlin-Charlottenburg, Beschluss vom 22.1.2016, 99 AR 9466/15, RNotZ 2016, 119.

22 Rdnr. 21 der besprochenen Entscheidung.

23 Vgl. BGH, Urteil vom 21.10.2014, II ZR 330/13, NJW 2015, 336 Rdnr. 17.

24 BGH, Urteil vom 22.5.1989, II ZR 211/88, GmbHR 1990, 25; Beschluss vom 17.12.2013, II ZB 6/13, BGHZ 199, 270.

25 BGH, Urteil vom 16.2.1981, II ZR 168/79, BGHZ 80, 76; Urteil vom 21.10.2014, II ZR 330/13, BGHZ 203, 68.

26 BGH, Urteil vom 21.10.2014, II ZR 330/13, BGHZ 203, 68 Rdnr. 19.

27 Vgl. hierzu nur *MünchKomm-GmbHG/J. Mayer*, § 2 Rdnr. 22.

28 RG, Urteil vom 13.5.1903, I 55/03, RGZ 54, 418, 419; RG, Urteil vom 8.5.1907, I 237/06, RGZ 66, 116, 121; *Lutter/Hommelhoff/Bayer*, GmbHG, § 2 Rdnr. 22; *BeckOK-GmbHG/Jaeger*, § 2 Rdnr. 8; *Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt/J. Schmidt*, GmbHG, § 2 Rdnr. 45; *Henssler/Strohn/Schäfer*, Gesellschaftsrecht, § 2 Rdnr. 12.

29 Vgl. BGH, Urteil vom 21.9.1987, II ZR 16/87, NJW-RR 1988, 288; Urteil vom 7.10.1991, II ZR 252/90, NJW 1992, 362, 363.

gewähr.<sup>30</sup> Dies hat nicht zuletzt auch der BGH in seiner Supermarkt-Entscheidung betont.<sup>31</sup> In seiner Funktion als besonders qualifizierter öffentlicher Amtsträger prüft der Notar im öffentlichen Interesse,<sup>32</sup> ob die GmbH materiell rechtmäßig errichtet wurde. Dieser Gedanke ist nicht neu: Bereits in der Gesetzesbegründung zum preußischen Aktiengesetz von 1843 heißt es, der Notar solle als „Sachverständiger“ im Rahmen der Gründung tätig werden.<sup>33</sup> Die Begründung des Entwurfs zum preußischen HGB hebt hervor, dass die notarielle Beurkundung der Gründung einer AG die rechtssichere Feststellung des Gesellschaftsvertrags ermögliche und „eine Gewähr dafür“ biete, „dass der Gesellschaftsvertrag den gesetzlichen Bestimmungen entsprechend abgefasst“ werde.<sup>34</sup> Die Rechtmäßigkeitskontrolle durch den Notar gewährleistet damit die Rechtssicherheit für den Rechtsverkehr<sup>35</sup> und dient zugleich der Entlastung der Registergerichte (Filterfunktion). Es liegt auf der Hand, dass die präventive Rechtskontrolle bei einer gesellschaftsrechtlichen Strukturmaßnahme wie einer Gesellschaftsgründung und einem im Register veröffentlichten Gesellschaftsvertrag besonders wichtig ist. Gläubiger der Gesellschaft und zukünftige Gesellschafter müssen sich auf die Richtigkeit der Eintragung verlassen können. Nicht zuletzt vor dem Hintergrund der präventiven Rechtmäßigkeitskontrolle durch den Notar hat sich der Gesetzgeber entschieden, das Prüfungsrecht des Registergerichts durch § 9c Abs. 2 GmbHG zu beschneiden.<sup>36</sup>

Im Übrigen bestehen die notarielle Prüfung und die registerrichterliche Prüfung gerade unabhängig nebeneinander (Vier-

Augen-Prinzip).<sup>37</sup> Es ist auch zu beachten, dass das Registergericht gewisse Fragen wie zum Beispiel die Geschäftsfähigkeit oder eine auf den Umständen des Vertragsschlusses beruhende Sittenwidrigkeit oder Nichtigkeit gar nicht überprüfen kann. Soweit das Registergericht eine Prüfung vornimmt, ändert dies nichts an der Funktion der notariellen Beurkundung als Garant für die materielle Richtigkeit der Urkunde.

#### c) Erfüllung der Formzwecke durch Auslandsbeurkundung

Ob das ausländische Beurkundungsverfahren ähnliche Zwecke wie das deutsche Beurkundungsverfahren verfolgt, ist nicht entscheidend.<sup>38</sup> Maßgeblich ist vielmehr, ob die ausländische Beurkundung den Formzwecken des § 2 Abs. 1 GmbHG genügt. Im Rahmen der Substitution ist zu prüfen, ob die Auslandsbeurkundung dasjenige erreicht, was sich der Gesetzgeber von der Beurkundungspflicht verspricht.

##### aa) Abstrakte Betrachtung

Ob eine Auslandsbeurkundung die Formzwecke des § 2 Abs. 1 Satz 1 GmbHG erfüllen kann, ist auf der Grundlage einer abstrakten und typisierenden Betrachtung zu ermitteln. Das Registergericht kann nicht bei jeder Anmeldung prüfen, ob das Beurkundungsverfahren im konkreten Einzelfall den Standard eines inländischen Beurkundungsverfahrens erreicht hat. Es muss eine gesicherte Vermutungsgrundlage dafür bestehen, dass die ausländische Beurkundung den Formzwecken der notariellen Beurkundung im Sinne von § 2 Abs. 1 Satz 1 GmbHG entspricht. Dass ein ausländischer Notar als unparteiliche Urkundsperson öffentliche Urkunden errichten und seine Rechtsstellung derjenigen eines deutschen Notars entsprechen muss, damit eine Substitution in Betracht kommt, ist selbstverständlich. Insoweit mag man dem KG zustimmen und den öffentlichen Notar des Kantons Bern von seiner Rechtsstellung mit derjenigen eines deutschen Notars vergleichen.<sup>39</sup> Entscheidend ist dabei allerdings nur die Zulassung zum Notaramt als solche. Ob der ausländische Notar „ausweislich der Angaben auf der Website der Notariatskanzlei (...) langjährige Praktika absolviert“ hat,<sup>40</sup> ist entgegen der Auffassung des KG von vornherein unbeachtlich.

##### bb) Keine institutionell gesicherte Gewähr der sachkundigen Beratung und der präventiven Rechtskontrolle bei ausländischem Beurkundungsverfahren

Kann auch eine ausländische öffentliche Urkunde den Anforderungen an die von § 2 Abs. 1 GmbHG intendierte Beweissicherheit gerecht werden, bedarf dies im Hinblick auf die weiteren Formzwecke des § 2 Abs. 1 GmbHG (Beratung und Belehrung, materielle Richtigkeitsgewähr) einer kritischen Prüfung. Grundlage für eine Beratung und Belehrung sowie die

30 RG, Urteil vom 13.5.1903, I 55/03, RGZ 54, 418, 419; Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, § 2 Rdnr. 22; GroßKomm-GmbHG/Ulmer/Löbke, 2. Aufl. 2013, § 2 Rdnr. 13; MünchKomm-GmbHG/J. Mayer, § 2 Rdnr. 23a; Roth/Altmeyen/Roth, GmbHG, § 2 Rdnr. 24; zur AG Großkomm-AktG/Röhrich, 4. Aufl., Stand: 1.8.1996, § 23 Rdnr. 53 („größtmögliche Gewähr für die materielle Rechtmäßigkeit des mit konstitutiver Wirkung einzutragenden Rechtsaktes“).

31 BGH, Beschluss vom 24.10.1988, II ZB 7/88, BGHZ 105, 324, 338 = GmbHR 1989, 25.

32 RG, Urteil vom 13.5.1903, I 55/03, RGZ 54, 418, 419; MünchKomm-GmbHG/J. Mayer, § 2 Rdnr. 23a.

33 Motive zum Kommissionsentwurf eines AktG, abgedruckt bei Baums, Gesetz über die Aktiengesellschaften für die Königlich Preussischen Staaten vom 9.11.1843, S. 30.

34 Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für die Preussischen Staaten nebst Motiven, 1857, S. 83 i. V. m. S. 91. Der Entwurf wurde in das ADHGB übernommen, vgl. Protokolle der Kommission zur Beratung eines Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs, 1858, S. 316, 1035 ff., wo allerdings vor allem die Beweissicherheit als Formzweck aufscheint. Die Vorschrift der Art. 174 Abs. 2, Art. 208 Abs. 2 ADHGB 1861 lässt sich bis zu § 23 AktG weiterverfolgen, vgl. Bayer/Habersack/Kießling, Aktienrecht im Wandel, Band I, 2007, 7. Kap. Rdnr. 36. Das RG geht davon aus, dass für die Formzwecke des § 2 GmbHG nichts anderes als für die Aktiengesellschaft gilt, RG, Urteil vom 13.5.1903, I 55/03, RGZ 54, 418, 419.

35 RG, Urteil vom 13.5.1903, I 55/03, RGZ 54, 418, 419; Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt/J. Schmidt, GmbHG, § 2 Rdnr. 45.

36 Vgl. BT-Drucks. 13/8444, S. 77, rechte Spalte; MünchKomm-GmbHG/Herrler, § 9c Rdnr. 19.

37 Treffend Hauschild/Kallrath/Wachter/Bayer/Meier-Wehrsdorfer, Notarhandbuch Gesellschafts- und Unternehmensrecht, § 10 Rdnr. 9.

38 So aber das KG in Rdnr. 31 der besprochenen Entscheidung.

39 Rdnr. 23-25 der besprochenen Entscheidung.

40 Rdnr. 25 der besprochenen Entscheidung.

präventive Rechtskontrolle sind Kenntnisse der jeweiligen Rechtsordnung, um deren Anwendung und Einhaltung es geht. Beurkundet ein nur in einer ausländischen Rechtsordnung zugelassener Notar die Gründung einer inländischen Gesellschaft, besteht bei typisierender Betrachtung keine Grundlage für die Annahme, dass er auch im deutschen Recht über entsprechende Qualifikationen verfügt.<sup>41</sup> Im deutschen Gesellschaftsrecht sind ausländische Notare „institutionell unerfahren“.<sup>42</sup> Dies hat auch der II. Zivilsenat des BGH zum Ausdruck gebracht: Die Beteiligten könnten vom ausländischen Notar regelmäßig keine genaue Kenntnis des deutschen Gesellschaftsrechts und keine umfassende Belehrung erwarten.<sup>43</sup> Der inländische Notar ist demgegenüber ein im deutschen Recht besonders qualifizierter Amtsträger.

Es mag zwar auch im Ausland tätige Notare geben, die sich Kenntnisse im deutschen Recht angeeignet haben. Nach der maßgeblichen abstrakten Betrachtung ist dies jedoch irrelevant: Es lässt sich im Handelsregisterverfahren schlichtweg nicht praktikabel feststellen, ob der jeweils beurkundende ausländische Notar über ausreichende Kenntnisse verfügt. Es wäre nicht mit der Rechtssicherheit vereinbar, es auf eine Einzelfallprüfung der Qualifikation des Notars ankommen zu lassen und hiervon die Formwirksamkeit der Beurkundung abhängig zu machen. Außerdem bleibt ein grundsätzlicher Einwand: Unsere Rechtsordnung arbeitet stets mit formellen Voraussetzungen, an die sich eine Vermutung über eine entsprechende Qualifikation anschließt.

Teilweise wird vorgetragen, dass es auf eine Prüfung des deutschen Rechts durch den ausländischen Notar nicht entscheidend ankommen könne. Denn wenn der deutsche Notar nach § 17 Abs. 3 Satz 2 BeurkG nicht über den Inhalt ausländischen Rechts belehren müsse, könne das deutsche Recht umgekehrt nicht vom ausländischen Notar Kenntnisse des deutschen Rechts verlangen.<sup>44</sup> Diese Argumentation krankt daran, dass sie Fragen des materiellen Rechts und des Verfahrensrechts unzulässig miteinander vermischt.<sup>45</sup> Nur weil das inländische Beurkundungsverfahren vom Notar keine ausländischen Rechtskenntnisse verlangt, heißt das nicht, dass das materielle GmbH-Recht eine ausländische Beurkundung als Beurkundung im Sinne von § 2 Abs. 1 GmbHG anerkennen muss. Aus § 17 Abs. 3 BeurkG folgt gerade nicht, dass eine deutsche Urkunde den Formerfordernissen des ausländi-

schen Rechts genügt. Dies entscheidet ausschließlich das ausländische Recht. Die materiellen Formerfordernisse sind der maßgebliche Bezugspunkt, nicht das jeweilige Verfahrensrecht.

Zusammengefasst: Soweit es um die zentralen Formzwecke der Beratung und Belehrung sowie der präventiven Rechtskontrolle (materielle Richtigkeitsgewähr) geht, sind institutionell gesicherte Rechtskenntnisse des deutschen Rechts zwingend. Bei der gebotenen typisierenden Betrachtung besteht keine Grundlage für den Erfahrungssatz, dass ein ausländischer Notar über diese Rechtskenntnisse verfügt.

#### cc) Keine hinreichend gesicherte Beratung und materielle Richtigkeitsgewähr bei Beurkundung durch Schweizer Notar

Das KG geht in seiner Entscheidung auf den auch in der bisherigen Diskussion zentralen Gesichtspunkt der materiellen Richtigkeitsgewähr nicht ein und wischt die vom AG Berlin-Charlottenburg geäußerten Bedenken mit dem nicht weiter belegten Hinweis beiseite, dass den Schweizer Notar eine sich auf ausländisches Recht beziehende Beratungspflicht treffe.<sup>46</sup>

Selbst wenn eine solche Beratungspflicht tatsächlich bestehen sollte, wird man doch nicht abstreiten können, dass der ausländische Notar zumindest über keine institutionell garantierten Rechtskenntnisse verfügt. Nur weil den ausländischen Notar eine Pflicht zur Beratung über das deutsche Recht trifft, heißt dies nicht, dass die nach seiner Ausbildung erwartbare Beratung den Anforderungen des § 2 Abs. 1 GmbHG gerecht wird.

Das KG unterfüttert die von ihm angenommene Gleichwertigkeit noch mit einem weiteren Gesichtspunkt: Nach dem Bernischen Notariatsgesetz (NG)<sup>47</sup> hafte der Notar für eine fehlerhafte Beratung zum ausländischen Recht.<sup>48</sup> Das KG verkennt jedoch, dass dieser Gesichtspunkt gar nicht ins Gewicht fällt. Bei der Beurkundung der GmbH-Gründung geht es um eine präventive Rechtmäßigkeitskontrolle und Beratung *ex ante*; eine Haftung *ex post* ist nach dem Formzweck des § 2 Abs. 1 GmbHG und dem Ansatz der vorsorgenden Rechtspflege von vornherein kein geeigneter Kompensationsmechanismus. Außerdem ist zu bedenken, dass die Prüfung der Rechtmäßigkeit der Gründung gerade im öffentlichen Interesse und für den allgemeinen Rechtsverkehr erfolgt. Mögliche Schadensersatzansprüche der Urkundsbeteiligten fallen deshalb hier überhaupt nicht ins Gewicht.

Auch soweit das KG die These vertritt, dass das Schweizer Beurkundungsrecht eine Beratung und Belehrung hinsichtlich des deutschen Gesellschaftsrechts absichere, verdient

41 Kritisch auch *Richter/Knauf*, BB 2018, 658; gegen Anerkennung der Auslandsbeurkundung daher zu Recht LG Augsburg, Beschluss vom 4.6.1996, 2 HK T 2093/96, NJW-RR 1997, 420; LG Mannheim, Beschluss vom 27.7.1998, 24 T 2/98, BWNotZ 2000, 150; Hauschild/Kallrath/Wachter/Bayer/Meier-Wehrsdorfer, Notarhandbuch Gesellschafts- und Unternehmensrecht, § 10 Rdnr. 9.

42 Treffend *Bayer*, GmbHR 2013, 897, 913; in diesem Sinne auch *Staudinger/Großfeld*, IntGesR Rdnr. 484; DNotI-Report 2016, 93, 97.

43 BGH, Urteil vom 16.2.1981, II ZR 168/79, BGHZ 80, 76; Urteil vom 21.10.2014, II ZR 330/13, BGHZ 203, 68 Rdnr. 14.

44 Vgl. *Kropholler*, ZHR 140 (1976), 394, 409.

45 Ablehnend auch Großkomm-AktG/Röhrich, § 23 Rdnr. 55; *Brambring*, NJW 1975, 1255, 1260; *Heckschen*, DB 1990, 161, 164; MünchKomm-GmbHG/J. Mayer, § 2 Rdnr. 50; *Dignas*, GmbHR 2004, 139, 143; jurisPK-BGB/Süß, Art. 11 EGBGB Rdnr. 68; *Schervier*, NJW 1992, 593, 596.

46 Rdnr. 30, 33 der besprochenen Entscheidung unter Bezugnahme auf OLG München, Urteil vom 19.11.1997, 7 U 1511/97, NJW-RR 1998, 758, das diesen Aspekt nicht näher vertieft, sondern nur pauschal verweist auf *Brückner*, Schweizerisches Beurkundungsrecht, 1993, S. 314.

47 Vgl. Art. 57 des Notariatsgesetzes des Kantons Bern vom 22.11.2005, zuletzt geändert durch Gesetz mit Wirkung zum 1.1.2012, abrufbar unter [www.belex.sites.be.ch](http://www.belex.sites.be.ch). Aktuelle Version in Kraft seit: 1.1.2012.

48 Rdnr. 30 der besprochenen Entscheidung.

die Entscheidung Kritik. Das KG verweist auf eine Entscheidung des OLG München, das wiederum in einem Satz auf das Werk von *Brückner* zum Schweizerischen Beurkundungsrecht aus dem Jahre 1993 Bezug nimmt. In diesem Werk heißt es zwar, dass der Notar auch ausländisches Recht kennen müsse.<sup>49</sup> Dies sei allerdings dahin gehend zu konkretisieren, dass der Notar von der Klientschaft den Nachweis ausländischen Rechts verlangen könne, wenn er selbst nicht über die hierzu erforderliche Ausbildung verfüge. Sei die Klientschaft hierzu nicht in der Lage, könne der Notar die Beurkundung unter Aufnahme eines Dispenses von der Rechtermittlung und -belehrung vornehmen.<sup>50</sup> Der Schweizer Notar muss also das ausländische Recht nicht selbst ermitteln. Es kommt hinzu, dass es sich bei dieser verhältnismäßig strengen Auffassung nicht einmal um die herrschende Meinung handelt. *Mooser* hält in seinem Standardwerk zum Notarrecht der Schweiz fest, dass der Notar die Parteien auf die Anwendbarkeit ausländischen Rechts hinweisen und einen Fachmann mit der Untersuchung der Fragen beauftragen oder die Parteien hierzu auffordern könne. Es liege nicht in der Verantwortung des Notars, die Parteien über den Inhalt des ausländischen Rechts zu informieren, sofern er nicht den Parteien empfohlen habe, ihr Rechtsverhältnis diesem Recht zu unterstellen.<sup>51</sup> Diese Auffassung vertreten auch *J. Schmid*<sup>52</sup>, *L. Müller*<sup>53</sup> und *Ruf*<sup>54</sup>. Noch deutlicher heißt es in dem von *Wolf* herausgegebenen Kommentar zum Notariatsrecht des Kantons Bern:

„Untersteht das beabsichtigte Rechtsgeschäft materiell ausländischem Recht, hat der Notar auf diesen Umstand hinzuweisen; es besteht jedoch keine Pflicht, die Parteien über den Inhalt des ausländischen Rechts zu belehren.“<sup>55</sup>

Es ist nach diesen Aussagen also gerade nicht so, dass der Schweizer Notar das ausländische Recht von Amts wegen ermitteln muss. Vielmehr kann er auch nach der strengen Auffassung von *Brückner* die Ermittlung des Rechts den Parteien überlassen, ohne hierfür selbst einstehen zu müssen. Nach der herrschenden Meinung muss er das ausländische Recht ohnehin gar nicht prüfen. Auch das Beurkundungsverfahren vor einem Schweizer Notar gewährleistet daher keinesfalls die erforderliche Beratung und Belehrung der Beteiligten zum deutschen Recht und die gebotene präventive Rechtskontrolle am Maßstab des deutschen Rechts.

Die Entscheidung des KG übersieht also nicht nur den ent-

scheidenden Punkt der präventiven Rechtskontrolle, sondern beruht auch auf einer verkürzten Ermittlung des ausländischen Rechts.

#### dd) Verzicht auf notarielle Belehrung und Rechtmäßigkeitskontrolle?

Die Bedenken gegen die Auslandsbeurkundung der Gesellschaftsgründung könnte man aus dem Weg räumen, wenn man die über den Beweiswert der Beurkundung hinausgehenden Formzwecke zur Disposition der Beteiligten stellen würde. Hiervon ist jedoch nicht auszugehen.<sup>56</sup> Der Sinn und Zweck der Beurkundung wäre entscheidend infrage gestellt, wenn die Beteiligten auf eine Belehrung durch den Notar verzichten könnten. Der Gesetzgeber hat Beurkundungserfordernisse nicht nur wegen der Beweiswirkungen öffentlicher Urkunden geschaffen, sondern weil er bei Geschäften besonderer Tragweite und Komplexität die Beratung und Belehrung durch einen Notar für unabdingbar hält. Auf der Grundlage der Beratung und Belehrung sollen die Beteiligten eine privatautonome Entscheidung treffen können. So wenig wie die Beurkundung als solche abdingbar ist, sind dies auch die Pflichten des Notars aus § 17 BeurkG. Nur im Einzelfall mag eine Verkürzung der Belehrung in Betracht kommen, wenn der Notar geprüft hat, dass die Beteiligten bereits anderweitig beraten sind.<sup>57</sup> Ein Verzicht auf die Beratung und Belehrung ist demgegenüber nicht möglich. Es wäre kaum vorstellbar, dass der Haftungssekat des BGH eine Haftung des Notars mit dem Argument verneint, die Beteiligten hätten gegenüber dem Notar auf die Beratung und Belehrung verzichtet.

Im Kontext der GmbH-Gründung wird der Frage der Verzichtsmöglichkeit auf die Belehrung im Ergebnis jedoch keine eigene Bedeutung zukommen. Die Beurkundung dient nämlich vor allem der materiellen Richtigkeitsgewähr und der Entlastung der Registergerichte (Filterfunktion) und dem Schutz Dritter sowie öffentlicher Interessen. Die Gründer einer GmbH können auf diese Schutzfunktion nicht zulasten Dritter verzichten. Ihnen fehlt insoweit die Dispositionsbefugnis. Es ist ihnen verwehrt, die qualifizierte Prüfung durch den inländischen Notar durch eine Auslandsbeurkundung auszuschalten.<sup>58</sup>

49 *Brückner*, Schweizerisches Beurkundungsrecht, 1993, Rdnr. 1071.

50 *Brückner*, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Rdnr. 738. Unter Rdnr. 1782 wird ausgeführt, dass sich die Verantwortung der Urkundsperson bei Übertragung auf einen Experten auf die richtige Fragestellung beschränkt.

51 *Mooser*, Le droit notarial en Suisse, 2. Aufl. 2014, Rdnr. 219a.

52 *J. Schmid/J. Schmid*, Die Belehrungs- und Beratungspflicht des Notars, 2006, S. 3, 27.

53 *L. Müller*, Die Haftung der Urkundsperson, 2000, S. 178, unter Bezugnahme auch auf § 17 Abs. 3 BeurkG.

54 *Ruf*, Notariatsrecht, 1995, Rdnr. 925.

55 *Wolf/Wolf/Pfammatter*, Kommentar zum Notariatsrecht des Kantons Bern, 2009, Art. 35 NG Rdnr. 18 m. w. N. Als abweichende Auffassung („weitergehend“) wird lediglich diejenige von *Brückner* nachgewiesen.

56 *Heckschen*, DB 1990, 161 ff.; *Großkomm-GmbHG/Ulmer/Löbbe*, § 2 Rdnr. 21; *Hauschild/Kallrath/Wachter/Bayer/Meier-Wehrsdorfer*, Notarhandbuch Gesellschafts- und Unternehmensrecht, § 10 Rdnr. 10; anders BGH, Beschluss vom 17.12.2013, II ZB 6/13, BGHZ 199, 270 Rdnr. 14 (allerdings nur für die Belehrung bei der Anteilsabtretung ohne Bezug auf die materielle Richtigkeitsgewähr bei Strukturmaßnahmen).

57 *Soergel/J. Mayer*, BGB, 13. Aufl. 2003, § 17 BeurkG Rdnr. 4; *Eylmann/Vaasen/Frenz*, BNotO/BeurkG, 4. Aufl. 2016, § 17 BeurkG Rdnr. 15; *Herler*, GmbHR 2014, 225, 229.

58 *Beckmann/Fabricius*, GWR 2016, 375, 377; *Hauschild/Kallrath/Wachter/Bayer/Meier-Wehrsdorfer*, Notarhandbuch Gesellschafts- und Unternehmensrecht, § 10 Rdnr. 9; *Goette*, DStR 1996, 709, 713; *Haerendel*, DStR 2001, 1802, 1804; *Heidel/Braunfels*, Aktienrecht, § 23 AktG Rdnr. 5; *Kulpa/Krause*, ZHR 171 (2007), 38, 59; *Schervier*, NJW 1992, 593, 596; *Staudinger/Großfeld*, IntGesR Rdnr. 481; *Scholz/Cramer*, § 2 Rdnr. 20; a. A. *Großkomm-AktG/Röhrich/Schall*, § 23 Rdnr. 75.

### ee) Fehlende Beratung und Prüfung keine Wirksamkeitshindernisse

Mitunter wird geltend gemacht, auf die Beratung und präventive Rechtskontrolle könne es im Rahmen der Gleichwertigkeitsprüfung nicht ankommen, da es sich hierbei auch im deutschen Recht nur um „Soll“-Bestimmungen handele (§ 17 Abs. 1 und 2 BeurkG) und die Wirksamkeit der Urkunde nicht von der Einhaltung der notariellen Pflichten abhängt.<sup>59</sup> Diese Betrachtung ist jedoch methodisch verfehlt. Es ist zu prüfen, ob das ausländische Beurkundungsverfahren dem Zweck des § 2 Abs. 1 GmbHG gerecht wird.<sup>60</sup> Entscheidend sind also die Formzwecke und nicht die Wirksamkeitsvoraussetzungen.<sup>61</sup> Dass der Gesetzgeber bei einer Verletzung der notariellen Pflichten im Interesse der Rechtssicherheit die Formwirksamkeit der Urkunde unberührt lässt, ändert nichts daran, dass die Beratung und die präventive Rechtmäßigkeitskontrolle zum Kern des Beurkundungsverfahrens gehören und daher auch entscheidend bei der Frage der Substitution durch ein ausländisches Beurkundungsverfahren zu berücksichtigen sind.

### ff) Gesamtbetrachtung

Die Beurkundung der Gründung einer GmbH durch einen ausländischen Notar kann im Einzelfall der Beweisfunktion des § 2 Abs. 1 GmbHG gerecht werden. Da ausländische Notare im deutschen Gesellschaftsrecht „institutionell unerfahren“<sup>62</sup> sind, erfüllt die Auslandsbeurkundung nicht die übrigen Zwecke des Formerfordernisses. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf die Beratung und Belehrung, die materielle Richtigkeitsgewähr

59 Vgl. BGH, Beschluss vom 17.12.2013, II ZB 6/13, BGHZ 199, 270 Rdnr. 14.

60 Vgl. BGH, Urteil vom 21.10.2014, II ZR 330/13, NJW 2015, 336 Rdnr. 17.

61 Vgl. näher hierzu DNotI-Report 2016, 96, 98.

62 Vgl. Fn. 42.

und die Filterfunktion des Notars. Es wäre befremdlich, wenn die Gründer einer GmbH diese Schutzmechanismen aushebeln könnten. Denn die Gründung einer juristischen Person betrifft auch Allgemeininteressen. Die Zulassung der Auslandsbeurkundung würde die notarielle Mitwirkung bei der GmbH-Gründung auf eine bloße Beweissicherung reduzieren. Dies würde dem Zweck des Beurkundungserfordernisses in § 2 GmbHG nicht gerecht und ihn letztendlich entleeren.

Es kommt hinzu, dass ausländische Amtsträger nicht der inländischen Dienstaufsicht unterliegen und auch nicht an die steuerlichen Mitteilungspflichten (§ 54 EStDV) gebunden sind.<sup>63</sup> Die Beurkundung durch den inländischen Notar trägt zugleich zur steuerlichen Erfassung der Gesellschaften bei. Die steuerlichen Mitteilungspflichten drohen bei einer Auslandsbeurkundung zulasten des Fiskus ebenfalls unter die Räder zu kommen.

Im Ergebnis bedeutet dies, dass die Beurkundung einer GmbH-Gründung durch einen ausländischen Notar nicht dem Formerfordernis des § 2 Abs. 1 GmbHG genügt und formunwirksam ist.

## IV. Ergebnisse

1. Über die Form der Gründung einer GmbH entscheidet ausschließlich das Gesellschaftsstatut und damit das deutsche Recht.
2. Die Zwecke der Beurkundungspflicht der GmbH-Gründung können bei der gebotenen typisierenden Betrachtungsweise nur durch eine inländische Beurkundung erfüllt werden. Die Beurkundung durch einen ausländischen Notar genügt nicht den Formerfordernissen des § 2 Abs. 1 Satz 1 GmbHG.

63 Vgl. näher hierzu *Heinze*, NZG 2017, 371; vgl. bereits *Heckschen*, DB 1990, 161 ff.

## BUCHBESPRECHUNGEN

**Uwe Blaurock (Hrsg.):**

### Handbuch Stille Gesellschaft

8. Aufl., Dr. Otto Schmidt, 2016. 963 S., 169 €

Von Notar Dr. **Christoph Giehl**, Erlangen

Dass die stille Gesellschaft vor allem im Verborgenen blüht, liegt in der Natur der Sache begründet. Insofern ist es wenig überraschend, dass diese Rechtsform im Wirtschaftsleben einen weitaus bedeutsameren Platz einnimmt als gemeinhin angenommen. Die 8. Auflage des von *Uwe Blaurock* bisher allein bearbeiteten und nun von ihm zusammen mit weiteren Autoren als Gemeinschaftswerk fortgeführten Handbuchs Stille Gesellschaft trägt dem Rechnung. Die Darstellung dieser besonderen Gesellschaftsform und der thematisch ähnlichen *Unterbeteiligung* wird inhaltlich gegenüber der Voraufgabe erneut erweitert und vertieft und damit die herausgehobene Stellung des „*Blaurock*“ als umfassendste Monographie dieses Rechtsgebiets behauptet.

Leider wurde die neue Auflage bereits vor Schaffung des neuen Transparenzregisters (§§ 18 ff. GWG n. F.) abgeschlossen und enthält damit noch keine Antworten zu der Frage, inwieweit stille Beteiligungsverhältnisse im Transparenzregister offenzulegen sind. Dafür finden sich fundierte und gerade für den Praktiker sehr hilfreiche Ausführungen zu zahlreichen anderen Themenkreisen, von denen beispielhaft die folgenden herausgegriffen und für den gesellschaftsrechtlich Interessierten kurz dargestellt seien:

#### 1. Weitgehende Gestaltungsfreiheit

Für die Gründung einer stillen Gesellschaft sind nach der gesetzlichen Definition die folgenden nicht abdingbaren Voraussetzungen einzuhalten: (1) Die Beteiligung kann nur an einem Handelsgewerbe erfolgen; (2) die Vermögenseinlage des stillen Gesellschafters muss in das Vermögen des Geschäftsinhabers übergehen; (3) die Gewinnbeteiligung des stillen Gesellschafters darf nicht ausgeschlossen werden; (4) nur der Geschäftsinhaber tritt nach außen auf, sodass der stille Gesellschafter weder bekannt noch verpflichtet wird und auch nicht haftet.

Im Übrigen besteht für die rechtliche Ausgestaltung der stillen Gesellschaft ein weiter Spielraum. Beschränken sich die Rechte des stillen Gesellschafters im Wesentlichen auf die Gewinnbeteiligung, spricht man von einer sog. *typischen* stillen Gesellschaft. Die Beteiligung des stillen Gesellschafters kann über die bloße Gewinnbeteiligung hinaus aber auch auf eine Beteiligung am Verlust und/oder Vermögen sowie an den Rücklagen bis hin zum Firmenwert erstreckt werden. Darüber hinaus ist es möglich, dem stillen Gesellschafter durch die Gewährung von Mitwirkungsbefugnissen, etwa die Einräumung von Zustimmungsvorbehalten und/oder Geschäftsfüh-

rungsbefugnissen, unternehmerische Mitverantwortung zu übertragen bis hin zur Beherrschung des Geschäftsinhabers. Derartige sog. *atypische* stille Gesellschaften verstoßen – soweit hiermit nicht gesetzeswidrige Zwecke wie zum Beispiel Kreditbetrug oder Ähnliches verfolgt werden – nicht gegen §§ 134, 138 BGB und sind damit zivilrechtlich anerkannt.

*Blaurock* weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass die Rechtsform der stillen Gesellschaft darüber hinaus, unabhängig von ihrer typischen oder atypischen Ausgestaltung, prädestiniert ist, eine lediglich auf bestimmte Geschäftsbereiche beschränkte Beteiligung an einer diversifizierten Unternehmensgruppe zu ermöglichen (Rdnr. 1.31). Eine derartige partielle stille Beteiligung bedarf freilich einer detaillierten vertraglichen Ausgestaltung und separaten Rechnungslegung für die jeweiligen Bereiche einschließlich der (schwierigen) Zuordnung der Gemeinkosten.

Neben der *offenen* atypischen stillen Gesellschaft existiert, worauf *Ledag* im steuerrechtlichen Teil hinweist, die sog. *verdeckte Innengesellschaft*. Hierbei handelt es sich um eine von der Finanzverwaltung und dem BFH entwickelte *steuerliche Fiktion*, bei der zwischen einer gewerblich tätigen Personenhandels-gesellschaft und einer hieran nicht beteiligten dritten Person aufgrund eines von dieser und der Gesellschaft verfolgten gemeinsamen Zwecks sowie der Erbringung gemeinsamer Gesellschafterbeiträge der Abschluss eines *konkludenten* stillen Gesellschaftsvertrags angenommen und der Dritte damit als steuerlicher Quasi-Gesellschafter (Mitunternehmer) behandelt wird (Rdnr. 20.29 ff.). Dies führt dazu, dass die auf der Ebene der Außengesellschaft an den verdeckten atypischen Gesellschafter gezahlten Vergütungen keine Betriebsausgaben, sondern Bestandteil des Ergebnisses der atypisch stillen Gesellschaft sind (siehe im Folgenden unter 2.). Darüber hinaus, und hierin liegt die besondere Problematik einer derartigen Konstellation, sind die der Außengesellschaft zur Nutzung überlassenen Wirtschaftsgüter nicht dem Privatvermögen, sondern dem Sonderbetriebsvermögen des an der verdeckten Innengesellschaft beteiligten Dritten zuzuordnen mit der Folge, dass die stillen Reserven dieser Wirtschaftsgüter steuerverhaftet sind. Das Vorliegen einer verdeckten Innengesellschaft wird insbesondere bei den zwischen einem Geschäftsinhaber und dessen nahen Angehörigen abgeschlossenen Dauerschuldverhältnissen (zum Beispiel Arbeits-, Miet-, Pacht- und Darlehensverhältnissen) thematisiert und in der Regel dann bejaht, wenn diese nicht fremdüblich ausgestaltet sind, zum Beispiel beim Fremd-Geschäftsführer einer

Komplementär-GmbH, wenn dieser nicht gleichzeitig Kommanditist ist, dafür aber eine ungewöhnlich hohe Erfolgsbeteiligung erhält (Rdnr. 20.36).

## 2. Konzernrechtliche Zustimmungserfordernisse

Nach herrschender Meinung und ständiger Rechtsprechung ist die Begründung einer typischen oder atypischen stillen Gesellschaft unter Beteiligung einer AG oder KGaA als Geschäftsinhaberin ein Teilgewinnabführungsvertrag i. S. d. § 292 Abs. 1 Nr. 2 AktG. Insofern bedarf es zur Wirksamkeit des Vertragsschlusses der Zustimmung der Hauptversammlung der als Geschäftsinhaberin handelnden AG bzw. KGaA sowie der Eintragung dieses Unternehmensvertrags im Handelsregister.

Eine entsprechende Anwendung dieser Regelungen auf die GmbH & Still wird von *Jung* (der neben dem ebenfalls frisch hinzu gekommenen *Kauffeld* die Neubearbeitung wesentlicher zivilrechtlicher Kapitel übernommen hat) zusammen mit der Rechtsprechung und überwiegenden Meinung in der Literatur unter Verweis darauf abgelehnt, dass es bei einer typischen stillen Gesellschaft als Geschäftsinhaberin mangels Einräumung von erweiterten Mitgliedschaftsrechten an dem für Unternehmensverträge charakteristischen organisatorischen Element fehlt, während bei einer atypischen stillen Gesellschaft dieses zwar gegeben ist, aufgrund des für Grundlagen-geschäfte (Rdnr. 9.61) bestehenden Erfordernisses der Zustimmung aller Gesellschafter oder einer entsprechenden Ermächtigung in der Satzung aber kein Schutzbedürfnis der Gesellschafter und daher keine planwidrige Lücke besteht, die eine Analogie rechtfertigt (Rdnr. 8.24). Darüber hinaus sieht *Jung* zu Recht auch keine Notwendigkeit, den Vertrag über den Abschluss der atypischen stillen Beteiligung im Handelsregister einzutragen, da diese bei der AG dem Schutzbedürfnis künftiger Aktionäre dient, das bei einer GmbH nicht in gleicher Weise gegeben ist.

Wird eine stille Gesellschaft ohne die erforderlichen Zustimmungen gegründet, führt dies – trotz der fehlenden Außenrechtsbeziehungen sowohl für die typische als auch die atypische stille Gesellschaft und auch bei Beteiligung einer AG oder KGaA – nach höchstrichterlicher Rechtsprechung nicht zur Nichtigkeit des Vertragsschlusses, sondern zum Entstehen einer fehlerhaften Gesellschaft, welche zunächst als existent zu behandeln ist und lediglich für die Zukunft aus wichtigem Grund gekündigt werden kann. Den Grund hierfür erkennt *Jung* darin, dass bereits der Abschluss des stillen Gesellschaftsvertrages (und nicht erst dessen Wirksamkeit) eine schutzwürdige Leistungs- und Risikogemeinschaft begründet (Rdnr. 11.12).

## 3. Steuerliche Behandlung

Das Verständnis der steuerlichen Behandlung der stillen Gesellschaft verlangt höchstes Abstraktionsvermögen. Mit der Neubearbeitung und Erweiterung des einkommen- und umwandlungssteuerlichen Teils durch *Levedag*, des körperschaft-, umsatz- und gewerbesteuerlichen Teils durch *Lamprecht*, des erbschaft-, schenkung- und grunderwerbsteuerlichen Teils durch *Wachter* und des internationalen Steuerrechts durch *Teufel* hat der *Blaurock* sowohl in der Gesamtdarstellung wie auch in zahlreichen Details eine zusätzliche Qualität erfahren;

für die Beratungs- und Gestaltungspraxis ergeben sich hieraus wichtige Anregungen. Zunächst der ertragsteuerliche Überblick:

Der typisch stille Gesellschafter erzielt Einkünfte aus Kapitalvermögen i. S. v. § 20 Abs. 1 Nr. 4 EStG; diese mindern den Gewinn des Geschäftsinhabers als Betriebsausgabe (Rdnr. 20.66). Da das Steuerrecht an die wirtschaftliche Betrachtungsweise anknüpft (vgl. §§ 38 ff. AO), wird die atypisch stille Gesellschaft dann, wenn die rechtliche Stellung des stillen Gesellschafters der eines Kommanditisten angenähert ist, nicht als stille Gesellschaft, sondern als sog. *Mitunternehmerschaft*, weitgehend also wie eine handelsrechtliche Personengesellschaft, behandelt. Das bedeutet: Anders als im Zivilrecht, das lediglich einen Gewinn des Inhabers des Handelsgewerbes und eine Vergütung des stillen Gesellschafters kennt, existiert im Steuerrecht ein Gewinn der atypischen Gesellschaft selbst und diese damit als *selbstständiges Subjekt* der Gewinnerzielung, Gewinnermittlung und Einkünftequalifikation (Rdnr. 20.67) – nicht zu verwechseln mit einem eigenständigen Steuerrechtssubjekt, das die atypisch stille Gesellschaft – auch in gewerbesteuerlicher Hinsicht – gerade nicht ist (Rdnr. 20.69). Von *Levedag* wird ausführlich dargestellt und begründet, dass die atypisch stille Gesellschaft entgegen ihrer zivilrechtlichen Ausgestaltung als reine Innengesellschaft über ein steuerliches *Quasi-Gesamthandsvermögen* verfügt, dem das Betriebsvermögen des Geschäftsinhabers einschließlich der Einlage des stillen Gesellschafters „wie eigenes Vermögen“ über § 15 Abs. 1 Nr. 2 EStG zugerechnet wird (Rdnr. 22.32). Dieses wird ergänzt durch die *Sonderbetriebsvermögen I und II* des atypisch stillen Gesellschafters. Ersteres ist zu bilden, wenn der atypisch stille Gesellschafter dem Geschäftsinhaber Wirtschaftsgüter zur Nutzung überlässt, Letzteres für Vermögen, das der atypisch stille Gesellschafter zur Förderung seiner Beteiligung erworben hat, etwa die GmbH-Beteiligung des atypischen stillen Gesellschafters an einer GmbH & Still (Rdnr. 22.42). Dem gegenüber kann ein Sonderbetriebsvermögen des Geschäftsinhabers nur bei partiellen stillen Gesellschaften existieren, ist im Übrigen aber denklösig ausgeschlossen, da sein gesamtes Betriebsvermögen bereits kraft gesetzlicher Fiktion als Quasi-Gesamthandsvermögen gilt. Wird eine atypisch stille Beteiligung an einen Dritten veräußert und bezahlt dieser einen über dem Kapitalkonto liegenden Preis, ist die Differenz in einer *Ergänzungsbilanz* zu erfassen.

*Levedag* weist weiter darauf hin, dass die Finanzverwaltung bei reinen Innengesellschaften und in besonderer Weise beim Fehlen gegensätzlicher Interessen (zum Beispiel bei Verträgen unter nahen Angehörigen) die vollständige Dokumentation der Gründung und Durchführung der stillen Gesellschaft solcher Art verlangt, dass nachträgliche Manipulationen ausgeschlossen sind.

Dazu kommt das Erfordernis, Erträge aus typisch stillen Beteiligungen von sonstigen Einkünften abzugrenzen. Stille Beteiligungseinkünfte von Arbeitnehmern eines Geschäftsinhabers sind nach der jüngeren Rechtsprechung des BFH nur dann nicht als Arbeitslohn, sondern als Einkünfte aus Kapitalvermögen anzuerkennen, wenn sie auf einer unabhängig vom Arbeitsverhältnis bestehenden Sonderbeziehung beruhen; der Annahme einer solchen Sonderbeziehung stehen regelmäßig

die häufig verwendeten *Good-Leaver/Bad-Leaver-Klauseln* mit unterschiedlichen Rückkaufswerten entgegen, da hier der Bad-Leaver beim Ausscheiden seine Beteiligung unabhängig vom tatsächlichen Wert zum Nennwert an den Arbeitgeber zu veräußern hat, maßgeblich also nicht der Beteiligungsvertrag, sondern das Arbeitsverhältnis ist (Rdnr. 20.21).

#### 4. Einbringungsfragen

Wird eine stille Gesellschaft durch Bar- oder Sacheinlage eines Stillen in das Vermögen des Geschäftsinhabers gegründet, bedarf es hierzu zivilrechtlich der entsprechend vereinbarten Rechtsübertragung. Hierunter fällt, worauf *Jung* zu Recht hinweist, nicht nur die Übertragung des Eigentums (quoad dominium), sondern auch des Rechts zur Gebrauchsüberlassung (quoad usum) sowie die Einbringung nur dem Werte nach (quoad sortem). Dienstleistungen sind zwar selbst keine Vermögenseinlage, können aber dadurch zu einer solchen umqualifiziert werden, dass hierfür ein Entgelt festgesetzt und dieses mit einer Bareinlageverpflichtung verrechnet wird (Rdnr. 7.38).

Bezüglich der im Zusammenhang mit der Einbuchung der Einlage auf dem für die Gewinn- und evtl. Verlustbeteiligung nach § 232 Abs. 2 HGB maßgeblichen Einlagekonto des stillen Gesellschafters vorzunehmenden Bewertung sind die Gesellschafter grundsätzlich frei. Über- oder Unterbewertungen können aber als Schenkung oder – im Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis – auch als Lohnbestandteil angesehen werden und damit unerwünschte zivil- und steuerliche Folgen auslösen. Darüber hinaus ist darauf zu achten, dass eine offenbleibende Bewertung zur Unwirksamkeit des Gesellschaftsvertrages führen kann, da die Höhe der Einlage Essentialie des Vertrages über die Errichtung der stillen Gesellschaft ist (Rdnr. 7.75).

Wie *Jung* zu Recht betont, ist von der Einlage als bilanzierungsfähiger Vermehrung des Unternehmensvermögens streng zu unterscheiden die Pflicht des stillen Gesellschafters, die Erreichung des Gesellschaftszwecks durch seinen eigenen Beitrag zu fördern. Dieser Beitragspflicht unterliegt der stille Gesellschafter wie jeder andere Gesellschafter, § 705 BGB (Rdnr. 7.1). Der Beitrag umfasst neben der Einlage gemäß § 230 HGB auch nicht bilanzierungsfähige Leistungen, insbesondere Dienstleistungen und Gebrauchsüberlassungen.

In der Frage, inwieweit die schenkweise Erbringung der Einlage für Rechnung des stillen Gesellschafters durch den Geschäftsinhaber selbst gemäß § 518 BGB der notariellen Form bedarf, geht *Jung* entgegen der Rechtsprechung des BGH von einem Schenkungsvollzug und damit einer Heilung des formunwirksamen Schenkungsversprechens nach § 518 Abs. 2 BGB durch Abschluss des Gesellschaftsvertrages und bilanzielle Einbuchung aus (Rdnr. 7.23). Dies erscheint zumindest für die typische stille Gesellschaft zweifelhaft, entfaltet doch ihr Gesellschaftsvertrag keinerlei Außenwirkung und kann einem bilanziellen Buchungsvorgang allein keine rechtsgeschäftliche dingliche Wirkung zugeschrieben werden. Mit der neueren Rechtsprechung des BGH zur atypischen Unterbeteiligung („Suhrkamp“) und deren Übertragung auf die atypische stille Gesellschaft durch den BFH dürfte allerdings dann von einer Heilung auszugehen sein, wenn durch den Abschluss des stillen Gesellschaftsvertrages mitgliederschaftliche Mitwirkungs- oder Teilhaberechte begründet werden, was

jedenfalls bei einer atypisch stillen Gesellschaft der Fall ist (Rdnr. 7.24). Bis zu einer endgültigen Entscheidung durch den BGH erscheint aber auch hier weiterhin eine notarielle Beurkundung des Schenkungsversprechens angezeigt.

Auch die Aufnahme eines lediglich seine Arbeitskraft einbringenden atypisch stillen Gesellschafters kann eine Schenkung sein, wenn – ausnahmsweise – die Arbeitsleistung im Verhältnis zum Wert der eingeräumten Beteiligung nicht als angemessene Beitragsleistung angesehen werden kann (Rdnr. 7.29 und *Wachter* in Rdnr. 27.10). Die Begründung einer stillen Beteiligung im Wege des Ausstattungsversprechens gegenüber einem Kind zur Erlangung einer selbstständigen Lebensstellung (d. h. wenn dessen Berufsausbildung zumindest begonnen ist) gilt dagegen nach § 1624 Abs. 1 BGB nicht als Schenkung und bedarf deshalb nicht der notariellen Form (Rdnr. 7.30).

In die 8. Auflage des *Blaurock* neu aufgenommen wurde auch ein Kapitel zu umwandlungsteuerlichen Fragen: Wird ein Betrieb, Teilbetrieb oder Mitunternehmeranteil zum Zweck der Gründung einer atypischen stillen Gesellschaft in das Geschäft des Betriebsinhabers eingebracht, liegt hierin eine Veräußerung in Form eines tauschähnlichen Vorgangs, weil der Einbringende als Gegenleistung einen Mitunternehmeranteil an der atypisch stillen Gesellschaft erhält, § 16 EStG. Da die atypisch stille Gesellschaft über ein Quasi-Gesamthandsvermögen verfügt (siehe oben), in das der Geschäftsinhaber seinen Betrieb und der Stille seine Einlage einbringen, ist ein solcher Tauschvorgang – ohne dass es eines zivilrechtlichen Eigentumsübergangs bedarf – regelmäßig für das Betriebsvermögen des Geschäftsinhabers erfüllt. Gemäß dem nach herrschender Meinung und Rechtsprechung auch auf die Einbringung ohne Vollrechtsübertragung anwendbaren § 24 Abs. 2 Satz 1 UmwStG kann die atypisch stille Gesellschaft für das übergehende Betriebsvermögen statt des gemeinen Wertes den Ansatz der Buchwerte oder eines Zwischenwertes wählen (Rdnr. 26.18); das Wahlrecht ist durch Stellung eines entsprechenden Antrags und Abgabe einer entsprechenden Schlussbilanz auszuüben. Erhält der Einbringende neben dem eingebrachten Mitunternehmeranteil sonstige Gegenleistungen, dürfen diese allerdings den in § 24 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 UmwStG definierten Umfang nicht übersteigen. Über diesen grundsätzlichen Überblick hinaus werden in der 8. Auflage des *Blaurock* alle erdenklichen Arten von Einbringungs- und Umwandlungsvorgängen, etwa auch der Wechsel von der Mitunternehmerstellung in der Außengesellschaft in diejenige als atypisch Stiller, detailliert abgehandelt (§ 26), für den Praktiker eine wertvolle „steuerliche Betriebsanleitung“ bei der Errichtung.

#### 5. Einlage und Haftung

Die Einlage des stillen Gesellschafters geht in das Vermögen des Geschäftsinhabers über und unterliegt damit der Zwangsvollstreckung durch dessen Gläubiger.

Demgegenüber ist die *Beteiligung* des Stillen selbst gemäß § 236 Abs. 1 HGB kein haftendes Eigenkapital, sodass dieser den nicht durch Verluste aufgebrauchten Anteil der Einlage in der Insolvenz des Geschäftsinhabers als Insolvenzforderung gleichberechtigt mit den übrigen Gläubigern geltend machen kann, soweit es sich nicht um eine eigenkapitalersetzende stille Beteiligung i. S. v. § 39 Abs. 4 und 5 InsO handelt.



Als *haftendes Eigenkapital* hat die stille Beteiligung aktuell insbesondere im Finanzsektor erhebliche wirtschaftliche Bedeutung. Nach den derzeit gültigen Standards (Basel III) können die Einlagen der stillen Gesellschafter dem zusätzlichen Kernkapital (Additional Tier 1 Capital) zugerechnet werden, wenn sie die zusätzlichen Voraussetzungen nach Art. 52 CRR (EU-Verordnung 573/2013) erfüllen, insbesondere also voll am Verlust teilnehmen und in der Insolvenz des Geschäftsinhabers gegenüber anderen Instrumenten des Ergänzungskapitals nachrangig zu bedienen sind. In der Finanzkrise ab 2008 hat der Sonderfonds Finanzmarktstabilisierung (SoFFin) die Rekapitalisierung des Finanzsektors ganz wesentlich in der Form stiller Beteiligungen vorgenommen und diese anschließend wieder (unauffällig) veräußert.

Ab 2021 können stille Einlagen nach der CRR indessen nur noch unter erschwerten Voraussetzungen als bankmäßiges Eigenkapital anerkannt werden. Die betreffenden Detailfragen

der Bankenkapitalisierung behandelt *Teufel* in einem neu eingefügten Kapitel (§ 19a).

## 6. Resümee

Der in 8. Auflage aktualisierte und erweiterte *Blaurock* geht in seiner systematischen und methodischen Durchdringung der Themen und Fragestellungen der stillen Gesellschaft und Untertbeteiligung weit über den eigentlichen Bereich dieser Rechtsformen hinaus. Hierdurch und durch die Einbeziehung des internationalen Rechts und rechtshistorischer Bezüge (insbesondere in Rdnr. 3.8 ff.) sowie einen umfassenden steuerrechtlichen Teil gelingt eine selten anzutreffende Kombination von Lehrbuch und fallbasiertem Praxishandbuch. Der *Blaurock* darf deshalb ohne Übertreibung zu den Standardwerken gezählt werden, die in der Bibliothek des Gesellschaftsrechtlers keinesfalls fehlen sollten.

**Ralf Engels:**

## Steuerrecht für die familienrechtliche Praxis

3. Aufl., Giesecking, 2017. 424 S., 59 €

Von Notar Dr. **Eckhard Wälzholz**, Füssen

Der Gedanke an Steuerrecht löst bei den meisten Ziviljuristen eher Zahnschmerzen aus. Umso wichtiger sind für jeden Zivilrechtler, damit auch für den Notar, zuverlässige und verständliche Handbücher, mit denen die steuerlichen Folgewirkungen der zivilrechtlichen Gestaltungen ermittelt werden können. Das in dritter Auflage neu vorgelegte Werk von *Engels* behandelt die steuerrechtlichen Fragen nicht nur aus Sicht der (notariellen) Vertragsgestaltung, sondern grundlegend und umfassend einschließlich der Fragen der Zusammenveranlagung, der Kinderfreibeträge, des Kindergeldes und der Kosten des Scheidungsverfahrens. Für die notarielle Vertragsgestaltung sind hingegen im Kern das Kapitel F zum Abzug von Unterhaltsleistungen, das Kapitel H „Güterstand und Steuern“, das Kapitel I „Versorgungsausgleich und Steuern“ sowie die Besonderheiten bei Immobilien und der Schenkungsteuer von großer Bedeutung.

Das Werk ist von einem Grenzgänger zwischen Steuer- und Familienrecht verfasst, sodass der Autor die Expertise des Steuerrechtlers hat, sich aber gleichzeitig der Gedankenwelt und Sprache des Familienrechtlers bedient. Dies fördert die Verständlichkeit für den Ziviljuristen. Das Werk ist umfassend und erschöpfend. Keine Frage, die typischerweise in der Beratungssituation von Eheverträgen und Scheidungsvereinbarungen vorkommt, die nicht in dem Werk behandelt würde. Dies erfasst auch die Gestaltung von Familiengesellschaften und deren Anerkennung, die Gestaltung von Darlehensverträgen

zwischen nahen Angehörigen sowie die Fragen der Ausgestaltung der sog. Güterstandsschaukel (siehe Rdnr. 1036).

In Rdnr. 908 sind die Grundsätze des begrenzten Realsplittings nach § 10 Abs. 1a Nr. 1 EStG erläutert. Zutreffend weist *Engels* in Rdnr. 921 darauf hin, dass auch Sachzuwendungen wie die unentgeltliche Überlassung einer Wohnung als Unterhaltsleistung im Rahmen des begrenzten Realsplittings zulässig sind. Das begrenzte Realsplitting muss allerdings nur gegen entsprechenden Nachteilsausgleich (Rdnr. 937 ff.) durchgeführt werden. Denn den Unterhaltsbetrag, den der Unterhaltspflichtige bei der Einkommensteuer als Sonderausgabe abziehen kann, hat der Empfänger bis zum Betrag von 13.805 € zu versteuern. Daher will die Wahl des begrenzten Realsplittings genau überlegt sein.

Zum Zugewinnausgleichsanspruch vertritt *Engels* überzeugend die Ansicht, dass weder die Zugewinnausgleichsschuld beim Zahlungsverpflichteten noch ggf. erforderliche Schuldzinsen beim Zahlungspflichtigen abziehbar sind (Rdnr. 1023 ff.). Besonders misslich ist hieran, dass der Zahlungsempfänger ggf. enthaltene Zinsanteile nach § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG gleichwohl zu versteuern hat (Rdnr. 1028).

In Rdnr. 1348 behandelt *Engels* auch die grunderwerbsteuerlichen Fragen von Eheverträgen und Scheidungsvereinbarungen. Spannend ist hierbei insbesondere die Auslegung des

§ 3 Nr. 5, 5a GrEStG. Die dortigen Ausführungen mit Nachweisen der aktuellen Rechtsprechung belegen, dass die Grunderwerbsteuerfreiheit bei Verträgen noch lange nach Beendigung der Ehe zur Auseinandersetzung von Miteigentümergeinschaften hinsichtlich der Grunderwerbsteuerbefreiung problematisch sein kann.

Scheidungsvereinbarungen können immer wieder private Veräußerungsgeschäfte gemäß § 23 EStG auslösen, wenn zur Abgeltung der Zugewinnausgleichsforderung Immobilien übertragen werden. Hierzu finden sich präzise und praxisnahe Hinweise in Rdnr. 1291 ff. Zweifel äußert *Engels* hinsichtlich der Frage, ob bei Hingabe einer Immobilie unter Anrechnung auf die Zugewinnausgleichsforderung nach § 1380 BGB noch ein unentgeltliches Rechtsgeschäft vorliegen könne (Rdnr. 1310a). Insoweit wird die Praxis weiterhin auf eine Entscheidung des BFH warten müssen.

Nach alledem ist der neue *Engels* ein wichtiger Begleiter bei der Beantwortung steuerlicher Fragen im Zusammenhang mit Eheverträgen und Scheidungsvereinbarungen. Das Werk ist praxisnah, kommt schnell auf den Punkt und ist auch für den Hobbysteuerrechtler gut verständlich. Nachteilig ist lediglich, dass sich rund die Hälfte des Buches mit Fragen beschäftigt, die den Notar in seiner Praxis regelmäßig nicht beschäftigen. Durch eine klare Strukturierung des Buches ist das Auffinden der notariell relevanten Teile jedoch problemlos möglich. Der in dritter Auflage vorgelegte *Engels* kommt ohne überflüssigen wissenschaftlichen Ballast direkt auf den Punkt. Die Aussagen sind zuverlässig und versuchen nicht, Gestaltungen an der Grenze der Legalität auszureizen. Das Werk kann daher dem steuerrechtlich interessierten Notar uneingeschränkt zur Anschaffung empfohlen werden.

**Herbert Grziwotz (Hrsg.):**

## **MaBV – Makler- und Bauträgerverordnung**

3. Aufl., RWS, 2017. 368 S., 74 €

Von Notar **Michael Deutrich**, Friedberg

Mit dem in mittlerweile dritter Auflage erschienenen, im Umfang kaum veränderten Werk wurde die bewährte Zielsetzung weiterverfolgt: eine Kommentierung für die im Bereich des Bauträgerrechts tätigen Praktiker. Die Bearbeiter sind fast ausnahmslos Notare. Daher werden über die reine Kommentierung hinaus wertvolle Hinweise zur Vertragsgestaltung gegeben. Den Hauptumfang nehmen die für den Bauträgervertrag besonders wichtigen §§ 3 und 7 der MaBV ein, die auch nach der Neuregelung des Bauvertragsrechts (durch Gesetz vom 28.4.2017, BGBl. I, S. 969 ff.) unverändert eine wesentliche Grundlage für die Vertragsgestaltung bleiben. Der Kommentar kann und will kein umfassendes Lehrbuch zum Bauträgervertragsrecht ersetzen, ist aber eine sinnvolle Ergänzung. Zu allen Fragen, die sich aus den Bestimmungen der MaBV für die Vertragsgestaltung ergeben, liefert er zuverlässige und prägnante Antworten. Dabei findet – der Zielsetzung entsprechend – keine vertiefte wissenschaftliche Diskussion statt, sondern der Stand der Rechtsprechung und Lehre wird kurz und übersichtlich dargestellt. Einige Beispiele sollen das verdeutlichen:

Zur Frage, ob die MaBV auch anwendbar sein kann, wenn Verkäufer und Werkunternehmer verschiedene Personen sind, ist bereits das Urteil des OLG München vom 17.3.2015 (9 U 1662/11, MittBayNot 2017, 45) enthalten, nach dem es für die Anwendbarkeit genügt, wenn Werkunternehmer und Grundstücksverkäufer bei der Vermarktung zusammenwirken und beide im gleichen Lager stünden (§ 1 Rdnr. 24).

Auch die Anwendungsmerkmale „Gewerbsmäßigkeit“ des Bauträgers (§ 1 Rdnr. 6) und „Bauvorhaben“ (§ 1 Rdnr. 12, allerdings etwas knapp) sind übersichtlich dargestellt.

Beispiele für unzulässige Klauseln in der Freistellungsverpflichtungserklärung der Globalgläubigerin sind in § 3 Rdnr. 84 zusammengestellt. In einem Anhang 2 zu § 3 ist das Muster der BNotK für ein Freigabeversprechen abgedruckt und näher erläutert.

In § 3 Rdnr. 129 spricht sich der Kommentar (mit kurzer Begründung) für die Zulässigkeit der Angabe eines flexiblen Ratenplans (also keine zwingende Vorabfestlegung im Vertrag) aus, gibt aber die abweichende Ansicht zutreffend an.

In einem Anhang 1 zu § 3 werden die einzelnen in § 3 Abs. 2 aufgeführten Bauleistungen näher erläutert. Welche Bauleistungen fallen zum Beispiel unter den Begriff „Bezugsfertigkeit“? Als Notar ist man zwar mit der Klärung solcher Fragen nicht regelmäßig befasst, aber doch dankbar, wenn man sich bei entsprechender Nachfrage mit einem Blick informieren kann.

In § 3 Rdnr. 124 wird der Frage nachgegangen, ob der Ratenplan der MaBV (mit der Begründung, dass eine Vorleistungspflicht des Erwerbers nach §§ 307, 641 BGB unzulässig ist) zugunsten des Erwerbers zu korrigieren ist, wenn der Wert der vom Bauträger erbrachten Leistungen hinter der Höhe der MaBV-Raten zurückbleibt (zum Beispiel bei der Grundstücksrate). Dies wird mit der Begründung bejaht, dass die gewerberechtliche Regelung der MaBV keine zivilrechtliche Vorleistungspflicht des Erwerbers begründen kann. Abweichende Ansichten dazu werden hier allerdings nicht erwähnt (vgl. etwa jüngst *Weber*, notar 2017, 387 m. w. N.).

In § 7 Rdnr. 18 ff. finden sich ausführliche Kommentierungen zum Sicherungsumfang der Bürgschaft. Mit der herrschenden

Meinung wird hier zwischen Bürgschaften in Vorauszahlungsfällen (erweiterter Schutzzumfang) und Bürgschaften differenziert, die nur Zahlungen nach Baufortschritt absichern. Im Anschluss an die Kommentierung zu § 7 findet sich auch ein ausformuliertes Bürgschaftsmuster.

Zusammenfassend lässt sich sagen: Ich möchte diesen Kommentar nicht in meiner Bibliothek missen und würde ihn unbedingt zur Anschaffung empfehlen.

**Lisanne Henriette Uphoff:**

## Die Vorsorgevollmacht des Personengesellschafters

Nomos, 2016. 349 S., 89 €

Von Notar Dr. **Thomas Renner**, Erfurt

Es ist vielleicht etwas unfair, einem Notar, der seit circa 30 Jahren überwiegend als Praktiker tätig ist, die Dissertation einer jungen Akademikerin anzuvertrauen und ihn um eine Rezension zu bitten. Das möchte ich erläuternd und erklärend vorausschicken und mich damit gleichzeitig für die nachfolgende erste Anmerkung zu der Arbeit von *Uphoff* entschuldigen. Neben hochaktuellen Fragen behandelt sie auch solche, die aus meiner Sicht eher der Vergangenheit angehören.

So habe ich aus meiner eigenen Ausbildung in Erinnerung, dass es immer wieder hieß: „Anderer Ansicht: *Flume*“! Mehrfach setzt sich *Uphoff* in ihrer Dissertation mit von *Flume* vertretenen Rechtsauffassungen auseinander – so auch auf S. 81. Mein erster Gedanke beim Lesen war: Wann hat *Flume* das eigentlich geschrieben? Ein Blick ins Literaturverzeichnis half leider nicht wirklich weiter: Bei allen von *Uphoff* zitierten Werken ist das Erscheinungsjahr angegeben – bei *Flumes* Allgemeinem Teil leider nicht. Klar dürfte sein: Diese Meinungsäußerung ist ebenso solitär wie uralt. Etwas überrascht war ich auch, als ich las, dass bedingte Vollmachten nach „überwiegender Ansicht“ (so Fn. 414) zulässig sind – ich hielt dies für die absolut herrschende Meinung. Beruhigt hat mich dann jedoch die Tatsache, dass auch *Uphoff* wohl nur einen Autor fand, der bedingte Vollmachten für unzulässig hält – nämlich *Müller-Freienfels* in einer vor über 60 Jahren erschienenen Schrift.

Wer als Rezensent ein Buch bespricht, greift gerne auf folgendes Verfahren zurück: Man sucht ein Kapitel, in dem sich der Autor mit Dingen befasst, die der Rezensent besonders gut zu kennen glaubt. Das Urteil über diesen Abschnitt bestimmt dann stark die Gesamtbewertung. Ich gestehe, dass auch ich so vorgegangen bin: Mit besonderer Aufmerksamkeit habe ich deshalb beispielsweise die Ausführungen von *Uphoff* zum Thema Demenz/Geschäfts(un)fähigkeit gelesen (S. 63 ff.); in engem Zusammenhang mit diesem Thema steht die Frage, ob man zur Erteilung einer Vorsorgevollmacht vielleicht „ein bisschen weniger geschäftsfähig“ sein darf als bei anderen Rechtsgeschäften. Ich will ehrlich sein: Die Ergebnisse von *Uphoff* überzeugen mich nicht: Sie will es zulassen (S. 70 ff.), dass „partiell Geschäftsfähige“ noch wirksam Vorsorgevollmachten

erteilen können – auf S. 109 f. sind die „partiell Geschäftsfähigen“ dann konsequenterweise auch zum Widerruf von Vorsorgevollmachten berechtigt. Auf S. 74 f. werden die „lichten Augenblicke“ angesprochen, in denen man noch wirksam eine Willenserklärung abgeben könne – eine nicht allzu alte Entscheidung des OLG München (Beschluss vom 1.7.2013, 31 Wx 266/12, FamRZ 2014, 246 = NotBZ 2013, 355) legt dagegen ausführlich dar, dass es „luzide Intervalle“ bei chronischen Demenzerkrankungen fast nicht gibt.

In insgesamt sechs Paragraphen gliedert *Uphoff* ihre Gedanken. § 7 enthält abschließend eine Zusammenfassung ihrer Thesen. Während die §§ 1 bis 3 eher allgemeinen Aspekten der Vorsorgevollmacht gewidmet sind, betreffen die §§ 4 bis 6 ganz spezifische Fragen, die den Problembereich Vorsorgevollmacht/Personengesellschaft betreffen. In § 4 geht es darum, inwieweit Abspaltungsverbot, Kernbereichslehre, gesellschaftsvertragliche Treuepflicht oder der Grundsatz der Verbandssouveränität Grenzen für die Erteilung von Vorsorgevollmachten darstellen. Schulbuchmäßig werden die angesprochenen Bereiche abgehandelt. § 5 ist dem Prinzip der Selbstorganschaft gewidmet, das Vorsorgevollmachten eines Personengesellschafters nach Auffassung von *Uphoff* jedoch keineswegs ausschließt – dem kann nur gefolgt werden. Aus meiner Sicht zu positiv bewertet *Uphoff* dagegen in § 6 gesellschaftsvertragliche Regelungen, in denen Gesellschafter zur Erteilung von Vorsorgevollmachten verpflichtet werden. Auf die Frage, ob solche Klauseln inhaltlich ins Detail gehen sollten und vielleicht sogar müssen (extremste Variante: Der Gesellschaftsvertrag gibt den Wortlaut der zu erteilenden Vorsorgevollmacht vor), geht sie leider nicht ein. Ausführlich werden Fragen der „Sanktionierung“ im Fall des Verstoßes behandelt.

Das Werk von *Uphoff* beweist eine ebenso fleißige wie fundierte Recherche. Die Darstellung ist meist lehrbuchhaft und sprachlich leider oft wissenschaftlich-schwerfällig. Der Praktiker wird das Buch wohl schnell zur Seite legen; der wissenschaftliche Interessierte findet fundierte und begründete Positionen zu einem Thema, das sich aktuell in der Diskussion befindet.

## RECHTSPRECHUNG

### BÜRGERLICHES RECHT – ALLGEMEINES

#### 1. Verpflichtung zur Einhaltung der allgemein anerkannten Regeln der Technik zum Zeitpunkt der Abnahme

BGH, Urteil vom 14.11.2017, VII ZR 65/14 (Vorinstanz:  
OLG Stuttgart, Urteil vom 25.2.2014, 10 U 78/13)

VOB/B 2006 § 4 Nr. 7, § 8 Nr. 3 Abs. 2 Satz 1  
BGB §§ 242, 633

#### LEITSÄTZE:

1. Der Auftragnehmer schuldet gemäß § 13 Nr. 1 VOB/B (2006) grundsätzlich die Einhaltung der allgemein anerkannten Regeln der Technik zum Zeitpunkt der Abnahme. Dies gilt auch bei einer Änderung der allgemein anerkannten Regeln der Technik zwischen Vertragsschluss und Abnahme.
2. In einem solchen Fall hat der Auftragnehmer den Auftraggeber regelmäßig über die Änderung und die damit verbundenen Konsequenzen und Risiken für die Bauausführung zu informieren, es sei denn, diese sind dem Auftraggeber bekannt oder ergeben sich ohne Weiteres aus den Umständen.
3. Der Auftraggeber hat sodann im Regelfall zwei Optionen: Der Auftraggeber kann zum einen die Einhaltung der neuen allgemein anerkannten Regeln der Technik verlangen mit der Folge, dass ein aufwendigeres Verfahren zur Herstellung erforderlich werden kann, als im Zeitpunkt des Vertragsschlusses von den Parteien vorgesehen. Der Auftragnehmer kann, soweit hierfür nicht von der Vergütungsvereinbarung erfasste Leistungen erforderlich werden, im Regelfall eine Vergütungsanpassung nach § 1 Nr. 3 oder 4, § 2 Nr. 5 oder 6 VOB/B (2006) verlangen. Der Auftraggeber kann zum anderen von einer Einhaltung der neuen allgemein anerkannten Regeln der Technik und damit von einer etwaigen Verteuerung des Bauvorhabens absehen.
4. Ein Anspruch aus § 4 Nr. 7, § 8 Nr. 3 Abs. 2 Satz 1 VOB/B (2006) setzt gemäß § 8 Nr. 3 Abs. 1 und Nr. 5 VOB/B (2006) grundsätzlich eine schriftliche Kündigungserklärung des Auftraggebers voraus. Bei ernsthafter und endgültiger Erfüllungsverweigerung des Auftragnehmers muss der Auftraggeber, der Vorschuss verlangt, zumindest konkludent zum Ausdruck bringen, dass er den Vertrag mit dem Auftragnehmer beenden will (Abweichung von BGH, Urteil vom 12.1.2012, VII ZR 76/11, BGHZ 192, 190 Rdnr. 9; Versäumnisurteile vom 9.10.2008, VII ZR 80/07,

BauR 2009, 99 Rdnr. 16 = NZBau 2009, 173, und vom 5.7.2001, VII ZR 201/99, BauR 2001, 1577, juris Rdnr. 6 = NZBau 2001, 623; Urteil vom 20.4.2000, VII ZR 164/99, BauR 2000, 1479, 1481, juris Rdnr. 21 = NZBau 2000, 421).

#### SACHVERHALT:

1 Die Klägerin verlangt von der Beklagten Zahlung eines Vorschusses zur Mängelbeseitigung.

2 Auf der Grundlage des Angebots der Beklagten vom 14.3.2007, dem die VOB/B (2006) beigefügt war, erteilte die Klägerin der Beklagten noch im März 2007 den Auftrag zur Errichtung dreier Pultdachhallen in G in verzinkter Stahlkonstruktion zum Festpreis von 770.000 € zuzüglich Umsatzsteuer. In der Gebäudebeschreibung ist für die Hallen eine Schneelast von 80 kg/m<sup>2</sup> angegeben. Dies entsprach der DIN 1055-5 (1975) und der im Jahr 2006 erteilten Baugenehmigung. Nach den technischen Vorgaben der geänderten DIN 1055-5 (2005), deren verbindliche bauaufsichtliche Einführung für Bauvorhaben erfolgte, deren Genehmigung nach dem 1.1.2007 beantragt wurde, und die vorab im Jahr 2005 im Weißdruck erschienen war, ist in G eine Schneelast von 139 kg/m<sup>2</sup> anzusetzen.

3 Die Beklagte errichtete die Hallen in der Zeit bis August 2007. Nachdem das mit der Montage der vorgesehenen Photovoltaikanlage auf dem Dach befasste Unternehmen wegen der Durchbiegung der Dachkonstruktion Bedenken angemeldet hatte, forderte die Klägerin die Beklagte zur Verstärkung der Dachkonstruktion auf. Die Beklagte kam dem nicht nach, stellte unter dem 30.6.2008 die Schlussrechnung und zeigte am 1.7.2008 Fertigstellung an. Die Klägerin verweigerte eine förmliche Abnahme.

4 Die Klägerin hat auf der Grundlage eines im Rahmen des von ihr eingeleiteten selbstständigen Beweisverfahrens eingeholten Sachverständigengutachtens Mängelbeseitigungskosten i. H. v. ca. 856.800 € brutto veranschlagt. Dabei ist sie von einer Verpflichtung der Beklagten ausgegangen, die Dachkonstruktion unter Berücksichtigung der nach der DIN 1055-5 (2005) vorgesehenen Schneelast von 139 kg/m<sup>2</sup> zu ertüchtigen. Nach Abzug eines Einbehalts von der Werklohnforderung hat sie mit der Klage die Zahlung von 518.849,24 € brutto als Vorschuss gefordert.

5 Das LG hat der Klage hinsichtlich der Hauptforderung in vollem Umfang stattgegeben. Auf die Berufung der Beklagten hat das Berufungsgericht das erstinstanzliche Urteil teilweise abgeändert und diese unter Abweisung der Klage im Übrigen zur Zahlung von 382.049,24 € verurteilt. Mit der vom Senat zugelassenen Revision strebt die Beklagte die vollständige Abweisung der Klage an.

#### AUS DEN GRÜNDEN:

6 Die Revision führt zur Aufhebung des Berufungsurteils im tenorierten Umfang und insoweit zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

(...)

18 1. Das Berufungsgericht hat festgestellt, dass eine Abnahme des Bauwerks durch die Klägerin bislang nicht erfolgt ist.

19 Es hat weiter festgestellt, dass die Vorgaben der DIN 1055-5 (2005) zu den bei Bauvorhaben anzusetzenden Schneelasten spätestens ab dem Jahr 2010 zu den allgemein anerkannten Regeln der Technik zählen. Danach entsprach es spätestens ab diesem Zeitpunkt den allgemein anerkannten Regeln der Technik, in G die Standsicherheit auf der Grundlage einer Schneelast von 139 kg/m<sup>2</sup> zu berechnen.

**20** Die hiergegen erhobenen Verfahrensrügen hat der Senat geprüft und für nicht durchgreifend erachtet, § 564 Satz 1 ZPO.

**21** 2. Die auf diesen Feststellungen beruhende Auslegung des Berufungsgerichts, die Beklagte schulde nach dem Vertrag ungeachtet der Vereinbarung einer Schneelast von 80 kg/m<sup>2</sup> wegen der spätestens ab dem Jahr 2010 erfolgten Änderung der allgemein anerkannten Regeln der Technik die Errichtung der Hallen unter Berücksichtigung einer Schneelast von 139 kg/m<sup>2</sup>, ist indes von Rechtsfehlern beeinflusst.

**22** Die Auslegung von Willenserklärungen ist grundsätzlich Angelegenheit des Tatrichters. Eine revisionsrechtliche Überprüfung findet allerdings dahin gehend statt, ob Verstöße gegen gesetzliche Auslegungsregeln, anerkannte Auslegungsgrundsätze, sonstige Erfahrungssätze oder Denkgesetze vorliegen oder ob die Auslegung auf Verfahrensfehlern beruht. Zu den anerkannten Auslegungsgrundsätzen zählt der Grundsatz der beiderseits interessengerechten Vertragsauslegung (vgl. BGH, Urteile vom 31.8.2017, VII ZR 5/17, WM 2017, 2169 Rdnr. 24; vom 22.10.2015, VII ZR 58/14, NZBau 2016, 213 Rdnr. 15 f., und vom 5.3.2015, IX ZR 133/14, BGHZ 204, 231 Rdnr. 21, jeweils m. w. N.). Diese Maßstäbe hat das Berufungsgericht nicht hinreichend berücksichtigt.

**23** a) Im Ausgangspunkt zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, dass der Auftragnehmer im Rahmen eines Vertrags, in den die VOB/B (2006) einbezogen ist, gemäß § 13 Nr. 1 VOB/B (2006) zum Zeitpunkt der Abnahme ein Bauwerk schuldet, das der vereinbarten Beschaffenheit und den allgemein anerkannten Regeln der Technik entspricht.

**24** Danach ist die Einhaltung der allgemein anerkannten Regeln der Technik unabhängig davon geschuldet, ob öffentlich-rechtlich geringere Anforderungen an die Bauausführung gestellt werden. Der Umstand, dass ein Bauwerk öffentlich-rechtlich zulässig ist und genutzt werden darf, ändert nichts daran, dass der Auftragnehmer die sich in den allgemein anerkannten Regeln der Technik widerspiegelnden üblichen (höheren) Qualitäts- und Sicherheitsanforderungen einzuhalten hat.

**25** Maßgebend sind nach § 13 Nr. 1 VOB/B (2006) grundsätzlich die allgemein anerkannten Regeln der Technik zum Zeitpunkt der Abnahme (vgl. Kapellmann/Messerschmidt/Weyer, VOB Teile A und B, 5. Aufl., § 13 VOB/B Rdnr. 55 f.; Beck'scher VOB/B-Kommentar/Ganten, 3. Aufl., § 13 Abs. 1 Rdnr. 77; *Leinemann/Schliemann*, VOB/B, 6. Aufl., § 13 Rdnr. 35 ff.; *Kniffka/Koebler/Kniffka*, Kompendium des Baurechts, 4. Aufl., 6. Teil Rdnr. 35; *Messerschmidt/Voit/Drossart*, Privates Baurecht, 2. Aufl., § 633 BGB Rdnr. 32; vgl. zum gesetzlichen Werkvertragsrecht auch BGH, Urteil vom 14.5.1998, VII ZR 184/97, BGHZ 139, 16, 19, juris Rdnr. 11).

**26** Dies gilt im Regelfall auch bei einer Änderung der allgemein anerkannten Regeln der Technik zwischen Vertragsschluss und Abnahme. In einem solchen Fall hat der Auftragnehmer den Auftraggeber über die Änderung und die damit verbundenen Konsequenzen und Risiken für die Bauausführung zu informieren, es sei denn, diese sind dem Auftraggeber bekannt oder ergeben sich ohne Weiteres aus den Umständen. Ein nach beiden Seiten hin interessengerechtes Verständnis des Bauvertrags führt unter Berücksichtigung von Treu und

Glauben regelmäßig dazu, dass für den Auftraggeber zwei Optionen bestehen.

**27** Der Auftraggeber kann zum einen die Einhaltung der neuen allgemein anerkannten Regeln der Technik verlangen mit der Folge, dass ein aufwendigeres Verfahren zur Herstellung des Werks erforderlich werden kann, als im Zeitpunkt des Vertragsschlusses von den Parteien vorgesehen, oder dass ein bereits erstelltes Bauwerk für die Abnahme noch ertüchtigt werden muss. Der Auftragnehmer kann, soweit hierfür nicht von der Vergütungsvereinbarung erfasste Leistungen erforderlich werden, im Regelfall eine Vergütungsanpassung nach § 1 Nr. 3 oder 4, § 2 Nr. 5 oder 6 VOB/B (2006) verlangen.

**28** Der Auftraggeber kann zum anderen von einer Einhaltung der neuen allgemein anerkannten Regeln der Technik und damit von einer etwaigen Verteuerung des Bauvorhabens absehen.

**29** b) Nach der Rechtsprechung des BGH können die Parteien allerdings bei Vertragsschluss auch eine Vereinbarung treffen, nach der die Bauausführung hinter den aktuellen oder den künftigen allgemein anerkannten Regeln der Technik, soweit deren Einführung bereits absehbar ist, zurückbleibt. Dies erfordert, dass der Auftragnehmer den Auftraggeber auf die Bedeutung der allgemein anerkannten Regeln der Technik und die mit der Nichteinhaltung verbundenen Konsequenzen und Risiken hinweist, es sei denn, diese sind dem Auftraggeber bekannt oder ergeben sich ohne Weiteres aus den Umständen. Ohne eine entsprechende Kenntnis kommt eine rechtsgeschäftliche Zustimmung des Auftraggebers zu einer hinter den allgemein anerkannten Regeln der Technik zurückbleibenden Ausführung regelmäßig nicht in Betracht (vgl. BGH, Urteil vom 7.3.2013, VII ZR 134/12, BauR 2013, 952 Rdnr. 15 = NZBau 2013, 295; Urteil vom 4.6.2009, VII ZR 54/07, BGHZ 181, 225 Rdnr. 14; jeweils m. w. N.; vgl. auch *Kniffka/Koebler/Kniffka*, Kompendium des Baurechts, 6. Teil Rdnr. 37). Die Parteien können eine solche Vereinbarung auch nach Vertragsschluss treffen.

**30** c) Soweit das Berufungsgericht eine solche Vereinbarung allein deshalb verneint, weil anlässlich des Vertragsschlusses nicht ausdrücklich darüber gesprochen worden sei, dass mit der Vereinbarung einer Schneelast von 80 kg/m<sup>2</sup> eine von den allgemein anerkannten Regeln der Technik abweichende Ausführung vereinbart werden sollte, lässt die Auslegung wesentliche, für eine beiderseits interessengerechte Auslegung bedeutsame Umstände unberücksichtigt.

**31** Das Berufungsgericht setzt sich bei der Auslegung nicht hinreichend mit dem im Revisionsverfahren zugrunde zu legenden, teilweise unter Beweis gestellten Vortrag der Beklagten auseinander. Danach beruhte die Vereinbarung einer Schneelast von 80 kg/m<sup>2</sup> auf ausdrücklichen Vertragsverhandlungen der Parteien, wobei der fachkundigen Klägerin und deren Architekten und Statiker die Änderung der Vorgaben zur Schneelast in der DIN 1055-5 (2005) bekannt gewesen sei. Es sei der Klägerin im Hinblick auf einen engen Finanzspielraum gerade darauf angekommen, die öffentlich-rechtlich noch zulässige und deutlich preiswertere Herstellungsart, die eine Schneelast von nur 80 kg/m<sup>2</sup> gemäß der DIN 1055-5 (1975) vorsah, zu verwirklichen. Entsprechend sei auch in den

Baubesprechungen über die neue Schneelastnorm gesprochen worden, ohne dass eine Änderung der Bauausführung verlangt worden sei. Bei Zugrundelegung dieses Vortrags kommt in Betracht, dass die Klägerin eines besonderen Hinweises auf die Bedeutung der Schneelastnormen und die mit der Vereinbarung einer geringeren Schneelast gemäß der DIN 1055-5 (1975) verbundenen Konsequenzen und Risiken nicht bedurfte, da diese für sie auf der Hand lagen, und sie in Kenntnis der maßgebenden Umstände aus Preisgründen diese Bauausführung vereinbart hat.

**32** 3. Im Ausgangspunkt zutreffend hat das Berufungsgericht mangels Abnahme den Vorschussanspruch auf § 4 Nr. 7 i. V. m. § 8 Nr. 3 Abs. 2 Satz 1 VOB/B (2006) gestützt (vgl. BGH, Urteil vom 20.4.1989, VII ZR 80/88, BauR 1989, 462, 464, juris Rdnr. 15). Allerdings ist die Auffassung des Berufungsgerichts, im Rahmen dieses Anspruchs sei eine Kündigungserklärung der Klägerin entbehrlich gewesen, von Rechtsfehlern beeinflusst.

**33** Ein Anspruch aus § 4 Nr. 7, § 8 Nr. 3 Abs. 2 Satz 1 VOB/B (2006) setzt gemäß § 8 Nr. 3 Abs. 1 und Nr. 5 VOB/B (2006) grundsätzlich eine schriftliche Kündigungserklärung des Auftraggebers voraus. Allerdings hat der BGH bei ernsthafter und endgültiger Erfüllungsverweigerung des Auftragnehmers eine Kündigungserklärung des Auftraggebers nach Treu und Glauben gemäß § 242 BGB für entbehrlich gehalten. Er hat die Entbehrlichkeit der Kündigungserklärung damit begründet, dass der Auftragnehmer durch seine endgültige Weigerung das Recht zur Vertragserfüllung verloren habe, sodass es zu unklaren Verhältnissen über die weitere Bauabwicklung nicht mehr kommen könne (vgl. BGH, Urteil vom 12.1.2012, VII ZR 76/11, BGHZ 192, 190 Rdnr. 9; Versäumnisurteile vom 9.10.2008, VII ZR 80/07, BauR 2009, 99 Rdnr. 16 = NZBau 2009, 173, und vom 5.7.2001, VII ZR 201/99, BauR 2001, 1577, juris Rdnr. 6 = NZBau 2001, 623; Urteil vom 20.4.2000, VII ZR 164/99, BauR 2000, 1479, 1481, juris Rdnr. 21 = NZBau 2000, 421). An dieser Rechtsprechung hält der Senat nicht uneingeschränkt fest. Allein der Verlust des Rechts des Auftragnehmers, den Vertrag zu erfüllen, beschränkt nicht das Recht des Auftraggebers, auf Erfüllung zu bestehen und ggf. Erfüllungsklage zu erheben. Es ist daher für einen Anspruch aus § 4 Nr. 7, § 8 Nr. 3 Abs. 2 Satz 1 VOB/B (2006) neben der ernsthaften und endgültigen Erfüllungsverweigerung des Auftragnehmers auch ein Verhalten des Auftraggebers erforderlich, das dem mit der Regelung verfolgten Zweck, klare Verhältnisse zu schaffen, gerecht wird. Das ist der Fall, wenn der Auftraggeber, der Vorschuss verlangt, zumindest konkludent zum Ausdruck bringt, dass er den Vertrag mit dem Auftragnehmer beenden will.

**34** III. Da die Sache nicht zur Endentscheidung reif ist, ist sie im Umfang der Aufhebung zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, § 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO. Das Berufungsgericht wird die erforderlichen Feststellungen zu treffen haben.

**35** Insoweit weist der Senat vorsorglich auf Folgendes hin:

**36** Kommt das Berufungsgericht nach Aufklärung weiterhin zu dem Ergebnis, dass die Voraussetzungen eines Vorschussanspruchs vorliegen und die Beklagte die Errichtung der Hallen

unter Berücksichtigung einer Schneelast von 139 kg/m<sup>2</sup> schuldet, wird es zu überprüfen haben, inwieweit der Anspruch der Klägerin unter dem Gesichtspunkt der Sowieso-Kosten zu kürzen ist. Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung kann eine Kürzung nicht verneint werden.

**37** 1. Haben die Parteien neben dem Werkerfolg eine bestimmte Herstellungsart nach Vorgaben des Auftraggebers ausdrücklich vereinbart, so wird regelmäßig nur diese durch die Vergütungsvereinbarung abgegolten. Schuldet der Auftragnehmer zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs zusätzlichen Herstellungsaufwand, der nicht von der Vergütung erfasst ist, ist das rechtsgeschäftlich festgelegte Äquivalenzverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung gestört. Im Rahmen eines Vertrags, in den die VOB/B (2006) einbezogen ist, schaffen die Regelungen in § 1 Nr. 3 und 4, § 2 Nr. 5 und 6 VOB/B (2006) hierfür einen Ausgleich. Danach kann der Auftraggeber den zur Erreichung des Werkerfolgs erforderlichen zusätzlichen Herstellungsaufwand anordnen. Dem Auftragnehmer steht hierfür eine Nachtragsvergütung zu, die sich nach § 2 Nr. 5 oder 6 VOB/B (2006) oder bei fehlender Anordnung nach § 2 Nr. 8 VOB/B (2006) bestimmt. Liegen in einem solchen Fall die Voraussetzungen für einen Anspruch auf Vorschuss der im Rahmen einer Ersatzvornahme voraussichtlich anfallenden Mängelbeseitigungskosten vor, sind die Kosten für den zusätzlichen Herstellungsaufwand im Rahmen von Sowieso-Kosten zu berücksichtigen. Es besteht kein Anlass, den Auftraggeber im Rahmen eines Anspruchs gemäß § 4 Nr. 7, § 8 Nr. 3 Abs. 2 Satz 1 VOB/B (2006) oder im Rahmen von Mängelansprüchen besser zu stellen (vgl. BGH, Urteil vom 25.11.1999, VII ZR 468/98, BauR 2000, 571, 573, juris Rdnr. 18 = NZBau 2000, 131 zum Anspruch gemäß § 4 Nr. 7, § 8 Nr. 3 Abs. 2 Satz 1 VOB/B (2006); BGH, Urteile vom 27.7.2006, VII ZR 202/04, BGHZ 168, 368 Rdnr. 25, vom 17.5.1984, VII ZR 169/82, BGHZ 91, 206, 209 ff., juris Rdnr. 17 ff., und vom 22.3.1984, VII ZR 50/82, BGHZ 90, 344, 348, juris Rdnr. 34 zu Mängelansprüchen). Als Sowieso-Kosten sind danach diejenigen Mehrkosten zu berücksichtigen, um die das Werk bei ordnungsgemäßer Ausführung von vornherein teurer geworden wäre.

**38** 2. Gleiches gilt, wenn bei der Bestimmung des geschuldeten Werkerfolgs eine vor Abnahme eingetretene Änderung der allgemein anerkannten Regeln der Technik zu berücksichtigen ist und der zur Erreichung des Werkerfolgs erforderliche zusätzliche Herstellungsaufwand nicht von der vereinbarten Vergütung erfasst ist. Auch in diesem Fall sind die hierfür anfallenden Kosten gemäß § 1 Nr. 3 und 4, § 2 Nr. 5 und 6 VOB/B (2006) oder unter dem Gesichtspunkt der Sowieso-Kosten vom Auftraggeber zu tragen.

**39** 3. Sollte das Berufungsgericht weiterhin zu dem Ergebnis kommen, dass die vertragliche Vergütungsvereinbarung nur auf eine Schneelast von 80 kg/m<sup>2</sup> bezogen ist, ist die Auffassung des Berufungsgerichts, eine Kürzung des Vorschussanspruchs unter dem Gesichtspunkt der Sowieso-Kosten sei abzulehnen, weil im Jahr 2007 die Errichtung der Hallen unter Berücksichtigung einer Schneelast von 80 kg/m<sup>2</sup> noch ohne zusätzlichen Herstellungsaufwand mangelfrei möglich gewesen wäre, nicht tragfähig. Damit wird verkannt, dass die Klägerin mit der geforderten Mängelbeseitigung unter Berücksichtigung

sichtigung einer Schneelast von 139 kg/m<sup>2</sup> ein Bauwerk erhält, für das sie wegen des von der Vergütungsvereinbarung nicht erfassten zusätzlichen Herstellungsaufwandes von vornherein mehr hätte zahlen müssen.

#### ANMERKUNG:

Von Notar Dr. **Gregor Basty**, München

Beim Werkvertrag schuldet der Unternehmer vorbehaltlich abweichender Vereinbarungen die Einhaltung der allgemein anerkannten Regeln der Technik. § 13 Abs. 1 der VOB/B regelt dies ausdrücklich. Nichts anderes gilt für den Werkvertrag nach BGB. Auch dort sichert der Unternehmer üblicherweise stillschweigend bei Vertragsschluss einen Standard zu, der jedenfalls den allgemein anerkannten Regeln der Technik entspricht.<sup>1</sup>

Maßgebend hierfür ist jeweils der Zeitpunkt der Abnahme. Auch dies hat der BGH jüngst für den BGB-Werkvertrag bestätigt.<sup>2</sup>

Damit trägt der Unternehmer grundsätzlich das Risiko, dass sich die anerkannten Regeln der Technik zwischen Abschluss des Vertrags und Abnahme weiterentwickeln. Ändern sich die einschlägigen Regeln nach Durchführung der betreffenden Arbeiten, aber vor der Abnahme, hat der Unternehmer demnach die erforderlichen Änderungsarbeiten durchzuführen.

Für den Werkvertrag nach BGB hält *Kniffka*<sup>3</sup> entgegen, dies lasse den Herstellungsprozess unbeachtet und passe nicht auf einen Vertrag, der durch diesen geleitet wird. Der Besteller könne redlicherweise nur erwarten, dass der Unternehmer eine Bauausführung nach den im Zeitpunkt der Bauausführung maßgeblichen anerkannten Regeln der Technik verspricht. Denn nur diese könne er bei der Bauausführung beachten. Allenfalls könne angenommen werden, dass der Unternehmer auch die Einhaltung solcher allgemein anerkannten Regeln der Technik stillschweigend verspricht, deren Geltung zum Zeitpunkt der Abnahme im Zeitpunkt der Bauausführung bereits sicher voraussehbar war.

In anderen Bearbeitungen stellt *Kniffka* insofern nicht auf den Zeitpunkt der Bauausführung ab, sondern auf die im Zeitpunkt des Vertragsschlusses anerkannten Regeln der Technik.<sup>4</sup>

Für den Bauvertrag nach VOB/B kommt der BGH nun zu einer vermittelnden Lösung auf der Grundlage einer beiderseits interessengerechten Vertragsauslegung unter Berücksichtigung von Treu und Glauben. Ändern sich nach Abschluss des Vertrags die allgemein anerkannten Regeln der Technik, kann der Unternehmer – soweit erforderlich nach Information über die Aktualisierung und die damit verbundenen Konsequenzen und Risiken für die Bauausführung –

den Besteller vor die Wahl stellen, es bei der ursprünglich vereinbarten Leistung zu belassen, auch wenn diese nicht mehr den allgemein anerkannten Regeln der Technik entspricht, oder die geänderte Leistung zu beanspruchen, wobei dann in der Regel die Vergütung entsprechend anzupassen ist. Für die Anpassung der Vergütung stellt die VOB/B ein hinreichendes Instrumentarium zur Verfügung.

Es stellt sich die Frage, ob dies auch auf den (Bau-)Werkvertrag nach BGB übertragbar ist. Gemäß des für nach dem 1.1.2018 abgeschlossene Verträge geltenden Bauvertragsrechts könnte man einen Lösungsansatz in § 650b BGB, also dem Anordnungsrecht des Bestellers, erkennen. Der Unternehmer hätte dem Besteller die geänderten Regeln der Technik und die sich daraus ergebenden Konsequenzen darzustellen. Dieser hätte die Möglichkeit, nach § 650b Satz 1 Nr. 2 BGB die „Änderung, die zur Vereinbarung des vereinbarten Werkerfolgs notwendig ist“, zu verlangen. Werden sich die Vertragsteile nicht über die Anpassung der Vergütung einig, kommt § 650c BGB zur Anwendung. Entscheidet der Besteller sich nicht für die entsprechende Änderung unter entsprechender Anpassung der Vergütung, bleibt es bei der ursprünglich vereinbarten Leistung. Der Unternehmer haftet nicht, wenn in der Folge das Werk bei Abnahme nicht den zu diesem Zeitpunkt maßgebenden allgemein anerkannten Regeln der Technik entspricht.

Allerdings gilt § 650b BGB nicht für bis zum 31.12.2017 abgeschlossene Bauverträge und nach der ausdrücklichen Regelung des § 650u Abs. 2 BGB nicht für Bauträgerverträge. Für solche (und für vor dem 1.1.2018 abgeschlossene Verträge) wäre wohl allenfalls an eine ergänzende Vertragsauslegung zu denken oder an einen Anspruch auf Anpassung der Vergütung wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage, wenn eine (wesentlich) höherwertige oder teurere Leistung erbracht werden muss und erbracht wird.<sup>5</sup> Für Bauträgerverträge wäre zudem zu berücksichtigen, dass sie in aller Regel den Geschosswohnungsbau und damit eine größere Zahl von Erwerbern betreffen. Viele Erwerber haben keine finanziellen Spielräume. Eine Vertragsanpassung mit der Folge einer Erhöhung der zu zahlenden Vergütung wäre für sie nicht tragbar.

Jedenfalls für diese erscheint die vorstehend skizzierte Beurteilung von *Kniffka* überzeugend, wobei nach den Erwägungen des BGH in der hier besprochenen Entscheidung grundsätzlich die allgemein anerkannten Regeln der Technik zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses maßgebend sein müssten. Denn diese bestimmen die Kalkulation des Unternehmers und die Vereinbarung über die Vergütung. Das Äquivalenzverhältnis von Leistung und Gegenleistung wäre gestört, wenn zusätzlicher Herstellungsaufwand zur Einhaltung der bei Vertragsabschluss nicht berücksichtigten erhöhten Anforderungen erforderlich würde, ohne dass eine Anpassung der Vergütung erfolgt.

Jedenfalls sollten vertragliche Regelungen möglich sein, die es vermeiden, dass es auf die allgemein anerkannten Regeln der Technik zum Zeitpunkt der Abnahme ankommt.

1 BGH, Urteil vom 14.5.1998, VII ZR 184/97, BGHZ 139, 16.  
 2 BGH, Urteil vom 25.3.2016, VII ZR 210/13, NJW 2016, 2183; BGH, Urteil vom 14.5.1998, VII ZR 184/97, BGHZ 139, 16.  
 3 Ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht/*Kniffka*, Stand: 12.12.2017, § 633 Rdnr. 24.  
 4 Ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht/*Kniffka*, Stand: 16.7.2010, § 633 Rdnr. 55.

5 Ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht/*Kniffka*, Stand: 12.12.2017, § 633 Rdnr. 26.

Würde man dabei auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses abstellen, wäre bei Eigentumswohnanlagen – je nachdem ob der Vertrag vor oder nach Änderung der anerkannten Regeln der Technik geschlossen wird – verschiedenen Erwerbern Unterschiedliches geschuldet.<sup>6</sup> Beim Geschosswohnungsbau ist deshalb ein anderer Zeitpunkt als der des Vertragsabschlusses in Erwägung zu ziehen. Ohne Weiteres dürfte der Zeitpunkt der Durchführung der betreffenden Arbeiten in Betracht kommen, sodass zumindest ein einheitlicher Standard gewährleistet wäre – allerdings unter Inkaufnahme einer Abweichung von der ursprünglichen Planung und der zugrunde liegenden Kalkulation. Denkbar – aber wenig transparent – wäre demgegenüber der Stand zum Zeitpunkt der ersten Veräußerung.<sup>7</sup> In Betracht gezogen werden können auch zum Beispiel der Zeitpunkt der Beurkundung der Baubeschreibung, der Erteilung der Baugenehmigung<sup>8</sup> bzw. der Einreichung der Bauunterlagen bei der Baubehörde,<sup>9</sup> wobei der maßgebende Zeitpunkt jedenfalls ohne größeren Aufwand mittels der dem Erwerber ausgehändigten Unterlagen bestimmbar sein muss.

Die rechtliche Anerkennung ist allerdings offen.

Haben sich die anerkannten Regeln der Technik gegenüber einem so bestimmten Zeitpunkt bereits vor Vertragsschluss geändert, wird – gerade auch nach der Argumentation des BGH in der besprochenen Entscheidung – eine Hinweispflicht bestehen. Der Erwerber kann erwarten, dass ihm bei Vertragsabschluss eine Leistung versprochen wird, die den allgemeinen Anforderungen zu diesem Zeitpunkt entspricht. Ist dies nicht der Fall, bedarf es eines ausdrücklichen Hinweises und einer entsprechenden Erläuterung.

- 6 *Pause* in Neue Herausforderungen für Investoren, Bauräger, Architekten und Ingenieure, PiG (Partner im Gespräch), Band 87, 2010, S. 41, 50 f.
- 7 Vgl. *Pause* in Neue Herausforderungen für Investoren, Bauräger, Architekten und Ingenieure, PiG (Partner im Gespräch), Band 87, 2010, S. 41, 50 f.
- 8 *Krick/Sagmeister*, MittBayNot 2014, 205, 208 f.
- 9 *Schulz*, NotF Baurägerrecht, § 6 Rdnr. 30.

## 2. Kein Anspruch auf Schadensersatz bei Abbruch der Vertragsverhandlungen vor notarieller Beurkundung

BGH, Urteil vom 13.10.2017, V ZR 11/17 (Vorinstanz: OLG Stuttgart, Urteil vom 19.12.2016, 5 U 61/16)

BGB § 311 Abs. 2 Nr. 1, § 311b Abs. 1  
ZPO § 97 Abs. 1, § 286

### LEITSÄTZE:

1. **Es stellt keine besonders schwerwiegende Treuepflichtverletzung des (potenziellen) Verkäufers eines Grundstücks dar, wenn er – bei wahrheitsgemäßer Erklärung seiner Abschlussbereitschaft – dem Kaufinteressenten nicht offenbart, dass er sich vorbe-**

**hält, den Kaufpreis zu erhöhen. Eine Haftung wegen Verschuldens bei Vertragsverhandlungen scheidet deshalb aus.**

2. **Der (potenzielle) Verkäufer haftet auch dann nicht auf Schadensersatz, wenn er zu einem Zeitpunkt Abstand von dem Abschluss eines Grundstückskaufvertrages nimmt, zu dem er weiß, dass der Kaufinteressent im Vertrauen auf das Zustandekommen des Vertrages bereits einen Finanzierungsvertrag abgeschlossen hat.**

### SACHVERHALT:

1 Die Beklagte, eine Großinvestorin in der Immobilienbranche, beabsichtigte, mehrere in Frankfurt a. M. belegene Eigentumswohnungen an Privatkunden zu veräußern. Hierzu bediente sie sich der Vermittlung der D GmbH, die wiederum den Zeugen H als ihren Vertriebsbeauftragten einschaltete. Der Kläger trat über eine Internetplattform mit dem Zeugen in Kontakt und teilte diesem nach einer Besichtigung im August 2013 mit, dass er eine näher bezeichnete Dachgeschosswohnung mit Pkw-Abstellplatz zum inserierten Preis von 376.700 € kaufen wolle. Anfang September 2013 übersandte der Zeuge dem Kläger einen ersten Kaufvertragsentwurf. Am 23.9.2013 informierte der Kläger den Zeugen darüber, am Wochenende den Kreditvertrag erhalten zu haben und diesen bis zum 1.10.2013 seinem Finanzierungspartner vorlegen zu müssen. Er bat deshalb um Mitteilung, welche weiteren Aspekte einer Abwicklung des Kaufvertrages entgegenstünden. Der Zeuge antwortete am 26.9.2013, dass außer der Eintragung der Beklagten in das Grundbuch und der Fertigstellungsanzeige für Renovierungsmaßnahmen aus seiner Sicht keine Hindernisse bestünden. Am selben Tag übersandte er dem Kläger einen weiteren Kaufvertragsentwurf sowie die Teilungserklärung. Am 27.9.2013 stellte der Kläger bei seinem Finanzierungspartner einen Antrag auf Gewährung eines Darlehens über 300.000 €. Die Annahmefrist des Darlehensgebers lief bis zum 1.10.2013. Der Darlehensvertrag enthielt eine Information zum Widerrufsrecht innerhalb von 14 Tagen nach Abschluss des Vertrages. Am 30.9.2013 erhielt der Kläger die Mitteilung, der Kaufvertrag könne Mitte Oktober beurkundet werden. Am 14.10.2013 informierte der Zeuge den Kläger darüber, dass der Notartermin am 30.10.2013 stattfinde. Am 22.10.2013 teilte der Zeuge dem Kläger telefonisch mit, die Beklagte werde die Wohnung nur noch zu einem höheren Preis verkaufen; der neue Kaufpreis solle 472.400 € betragen. Mit dieser Erhöhung war der Kläger nicht einverstanden und nahm von einem Vertragsschluss Abstand. Die Beklagte veräußerte die Wohnung zu dem höheren Preis an einen anderen Erwerber.

2 Mit der Klage verlangt der Kläger im Wesentlichen Erstattung der Kosten von rund 9.000 €, die ihm infolge der Rückabwicklung des Finanzierungsvertrages entstanden sind. Das LG hat die Klage abgewiesen. Die Berufung ist ohne Erfolg geblieben. Mit der von dem OLG zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, verfolgt der Kläger seinen Zahlungsantrag weiter.

### AUS DEN GRÜNDEN:

3 I. Das Berufungsgericht meint, dass der Beklagten eine zur Haftung aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen führende schwerwiegende Treuepflichtverletzung nur angelastet werden könnte, wenn sie entweder eine tatsächlich nicht vorhandene Abschlussbereitschaft zum ursprünglichen Preis vorge spiegelt habe oder, was dem gleichzustellen sei, die Verkaufsbereitschaft ursprünglich zwar gehabt habe, aber dann innerlich von ihr abgerückt sei, ohne dies zu offenbaren. Den Nachweis einer solchen Treuepflichtverletzung habe der Kläger nicht geführt. Die Behauptung der Beklagten, sie habe die



Preise erhöht, weil die D GmbH Mitte Oktober 2013 festgestellt habe, dass diese nicht marktgerecht gewesen seien, und den Kläger unmittelbar darauf informiert, sei nicht widerlegt worden. Eine Treuepflichtverletzung lasse sich auch nicht auf die Behauptung des Klägers stützen, die Beklagte habe sich vorbehalten, fest zugesagte Preise jederzeit nach oben zu korrigieren, ohne den Kläger hierauf hinzuweisen. Ein solches Geschäftsgebaren der Beklagten lasse sich den Aussagen des Zeugen H nicht entnehmen. Letztlich komme es darauf nicht an, weil der Verkäufer seine einmal geäußerten Preisvorstellungen bis zum Abschluss des notariell beurkundeten Kaufvertrages grundsätzlich noch ändern könne. Die Überlegungen des Klägers, die Beklagte habe mit dem Angebot an ihn nur den Markt testen wollen, seien spekulativ. Die Abstandnahme von dem Vertragsschluss vor der Beurkundung sei auch nicht deshalb als schwerwiegende Treuepflichtverletzung anzusehen, weil die Beklagte aufgrund der ihr über den Zeugen H zuzurechnenden Kenntnis gewusst habe, dass der Kläger bereits einen Finanzierungsvertrag abgeschlossen gehabt habe. Der Kaufinteressent handle vor Vertragsschluss auf eigenes Risiko.

**4 II.** Diese Ausführungen halten rechtlicher Nachprüfung stand.

**5 1. a)** Im Rahmen der Privatautonomie hat jede Partei bis zum Vertragsabschluss das Recht, von dem in Aussicht genommenen Vertrag Abstand zu nehmen. Aufwendungen, die in Erwartung des Vertragsabschlusses gemacht werden, erfolgen daher grundsätzlich auf eigene Gefahr. Nur wenn der Vertragsschluss nach den Verhandlungen zwischen den Parteien als sicher anzunehmen ist und in dem hierdurch begründeten Vertrauen Aufwendungen zur Durchführung des Vertrages vor dessen Abschluss gemacht werden, können diese vom Verhandlungspartner unter dem Gesichtspunkt der Verletzung vorvertraglicher Schutzpflichten zu erstatten sein, wenn er den Vertragsabschluss später ohne triftigen Grund ablehnt (BGH, Urteile vom 6.2.1969, II ZR 86/67, WM 1969, 595, 597, vom 12.6.1975, X ZR 25/73, WM 1975, 923, 924 und vom 7.2.1980, III ZR 23/78, BGHZ 76, 343, 349).

**6 b)** Bei einem Grundstückskaufvertrag sind an die Verletzung vorvertraglicher Schutzpflichten strengere Anforderungen zu stellen. Bei einem solchen Vertrag löst die Verweigerung der Mitwirkung an der Beurkundung durch einen Verhandlungspartner nicht schon dann Schadensersatzansprüche aus, wenn es an einem triftigen Grund dafür fehlt, sondern nur, wenn eine besonders schwerwiegende, in der Regel vorsätzliche Treuepflichtverletzung vorliegt. Eine solche ist beispielsweise beim Vorspiegeln einer tatsächlich nicht vorhandenen Abschlussbereitschaft oder auch dann gegeben, wenn ein Verhandlungspartner zwar zunächst verkaufsbereit war, im Verlaufe der Verhandlungen aber innerlich von dieser Bereitschaft abgerückt ist, ohne dies zu offenbaren (vgl. Senat, Urteil vom 29.3.1996, V ZR 332/94, NJW 1996, 1884, 1885; Urteil vom 9.11.2012, V ZR 182/11, NJW 2013, 928 Rdnr. 8 m. w. N.). Begründete schon das Fehlen triftiger Gründe für die Verweigerung der Beurkundung eines Grundstückskaufvertrages die Haftung des Verhandlungspartners, bedeutete das nämlich einen indirekten Zwang zum Abschluss des Vertrags. Ein solcher Zwang liefe dem Zweck der Formvor-

schrift des § 311b BGB zuwider, nach der wegen der objektiven Eigenart des Vertragsgegenstandes eine Bindung ohne Einhaltung der Form verhindert werden soll (Senat, Urteil vom 29.3.1996, V ZR 332/94, NJW 1996, 1884, 1885; Urteil vom 9.11.2012, V ZR 182/11, NJW 2013, 928 Rdnr. 8).

**7 2.** Von diesen Grundsätzen geht das Berufungsgericht zutreffend aus und gelangt ohne Rechtsfehler zu dem Ergebnis, der Kläger habe den Beweis, dass die Beklagte ihm eine tatsächlich nicht vorhandene Abschlussbereitschaft zu dem ursprünglich genannten Preis vorgespiegelt habe oder dass sie von einer ursprünglich vorhandenen Verkaufsbereitschaft innerlich abgerückt sei, ohne dies – rechtzeitig – zu offenbaren, nicht geführt. Die von der Revision hiergegen erhobenen Rügen verhalfen dem Rechtsmittel nicht zum Erfolg.

**8 a)** Die Beweiswürdigung des Tatrichters kann von dem Revisionsgericht nur darauf überprüft werden, ob das Berufungsgericht sich dem Gebot des § 286 ZPO entsprechend mit dem Streitstoff und den Beweisergebnissen umfassend und widerspruchsfrei auseinandergesetzt hat, die Beweiswürdigung also vollständig und rechtlich möglich ist und nicht gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze verstößt (Senat, Urteil vom 9.7.1999, V ZR 12/98, NJW 1999, 3481, 3482; Urteil vom 5.11.2010, V ZR 228/09, NJW 2011, 1217 Rdnr. 25).

**9 b)** Hiernach ist es nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht auf der Grundlage der Bekundungen des Zeugen H den dem Kläger obliegenden Beweis, dass die Beklagte von vornherein nicht bereit war, die Wohnung zu dem mitgeteilten Preis zu verkaufen und mit dem Angebot nur den Markt testen wollte, als nicht geführt ansieht.

**10 c)** Auf die von dem Kläger auf eine Verletzung von § 286 ZPO gestützte Rüge, wonach das Berufungsgericht in tatsächlicher Hinsicht hätte davon ausgehen müssen, dass nach den unternehmensinternen Gepflogenheiten der Beklagten der Abschluss des Kaufvertrages unter dem Vorbehalt einer jederzeit noch möglichen Überprüfung des Kaufpreises gestanden habe, kommt es nicht an. Entgegen der Auffassung des Klägers stellt es nämlich keine besonders schwerwiegende Treuepflichtverletzung des (potenziellen) Verkäufers eines Grundstücks dar, wenn dieser – bei wahrheitsgemäßer Erklärung seiner Abschlussbereitschaft – dem Kaufinteressenten nicht offenbart, dass er sich vorbehält, den Kaufpreis zu erhöhen.

**11 aa)** Auch wenn dem Verhandlungspartner bewusst ist, dass nach seiner Erklärung, den Vertrag zu bestimmten Bedingungen abschließen zu wollen, Umstände eintreten können, die ihn von dem Vertragsschluss abhalten können, kann er abschlussbereit sein. Entscheidend ist, ob die Erklärung im Zeitpunkt ihrer Abgabe der Wahrheit entspricht, der (potenzielle) Verkäufer also zu diesem Zeitpunkt zur Veräußerung der Immobilie zu den mitgeteilten Bedingungen bereit ist. Es steht ihm aber frei, von dieser Verkaufsabsicht wieder abzurücken, da er an seine Erklärung mangels notarieller Beurkundung nicht gebunden ist. Ein solches Abrücken muss er dem potenziellen Vertragspartner allerdings umgehend mitteilen. Eine darüber hinausgehende Pflicht, den Interessenten darauf hinzuweisen, dass er sich vorbehält, von seiner Verkaufsabsicht abzurücken, trifft den Verkäufer demgegenüber nicht. Viel-

mehr muss dem Kaufinteressenten klar sein, dass der Verkaufswillige bis zur Beurkundung des Kaufvertrages nicht gebunden ist und es diesem daher freisteht, seine Verkaufsbereitschaft aufzugeben oder zu modifizieren.

**12 bb)** Hiernach war die Beklagte nicht gehindert, Mitte Oktober 2013 den Kaufpreis für die Wohnung zu erhöhen. Ihrer daraus folgenden Offenbarungspflicht gegenüber dem Kläger ist die Beklagte nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nachgekommen, indem sie ihn hierüber zeitnah unterrichtet hat.

**13 3.** Ohne Rechtsfehler geht das Berufungsgericht schließlich davon aus, dass sich der Abbruch der Verhandlungen durch die Beklagte am 22.10.2013 auch nicht deshalb als besonders schwerwiegender Treupflichtverstoß darstellt, weil sie wusste, dass der Kläger bereits einen Darlehensvertrag abgeschlossen hatte.

**14 a)** Der (potenzielle) Verkäufer haftet nicht auf Schadensersatz, wenn er zu einem Zeitpunkt Abstand von dem Abschluss eines Grundstückskaufvertrages nimmt, zu dem er weiß, dass der Kaufinteressent im Vertrauen auf das Zustandekommen des Vertrages bereits einen Finanzierungsvertrag abgeschlossen hat. Hierin kann schon deshalb keine besonders schwerwiegende Treupflichtverletzung gesehen werden, weil es der Kaufinteressent andernfalls in der Hand hätte, durch eigene Dispositionen den Verkäufer mittelbar zum Abschluss des Grundstückskaufvertrages zu bewegen, obwohl ein formgültiger Vertrag im Sinne des § 311b BGB noch nicht zustande gekommen ist. Dies liefe dem Zweck der Formvorschrift zuwider.

**15 b)** Eine unangemessene Benachteiligung des Kaufinteressenten ist hiermit nicht verbunden. Da vor der Beurkundung eine rechtliche Bindung des Verkaufswilligen noch nicht besteht, erfolgen Vermögensdispositionen, die in Erwartung eines Kaufabschlusses getätigt werden, grundsätzlich auf eigenes Risiko. Hierdurch wird der Kaufinteressent nicht unzumutbar belastet, denn er kann zunächst lediglich eine Finanzierungszusage einholen und den Darlehensvertrag erst im Anschluss an die Beurkundung des Kaufvertrages schließen oder den Darlehensvertrag von vorneherein unter der Bedingung des Kaufs schließen.

(...)

#### ANMERKUNG:

Von Notarassessor Dr. **Thomas Raff**, Luxemburg

Der Sachverhalt ist ein gutes Beispiel für die angespannte Situation auf dem Immobilienmarkt. Der Kläger möchte über einen Vermittler von der beklagten Großinvestorin eine Wohnung in Frankfurt erwerben. Der Kaufpreis sollte 376.700 € betragen. Der Kläger schließt einen Darlehensvertrag ab, dessen Widerrufsfrist noch vor dem anvisierten und zwischendurch verschobenen Beurkundungstermin ablaufen sollte. Kurz vor dem Termin teilt der Vermittler mit, die Beklagte wolle nur noch zu einem Preis von 472.400 € verkaufen. Damit ist der Kläger nicht einverstanden, sodass es zu keinem Vertragsschluss mehr kommt. Infolge der Rückabwicklung des Darlehensvertrags entstehen dem Kläger Ko-

sten i. H. v. 9.000 €; hierfür verlangt er von der Beklagten Ersatz. Ohne Erfolg.

Die Entscheidung entspricht ständiger Rechtsprechung.<sup>1</sup> Sie fügt sich zudem ein in eine Reihe jüngerer Urteile, mit denen der BGH die notarielle Beurkundung, insbesondere ihre Zäsurwirkung, Abschluss- und Beweisfunktion stärkte.<sup>2</sup> Was für die Parteien zählt, das ist die notarielle Urkunde; nur hierauf dürfen sie im Grundsatz vertrauen. Das wirkt mit Blick auf § 311 Abs. 2 BGB vor allem in zwei Konstellationen. In der einen wird der Grundstückskaufvertrag abgeschlossen, eine Partei reut es und sie will über § 311 Abs. 2, § 280 Abs. 1, § 241 Abs. 2 BGB im Rahmen der Naturalrestitution, § 249 BGB,<sup>3</sup> beispielsweise die Rückabwicklung des Vertrages erreichen.<sup>4</sup> In der anderen Konstellation kommt der Vertrag nicht zustande und die Partei, die daraus Nachteile erlitten hat, verlangt von der anderen Ersatz ihrer Schäden. Um diese zweite Konstellation geht es in der hier besprochenen Entscheidung.

Der BGH hat überzeugend dargelegt, dass an einen Anspruch aus § 311 Abs. 2 Nr. 1, § 280 Abs. 1, § 241 Abs. 2 BGB strenge Anforderungen zu stellen sind, wenn die Verhandlungen einen Grundstückskaufvertrag zum Gegenstand haben. Denn der Grundstückskaufvertrag ist gemäß § 311b BGB formbedürftig; vor Einhaltung der Form soll eine Bindung gerade vermieden werden.<sup>5</sup> Die Form schützt nämlich auch im dem Vertrag vorgelagerten Zeitraum.<sup>6</sup> Beide Seiten sollen auf den Vertrag erst und nur dann vertrauen dürfen, wenn er formwirksam geschlossen ist. Was davor passiert, muss in diesem Lichte gesehen werden: Es bedarf eines besonderen Vertrauensstatbestandes, einer entsprechenden Vertrauensbetätigung sowie eines Schuldvorwurfs – hier auf Seiten des Verkäufers – damit ein Anspruch aus vorvertraglichem Fehlverhalten begründet werden kann.

- 1 BGH, Urteil vom 18.10.1974, V ZR 17/73, NJW 1975, 43; Urteil vom 8.10.1982, V ZR 216/71, DNotZ 1983, 621, 623; Urteil vom 6.12.1991, V ZR 311/89, NJW 1992, 1037, 1038 f.; Urteil vom 29.3.1996, V ZR 332/94, MittBayNot 1996, 292, 293 f.; Urteil vom 9.11.2012, V ZR 182/11, NJW 2013, 928, 929.
- 2 Etwa BGH, Urteil vom 6.11.2015, V ZR 78/14, JZ 2016, 1008; BGH, Urteil vom 22.4.2016, V ZR 23/15, NJW 2017, 150. Siehe hierzu m. w. N. Raff, MittBayNot 2017, 451.
- 3 Das vom BGH eingezogene Korrektiv des Vermögensschadens auf Rechtsfolgenseite ist Blendwerk: Es genügt, dass es sich um ein nachteiliges Geschäft handelt, BGH, Urteil vom 18.9.2001, X ZR 107/00, NJW-RR 2002, 308, 310. Zutreffende Kritik bei MünchKomm-BGB/Emmerich, 7. Aufl. 2016, § 311 Rdnr. 78.
- 4 MünchKomm-BGB/Emmerich, § 311 Rdnr. 64 spricht in diesem Zusammenhang plastisch von der „Korrektur unerwünschter Verträge“. Siehe zur Bedeutung der Aufklärungspflichten auch Staudinger/Feldmann, Neub. 2018, § 311 Rdnr. 124 m. w. N.
- 5 Rdnr. 6 der besprochenen Entscheidung m. w. N. Ganz klar BGH, Urteil vom 8.10.1982, V ZR 216/81, DNotZ 1983, 621, 623: „Die Formvorschrift des § 313 BGB [identisch mit § 311b BGB geltender Fassung] will wegen der objektiven Eigenart des Vertragsgegenstandes jede Bindung des Vertragspartners ohne Einhaltung der Form vermeiden“.
- 6 Zu der Warn- und Schutzfunktion sowie zum Wandel der Zwecke und weiteren Zwecke von § 311b BGB eingehend Staudinger/Schumacher, § 311b Rdnr. 1-5.

Die strengen Anforderungen an einen Anspruch aus § 311 Abs. 2 Nr. 1, § 280 Abs. 1, § 241 Abs. 2 BGB wirken sich auf seine objektiven wie subjektiven Voraussetzungen aus.

Zunächst sind aber bereits die für jeden einem Vertrag vorgelagerten Anspruch geltenden Voraussetzungen in Erinnerung zu rufen. Programmatisch unterstreicht der BGH in diesem Zusammenhang die Bedeutung der Privatautonomie: „Aufwendungen, die in Erwartung des Vertragsabschlusses gemacht werden, erfolgen (...) grundsätzlich auf eigene Gefahr.“<sup>7</sup> Nur wenn die Verhandlungen ergeben, dass (1) der Vertragsabschluss als sicher anzunehmen ist, (2) der jeweilige Vertragspartner hierauf vertraut und (3) der Vertragspartner in diesem Vertrauen Aufwendungen tätigt, kann er Ersatz verlangen<sup>8</sup>, wenn (4) der andere Teil ohne triftigen Grund den Vertragsschluss ablehnt.<sup>9</sup> Das sind die objektiven Voraussetzungen. Das subjektive Vertretensmüssen – Fahrlässigkeit genügt – wird vermutet; das Fehlen der Fahrlässigkeit müsste der andere Teil also darlegen und beweisen. Nichtwissen um den geplanten Abschluss des Darlehensvertrags dürfte als Entlastungsgrund dabei kaum genügen.

Demgegenüber stellt der BGH strengere Anforderungen an die objektive wie die subjektive Seite, sobald der Vertrag einen beurkundungspflichtigen Vorgang betrifft. Zum einen bedarf es einer besonders schwerwiegenden Treupflichtverletzung, zum anderen soll die Treupflichtverletzung *in der Regel* vorsätzlich sein müssen.<sup>10</sup> Diese Voraussetzungen dürften so gut wie nie vorliegen. So sagt der BGH selbst, dass es an einer besonders schwerwiegenden Treupflicht sogar dann fehlt, wenn der Verkäufer sich *vorbehält*, den Kaufpreis zu erhöhen *und* dies dem anderen Teil nicht offenbart. Es genügt, wenn der Verkäufer „im Zeitpunkt“ der Abgabe seiner Erklärung der Verkaufsbereitschaft bereit ist, „zu den mitgeteilten Bedingungen“ zu verkaufen.<sup>11</sup> Kurzum: Der Verkäufer darf seine Meinung jederzeit ändern. Der Verkäufer muss den anderen Teil lediglich umgehend informieren, wenn er seine Meinung *definitiv* geändert hat, wenn er also zu den ursprünglich anvisierten Bedingungen endgültig nicht mehr verkaufen will. Einen solchen Beweis wird der Kaufinteressent selten führen können.<sup>12</sup>

7 Rdnr. 5 der besprochenen Entscheidung.

8 Die dogmatische Einordnung von Aufwendungen als Schadensposten (Vertrauensschaden) ist weitgehend geklärt (ob richtig, mag hier dahinstehen), siehe dazu Staudinger/*Feldmann*, § 311 Rdnr. 179 und eingehend MünchKomm-BGB/*Oetker*, § 249 Rdnr. 127 ff.

9 Rdnr. 5 der besprochenen Entscheidung.

10 Rdnr. 6 der besprochenen Entscheidung.

11 Rdnr. 11 der besprochenen Entscheidung.

12 Ggf. in der Fallkonstellation von BGH, Urteil vom 29.3.1996, V ZR 332/94, MittBayNot 1996, 292, 293 f.; der Fall wurde zurückverwiesen.

Aber selbst wenn der Kaufinteressent diese strengen objektiven Voraussetzungen einmal darlegen und beweisen können sollte, müsste er immer noch Vorsatz nachweisen.<sup>13</sup> Damit wird von § 280 Abs. 1 Satz 2, § 276 BGB doppelt abgewichen: Fahrlässigkeit allein genügt nicht und die Beweislastumkehr aus § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB wird nivelliert.

Dies alles mag für den Kaufinteressenten in dem Fall, den der BGH zu entscheiden hatte, unbefriedigend sein. Aber es ist richtig: Eine Formvorschrift für Willenserklärungen strahlt auf den Zeitraum vor wie nach dem Abschluss des jeweiligen Vertrags aus. Die Abschlussfreiheit will grundsätzlich, dass man weder *vor* noch *nach* Abschluss des Vertrags aus Gründen, die sich in der formgemäßen Erklärung nicht finden, auf den Inhalt soll zurückkommen können. Der BGH stellt so ein wenig die vor der Einführung der c. i. c. (zuerst durch die Rechtsprechung, später durch den Reformgesetzgeber 2001) gleichmäßig geltende Kongruenz zwischen Form und Inhalt von Willenserklärungen wieder her.<sup>14</sup> Denn § 311 Abs. 2 BGB ist auf Formvorschriften offenbar nicht hinreichend abgestimmt worden.

Der Kaufinteressent ist im Übrigen nicht schutzlos. Im 21. Jahrhundert dürfte jedermann wissen, dass Verträge über Immobilien erst gelten, wenn sie vor dem Notar unterschrieben worden sind. Wer sich vor Abschluss des Vertrags um die Finanzierung kümmert (was die meisten richtigerweise auch tun), sollte hinreichend vorsorgen. Der BGH schlägt zwei Wege vor: Der Kaufinteressent kann lediglich eine Finanzierungszusage einholen oder er kann einen Darlehensvertrag unter der Bedingung des Abschlusses des Kaufvertrags eingehen.<sup>15</sup> Dem wird man folgende Notlösung hinzufügen können: Der Käufer kann auch einen unbedingten Darlehensvertrag abschließen, wenn der Notartermin noch in der Widerrufsfrist liegt. Kommt es nicht zum Abschluss des Kaufvertrags oder wird der Beurkundungstermin verschoben, kann er den Vertrag notfalls noch rechtzeitig widerrufen.

Besondere notarielle Belehrungspflichten dürften aus alldem nicht erwachsen. Hier sind vor allem die Banken gefragt, die ggf. rechtzeitig an den Notar weiterverweisen sollen. Nur wenn der Notar in einem frühen Stadium, in dem der Käufer noch reagieren kann, um Rat gefragt wird, kann er auf die vorgenannten Möglichkeiten verweisen.

13 Die Hintertür, die sich der BGH mit dem Einschub („in der Regel“) offen hält, dürfte kaum je relevant werden.

14 Vgl. zur Einheit von Willenserklärung und Form *Häsemeyer*, Die gesetzliche Form der Rechtsgeschäfte, 1971, S. 46 f. Ausführlich lehnt *Häsemeyer*, S. 64 ff., auch eine Haftung auf Erfüllung aus c. i. c. ab, wenn ein Formgebot besteht.

15 Rdnr. 15 der besprochenen Entscheidung.

### 3. Rückwirkung der Genehmigung zur Übertragung einer Nacherbenanwartschaft durch einen vollmachtlosen Vertreter

OLG Hamm, Beschluss vom 23.2.2017, 15 W 463/16

BGB § 177 Abs. 1, § 184 Abs. 1

FamFG § 81 Abs. 1

#### LEITSATZ:

**Die Genehmigung der Erklärung eines vollmachtlosen Vertreters zur Übertragung einer Nacherbenanwartschaft wirkt auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts zurück, wird also auch dann wirksam, wenn zwischenzeitlich der Nacherbfall eingetreten ist.**

#### SACHVERHALT:

1 I. Die Erblasserin errichtete am 18.8.1994 ein privatschriftliches Testament, in dem sie ihren Stiefsohn E als befreiten Vorerben und die Beteiligten zu 2 bis 6 als Nacherben einsetzte. Einen inhaltlich entsprechenden Erbschein erteilte das AG am 4.8.2015.

2 In notarieller Urkunde vom 4.9.2015 wurde eine Übertragung der Nacherbenanwartschaften der Beteiligten zu 2 bis 6 auf E gegen Zahlung eines Betrages von jeweils 5.000 € vereinbart. Beurkundet wurden nur Erklärungen des E, der zugleich für sich und als vollmachtloser Vertreter der Beteiligten zu 2 bis 6 handelte. Auf den Zugang der Genehmigungserklärungen wurde verzichtet.

3 E verstarb am 6.9.2015. Die Beteiligte zu 1 ist seine Ehefrau, die ihn ausweislich des Erbscheins des AG vom 13.4.2016 allein beerbt hat.

4 Die Beteiligten zu 2 bis 6 haben durch Erklärungen vom 14. bzw. 16.9.2015 – eigenen Angaben zufolge in Unkenntnis des bereits eingetretenen Todes des E – dessen Erklärungen in der notariellen Urkunde vom 4.9.2015 genehmigt.

5 Die Beteiligte zu 1 hat mit Schriftsatz ihrer Verfahrensbevollmächtigten die Erteilung eines Erbscheins beantragt, der ihren verstorbenen Ehemann als alleinigen Erben der Erblasserin ohne Beschränkung durch eine Nacherbfolge ausweisen soll. Die Nacherbfolge sei dadurch weggefallen, dass die Beteiligten zu 2 bis 6 die Erklärungen in der notariellen Urkunde vom 4.9.2015 genehmigt hätten. Diese Genehmigung wirke auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts zurück.

6 Das AG hat durch Beschluss vom 12.8.2016 den Erbschein vom 4.8.2015 eingezogen. Durch weiteren Beschluss vom selben Tage hat das AG die Tatsachen, die zur Begründung des Antrags der Beteiligten zu 1 vom 24.6.2016 erforderlich sind, festgestellt und ihr so dann eine entsprechende Ausfertigung des Erbscheins vom selben Tage erteilt.

7 Durch Beschluss vom 4.10.2016 hat das AG den Erbschein vom 12.8.2016 als unrichtig eingezogen. In der Begründung seiner Entscheidung hat das AG nunmehr die Auffassung vertreten, die Genehmigungserklärungen der Beteiligten zu 2 bis 6 hätten nicht mehr wirksam werden können, weil zum Zeitpunkt der Abgabe dieser Erklärungen der Nacherbfall bereits eingetreten sei und die Nacherbenanwartschaften dadurch weggefallen seien.

8 Die Beteiligte zu 1 hat daraufhin die ihr erteilte Ausfertigung des Erbscheins vom 12.8.2016 zurückgegeben. Mit Schriftsatz ihrer Verfahrensbevollmächtigten hat sie gegen die Entscheidung des AG Beschwerde mit dem Ziel der Neuerteilung eines mit dem eingezogenen Erbschein inhaltlich gleichlautenden Erbscheins eingelegt. Die Beteiligten zu 2 bis 6 beantragen die Zurückweisung des Rechtsmittels.

#### AUS DEN GRÜNDEN:

9 II. Die zulässige Beschwerde ist begründet.

10 Das AG hat den Erbschein zu Unrecht eingezogen. Die Abtretung der Nacherbenanwartschaften ist durch die Genehmigung der Beteiligten zu 2 bis 6 rückwirkend wirksam geworden, wodurch die Nacherbenbindung des Rechtsvorgängers der Beteiligten zu 1 wegfiel und er zum Vollerben wurde.

11 Bei dem Abschluss des Vertrages über die Übertragung ihrer Nacherbenanwartschaften wurden die Beteiligten zu 2 bis 6 von dem verstorbenen E vollmachtlos vertreten. Die Beteiligten zu 2 bis 6 konnten die in ihrem Namen abgegebene rechtsgeschäftliche Willenserklärung nach § 177 Abs. 1 BGB genehmigen. Die Genehmigung wirkt nach § 184 Abs. 1 BGB auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts, also den 4.9.2015, zurück.

12 Dieser Rückwirkung steht nicht entgegen, dass zum Zeitpunkt der Abgabe der Genehmigung der Nacherbfall bereits eingetreten war und damit die Nacherbenanwartschaften als Gegenstand des Rechtsgeschäfts weggefallen waren. Allerdings ist nach gefestigter Rechtsprechung und überwiegender Auffassung in der Literatur die Wirksamkeit der Genehmigung davon abhängig, dass derjenige, der die Genehmigung erteilt, in diesem Zeitpunkt auch die Verfügungsmacht besitzt. Denn anderenfalls würde er in das Recht eines anderen, nämlich des wahren Berechtigten, eingreifen (vgl. BGHZ 107, 340 = NJW 1989, 2049). Diese aus dem Zusammenhang der gesetzlichen Vorschriften abgeleitete tatbestandliche Voraussetzung gilt nicht nur für die Genehmigung der Verfügung eines Nichtberechtigten (vgl. BGH, a. a. O.), sondern auch für die Genehmigung der Willenserklärung eines vollmachtlosen Vertreters (MünchKomm-BGB/Bayreuther, 7. Aufl., § 184 Rdnr. 20), zumal das genehmigte Rechtsgeschäft hier in seinem dinglichen Teil eine Verfügung enthält, nämlich die Übertragung der Nacherbenanwartschaften.

13 Diese tatbestandliche Beschränkung der Genehmigungsbefugnis kann jedoch dann nicht Platz greifen, wenn – wie hier – Verfügungsgegenstand ein Anwartschaftsrecht ist, das zum Zeitpunkt der Erteilung der Genehmigung bereits zum Vollrecht erstarkt war. Die Stellung des Nacherben erfüllt aufgrund ihrer rechtlichen Ausgestaltung und Sicherung nach allgemeiner Auffassung die Voraussetzungen eines Anwartschaftsrechts. Ein solches ist eine noch unvollkommene, aber wesensgleiche und verkehrsfähige Vorstufe des jeweiligen Vollrechts, hier also des Nacherbenrechts. Auf diese Weise setzt sich die bisherige Rechtsstellung aus dem Anwartschaftsrecht in dem entstandenen Vollrecht fort. Die rechtlichen Befugnisse der bisherigen Anwärter werden nach Entstehen des Vollrechts lediglich ausgeweitet, hier in der Weise, dass die Nacherben über den Nachlass verfügen können. Auf dieser Grundlage besteht kein sachlicher Grund, die Genehmigungsbefugnis der Beteiligten zu 2 bis 6 zu beschränken. Da sie selbst bereits das Vollrecht erworben hatten, ist ein Eingriff in die Rechte Dritter ersichtlich ausgeschlossen. Der Genehmigende, dessen Rechtsstellung lediglich erweitert worden ist, bedarf selbst nicht des Schutzes gegen die Rückwirkung seiner Genehmigung. Er muss seine Interessen bei seiner eigenen Entscheidungsfindung, ob er die Genehmigung erteilen will, wahren.

14 Soweit die Beteiligten zu 2 bis 6 einwenden, sie seien arglistig getäuscht worden, ist dies anhand ihres Vorbringens nicht nachvollziehbar. Dass der Vorerbe erkrankt war, ergibt sich aus der notariellen Urkunde. Im Übrigen tragen die Beteiligten nicht vor, inwieweit er aktiv falsche Behauptungen aufgestellt oder offenbarungspflichtige Tatsachen verschwiegen haben soll.

(...)

16 Der Senat hat die Rechtsbeschwerde zugelassen, da die Frage der Anwendung des § 184 BGB im Zusammenhang mit dem Erstarken eines Anwartschaftsrechts zum Vollrecht, soweit ersichtlich, bislang weder in der Rechtsprechung noch in der Literatur erörtert worden ist.

#### ANMERKUNG:

Von Notarassessor Dr. **Daniel Widmann**, München

Die Entscheidung des OLG Hamm betrifft die Frage, ob ein Nacherbe auch nach Eintritt des Nacherbfalls die Übertragung seiner Nacherbenanwartschaft wirksam nachgehen kann.

#### 1. Rechtsnatur der Anwartschaft und allgemeine Grundsätze

Nach heute nahezu einhelliger Auffassung liegt eine wirkliche Genehmigung nur dann vor, wenn zum Zeitpunkt ihres Zugangs alle Voraussetzungen auch in Bezug auf die genehmigende Handlung gegeben sind, also bei Verfügungen insbesondere die erforderliche Verfügungsmacht vorhanden ist,<sup>1</sup> um eine Beeinträchtigung von Rechten Dritter auszuschließen.<sup>2</sup> Eben jene Verfügungsmacht war im vorliegenden Fall aufgrund des zwischenzeitlichen Eintritts des Nacherbfalls und der damit einhergehenden Transformation der Nacherbenanwartschaft zur Nacherbschaft angezweifelt worden.

Für die sachgerechte Lösung muss daher das Verhältnis der Nacherbenanwartschaft zum Vollrecht leitend sein. Allgemein anerkannt ist, dass dem Nacherben zumindest ab dem Moment des Todes des Erblassers die Expektanz auf den Erhalt der Nacherbschaft nicht ohne eigenes Zutun mehr zu nehmen ist, sodass er von diesem Moment an eine Anwartschaft an der ihm gebührenden Nacherbschaft erlangt<sup>3</sup> und über diese auch verfügen kann.<sup>4</sup> Anwartschaftsrecht und Vollrecht stehen nicht in einem aliud-Verhältnis. Vielmehr erstarkt das Anwartschaftsrecht mit dem Nacherbfalle vom „wesensgleichen Minus“ zum Vollrecht und der Nacherbe wird Rechtsnachfolger des Erblassers (§ 2139

BGB),<sup>5</sup> während die Vorerbenstellung endet.<sup>6</sup> Im Falle einer Übertragung findet kein Durchgangserwerb beim Nacherben statt, sondern die Nacherbenanwartschaft erstarkt bei Eintritt des Nacherbfalls in der Person des jeweiligen Inhabers zum Vollrecht.<sup>7</sup>

Liegt aber kein aliud vor und setzt sich das Anwartschaftsrecht als Vollrecht fort,<sup>8</sup> so besteht letztlich nur ein Recht in unterschiedlicher Ausprägung.<sup>9</sup> Auf dieser Grundlage ist nicht einzusehen, weshalb es im vorliegenden Fall an einer Verfügungsmacht des Nacherben mangeln sollte, insbesondere da sowohl die Anwartschaft als auch das Vollrecht jeweils denselben Personen zustanden und eine Beeinträchtigung von Rechten Dritter somit nicht zu befürchten war.<sup>10</sup>

#### 2. Erbrechtliche Modifikation?

Indes ist fraglich, ob die dargelegten Grundsätze nicht einer entscheidenden erbrechtlichen Modifikation unterworfen sind, die vom entscheidenden Gericht nicht erörtert wurde, nämlich die Frage, ob die schwebend unwirksame Übertragung der Nacherbenanwartschaften mit dem Tod des Vorerben nicht bereits endgültig unwirksam geworden war.

Soweit ersichtlich existiert zur konkreten Frage noch keine (veröffentlichte) Rechtsprechung. Zum Erbverzichtsvertrag entspricht es indes der ständigen Rechtsprechung des BGH, dass eine Genehmigung des Erbverzichtsvertrags nach dem Tod des Erblassers ausscheiden muss.<sup>11</sup> Die Erbfolge müsse mit dem Tod des Erblassers auf einer festen Grundlage stehen und dürfe nicht noch nach beliebig langer Zeit wieder umgestoßen werden können.<sup>12</sup> Demnach sei der Tod des Erblassers die zeitliche Zäsur für das Wirksamwerden eines Erbverzichtsvertrags.<sup>13</sup> Die Literatur wendet dies entsprechend auch auf den Erbvertrag an.<sup>14</sup>

Der wesentliche Unterschied besteht indes darin, dass im vorliegenden Fall gerade nicht der Tod des Erblassers, sondern der Tod des Vorerben eintrat und damit fraglich ist, welche Anforderungen an die Rechtssicherheit gestellt werden dürfen. Dass der Grad an zu gewährleistender Rechtssicherheit nicht überspannt werden darf, zeigt der Umstand, dass es auch auf Grundlage etwa von Ausschlagung, Testa-

5 Staudinger/*Avenarius*, Neub. 2013, § 2100 Rdnr. 97.

6 Staudinger/*Avenarius*, § 2139 Rdnr. 13.

7 BeckOK-BGB/*Litzenburger*, Stand: 1.11.2017, § 2100 Rdnr. 42; MünchKomm-BGB/*Grunsky*, § 2100 Rdnr. 39; Palandt/*Weidlich*, § 2100 Rdnr. 15.

8 So auch das OLG Hamm, Rdnr. 13 der besprochenen Entscheidung.

9 A. A. *Bestelmeyer*, FGPrax 2017, 180, 181 m. E. unter Fehlvorstellung von der Natur der Nacherbenanwartschaft.

10 Rdnr. 13 der besprochenen Entscheidung.

11 So zuletzt BGH, Urteil vom 4.11.1998, IV ZR 327/97, NJW 1999, 789.

12 BGH, Urteil vom 4.11.1998, IV ZR 327/97, NJW 1999, 789.

13 Palandt/*Weidlich*, § 2346 Rdnr. 5; MünchKomm-BGB/*Weghoff*, § 2346 Rdnr. 10.

14 Vgl. nur MünchKomm-BGB/*Litzenburger*, § 2275 Rdnr. 7 sowie Palandt/*Weidlich*, § 2275 Rdnr. 3 jeweils mit Blick auf BGH, Urteil vom 7.12.1977, IV ZR 20/76, NJW 1978, 1159.

1 Palandt/*Ellenberger*, 77. Aufl. 2018, § 182 Rdnr. 2; MünchKomm-BGB/*Bayreuther*, 7. Aufl. 2015, § 184 Rdnr. 19 m. w. N.

2 MünchKomm-BGB/*Bayreuther*, § 184 Rdnr. 20; Staudinger/*Gursky*, Neub. 2014, § 184 Rdnr. 23.

3 BGH, Urteil vom 9.6.1983, IX ZR 41/82, BGHZ 87, 367, 369; Palandt/*Weidlich*, § 2100 Rdnr. 12 m. w. N.; MünchKomm-BGB/*Grunsky*, 7. Aufl. 2017, § 2100 Rdnr. 34 m. w. N.

4 Siehe nur MünchKomm-BGB/*Grunsky*, § 2100 Rdnr. 34, freilich soweit die Übertragbarkeit nicht durch den Erblasser ausgeschlossen worden ist.

mentsanfechtungen und Erbnwürdigkeitsklagen noch im Nachgang zum Erbfall zu erheblichen Veränderungen kommen kann.<sup>15</sup> Schützenswert kann also allein der Umstand sein, dass die im Zeitpunkt des Erbfalls *wirksamen* Verfügungen nicht mehr durch im Nachhinein *wirksam werdende* andere Handlungen des Erblassers zu Fall gebracht werden können, dass also die gewillkürte Erbrechtslage des Erblassers mit dessen Tod Rechtsgültigkeit beanspruchen kann.

Die im vorliegenden Fall zu entscheidende Sachlage spielt aber in ihrem gesamten zeitlichen Umfang nach dem Tod des Erblassers; ein Vertrauen des Rechtsverkehrs auf ihren Bestand ist daher nach dem oben Gesagten nicht anzuerkennen, insbesondere da die Übertragbarkeit der Nacherbenanwartschaft allgemein anerkannt ist.<sup>16</sup>

Ein anderes Ergebnis ergibt sich auch nicht, stellt man auf die erbrechtliche Lage des Vorerben ab. Die Nacherbschaft nimmt nicht am Nachlass des Vorerben teil,<sup>17</sup> die Rechtsnachfolge des Vorerben ist daher nicht betroffen.

Dem OLG Hamm ist somit im Ergebnis zuzustimmen.

15 Ähnlich MünchKomm-BGB/Musielak, § 2275 Rdnr. 7.

16 Siehe oben Fn. 4.

17 Siehe nur Staudinger/Avenarius, § 2139 Rdnr. 13 m. w. N.

#### 4. Rückforderung von Taschengeldzahlungen an die Enkelin wegen Verarmung des Großvaters

LG Aachen, Urteil vom 14.2.2017, 3 S 127/16

BGB §§ 528, 534, 812

SGB XII § 93

##### LEITSÄTZE:

1. **Der Sozialhilfeträger ist berechtigt, Ansprüche des Leistungsempfängers nach § 528 BGB auf Rückforderung von Geschenken auf sich überzuleiten und gegen den Beschenkten geltend zu machen.**
2. **Bei früheren monatlichen Taschengeldzahlungen des Leistungsempfängers an seine Enkelin in angemessener Höhe (hier ca. 50 € monatlich) kann es sich um Anstandsschenkungen i. S. v. § 534 BGB handeln.**

##### SACHVERHALT:

1 I. Die Klägerin macht aus übergeleitetem Recht Ansprüche gegen die Beklagte nach § 528 BGB wegen Verarmung des Schenkers geltend. Der Großvater der Beklagten hatte dieser seit 1998 monatlich 100 DM, bzw. seit 2002 monatlich 51,13 € überwiesen.

2 Der Großvater ist pflegebedürftig und kann seine Pflege nicht mehr (vollumfänglich) bezahlen. Die Klägerin fordert nun nach Überleitung der Ansprüche gemäß § 93 SGB XII in Höhe der Pflegeaufwendungen das Geschenke von der Beklagten zurück.

3 Die Beklagte wendet ein, es habe sich um Anstandsschenkungen gehandelt.

4 Das AG hat dies verneint und die Beklagte verurteilt, 3.511,40 € zu zahlen. Die Beklagte wendet sich mit der Berufung gegen ihre Verurteilung.

(...)

##### AUS DEN GRÜNDEN:

8 II. Die Berufung ist zulässig und begründet.

9 Die Klägerin hat keinen Anspruch auf Zahlung von 3.511,40 € gegen die Beklagte aus § 528 BGB i. V. m. § 812 BGB i. V. m. § 93 SGB XII.

10 Der Anspruch ist vorliegend nach § 534 BGB ausgeschlossen. Bei den Zuwendungen des Großvaters an die Beklagte handelte es sich um Anstandsschenkungen.

11 Anstandsschenkungen beruhen im Vergleich zu den Pflichtschenkungen zwar auf einer geringeren moralischen Verpflichtung; ihr Unterlassen würde jedoch gegen die Anschauungen der sozialen Kreise des Schenkers verstoßen und einen Verlust an Achtung und Ansehen für ihn mit sich bringen (vgl. Staudinger/Tiziana J. Chiusi, Neub. 2013, § 534 Rdnr. 15).

12 Maßstab für die Bestimmung des Anstands und ggf. für die Begrenzung des Umfangs eines Geschenks sind daher die Personen, die aus den sozialen Kreisen des Schenkers stammen; diese lassen sich unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls an Hand der örtlichen und sozialen und standesgemäßen Verkehrssitte bestimmen. Auch wenn die Anstandsgeschenke im Wert geringer sind als Pflichtschenkungen, müssen sie mit Hinblick auf einen möglichen Ansehensverlust gerade geboten sein (vgl. Staudinger/Tiziana J. Chiusi, § 534 Rdnr. 15).

13 Die Kammer teilt die Auffassung der Beklagten, dass es heute üblich ist, dass Großeltern ihren Enkeln ein monatliches Taschengeld zukommen lassen. Dies war zwischen den Parteien in erster Instanz auch unstrittig.

14 Es handelt sich bei dem Betrag nach dem von der Klägerin erstinstanzlich nicht bestrittenen Vortrag der Beklagten auch um einen solchen, der im Bereich des Üblichen an monatlichen Zuwendungen an Enkel liegt.

15 Bei der Entscheidung ist weiterhin zu berücksichtigen, dass es im vorliegenden Fall bei Beginn der Zuwendungen nicht absehbar war, dass der Großvater der Beklagten einmal pflegebedürftig werden würde. Auch dies wurde von der Klägerin nicht konkret in Abrede gestellt.

16 Nachdem maßgeblich die Gepflogenheiten sozial Gleichgestellter sind, ist im vorliegenden Einzelfall davon auszugehen, dass das Ausbleiben der monatlichen Zuwendung für den Großvater einen Ansehensverlust in seinem sozialen Umfeld bedeutet hätte. Soweit trotz uneingeschränkter finanzieller Möglichkeiten ein übliches Taschengeld nicht zugewandt worden wäre, wäre dies im vorliegenden Fall geeignet gewesen, im Bekanntenkreis und sozialen Umfeld des Großvaters ein schlechtes Licht auf diesen zu werfen. Dabei verkennt die Kammer nicht, dass in der Literatur als Anstandsschenkungen insbesondere Geburtstags-, Weihnachts- und Hochzeitsgeschenke genannt sind. Die Kammer ist jedoch der Auffassung, dass Taschengeldzahlungen der Großeltern jedenfalls in der

hier vorliegenden Konstellation den vorgenannten Geschenken gleichzustellen sind.

**17** Dass die Beklagte das Geld nicht unmittelbar ausgegeben, sondern gespart hat, sodass im Laufe der 16 Jahre eine nicht geringe Summe zusammengekommen ist, lässt nicht darauf schließen, dass es sich nicht um ein monatliches Taschengeld handelte, sondern um eine Art Sparvertrag. Es war der Beklagten freigestellt, über ihr Geld zu verfügen. Dem Großvater war sie hierüber keine Rechenschaft schuldig.

(...)

## ANMERKUNG:

Von Notarassessorin **Anne Bergmann**, Würzburg

In der vorliegenden Entscheidung setzt sich das LG Aachen mit dem Rückforderungsanspruch wegen Verarmung des Schenkers gemäß § 528 BGB auseinander. Dabei behandelt das Gericht zunächst einmal mehr das altbekannte Problem der Überleitbarkeit des Anspruchs auf den Sozialleistungsträger und gibt einen kurzen Überblick zum diesbezüglichen Stand der Rechtsprechung. Darüber hinaus liefert die Entscheidung eine gute Zusammenfassung der in Literatur und Rechtsprechung herausgearbeiteten Reichweite und Grenzen des Rückforderungsrechts.

### 1. Überleitbarkeit auf den Sozialleistungsträger<sup>1</sup>

Die Belehrung über Existenz und Inhalt des Rückforderungsanspruchs gehört, ebenso wie der ausdrückliche Hinweis auf die in diesem Zusammenhang bestehenden Rückgriffsmöglichkeiten des Sozialleistungsträgers, seit Langem zum Standardrepertoire einer jeden notariellen Überlassungsurkunde.<sup>2</sup> Insoweit ergeben sich aus den eher allgemein gehaltenen Erwägungen des Gerichts keine wesentlichen Neuerungen für den Praktiker.

Die Entscheidung verdeutlicht jedoch den hohen Stellenwert der notariellen Belehrungspflichten und die tatsächliche praktische Bedeutung, die entsprechende Hinweise für die Beteiligten gewinnen können. Ist bei Durchführung einer – in vielen Fällen steuerlich motivierten – Überlassung von Grundeigentum nicht absehbar, dass der Übergeber innerhalb weniger Jahre zum Sozialfall wird, weil er entgegen seiner Erwartungen nicht mehr in der Lage ist, seine Lebenshaltungskosten aus dem verbleibenden Restvermögen zu decken, wird nur den Allerwenigsten bewusst sein, dass bei Gewährung der notwendigen Sozialhilfe eine Inanspruchnahme des Übernehmers auch noch lange nach Eigentumsumschreibung im Grundbuch droht. Diese Gefahr wiegt umso schwerer, als der Übernehmer in einem solchen Fall unabhängig vom Vorliegen der Voraussetzungen allgemeiner Unterhaltstatbestände zur Zahlung gebeten wird und seine tatsächliche Leistungsfähigkeit beim Regress des So-

zialeistungsträgers keine Berücksichtigung findet. Da die schenkweise zugewandten Vermögenswerte in der Immobilie gebunden sind und zur Anspruchserfüllung nicht unmittelbar zur Verfügung stehen, wird es zumeist an liquiden Mitteln fehlen, aus denen der Übernehmer die Forderungen der Sozialbehörden bedienen könnte.

In Anbetracht der voranschreitenden Überalterung unserer Gesellschaft und der sinkenden Pflegebereitschaft der Angehörigen sehen sich Pflegebedürftige im Alter immer häufiger einer immensen Kostenlast ausgesetzt. Besitzt der Übergeber – abgesehen von dem vertragsgegenständlichen Grundbesitz selbst – kein überdurchschnittliches Vermögen, ist die vorstehend beschriebene Situation damit bei Weitem keine Seltenheit mehr. Über die Folgen einer von den Beteiligten nicht vorhergesehenen Sozialhilfebedürftigkeit des Schenkers und die damit zusammenhängende Gefahr einer unerwünschten Inanspruchnahme des Beschenkten innerhalb der Zehn-Jahres-Frist sollte der Notar in der Beurkundung also nicht leichtfertig „hinweglesen“. Insoweit mag die Entscheidung des LG Aachen Anlass dazu bieten, die eigene Beurkundungspraxis zu überprüfen.

### 2. Ausnahmetatbestand der Anstandsschenkung im Sinne von § 534 BGB

Der besondere Erkenntnisgewinn, den die Entscheidung mit sich bringt, liegt aber vor allem darin, dass die in der Rechtsprechung bislang eher stiefmütterlich behandelte Ausnahmeregelung des § 534 BGB einer näheren Konkretisierung zugeführt wird.

Neben allgemeinen Definitionen der Pflicht- und Anstandsschenkung<sup>3</sup> bietet die Entscheidung hier einige interessante Erwägungen, aus denen sich auch über den konkreten Einzelfall hinaus Wertungsgesichtspunkte ableiten lassen, die den Umgang mit den Regelungen der §§ 528 f., 534 BGB im Zusammenhang mit Verwandtenschenkungen in der Praxis erleichtern.

Mit der allgemeinen Literaturauffassung<sup>4</sup> geht das LG davon aus, dass Anstandsschenkungen auf einer geringeren moralischen Verpflichtung beruhen als Pflichtschenkungen, wobei erstere sich vorwiegend dadurch definieren, dass ihr Unterlassen gegen die Anschauungen der sozialen Kreise des Schenkers verstößt und daher einen Verlust an Achtung und Ansehen für ihn mit sich bringt.<sup>5</sup> Zutreffend bemerkt das Gericht, dass als Maßstab für die Begrenzung des Umfangs eines Geschenks daher stets solche Personen heranzuziehen seien, die aus dem sozialen Kreis des Schenkers stam-

<sup>1</sup> Ausführlich hierzu bereits *Krauβ*, ZEV 2001, 417 ff.; *Vaupel*, RNotZ 2009, 497, 518 ff.

<sup>2</sup> Vgl. z. B. Beck'sches Notarhandbuch/*Herrler*, 6. Aufl. 2015, A V Rdnr. 508 ff.; Würzburger Notarhandbuch/*Holland*, 5. Aufl. 2017, Teil 2 Kap. 6 Rdnr. 1 (im dortigen Muster unter X. Ziffer 4. und 5.).

<sup>3</sup> LG Aachen, Urteil vom 14.2.2017, 3 S 127/16, juris Rdnr. 13; vgl. hierzu auch MünchKomm-BGB/*Koch*, 7. Aufl. 2016, § 534 Rdnr. 2 f. und BeckOK-BGB/*Gehrlein*, Stand: 15.6.2017, § 534 Rdnr. 1 f., jeweils m. w. N.

<sup>4</sup> MünchKomm-BGB/*Koch*, § 534 Rdnr. 4 m. w. N.; BeckOK-BGB/*Gehrlein*, § 534 Rdnr. 2.

<sup>5</sup> LG Aachen, Urteil vom 14.2.2017, 3 S 127/16, juris Rdnr. 13; BGH, Urteil vom 19.9.1980, V ZR 78/79, NJW 1981, 111; MünchKomm-BGB/*Koch*, § 534 Rdnr. 4.

men.<sup>6</sup> Entscheidend ist dabei, dass das Geschenk aus Sicht dieser Personen gerade geboten sein muss, um einen Ansehensverlust zu verhindern.

Dass regelmäßige „Taschengeldzahlungen“ seitens der Großeltern an ihre Enkel den üblichen Gepflogenheiten entsprechen, soweit sie sich in einem moderaten Rahmen (hier: 50 € monatlich) halten, ist zustimmungswürdig. Auch die Tatsache, dass dies nicht anders zu bewerten sein kann, wenn sich die laufenden Zahlungen über die Jahre zu einem ansehnlichen Betrag aufsummiert haben, ist einsichtig, da eine abweichende Beurteilung zu einer kaum nachvollziehbaren Einschränkung der Dispositionsfreiheit des Beschenkten führen würde, die vom Sinn und Zweck des Gesetzes nicht gedeckt wäre. Als weiteres Kriterium für das Vorliegen einer hinreichend starken moralischen Verpflichtung des Schenkers identifiziert das Gericht die Leistungsfähigkeit des Schenkers im Zeitpunkt des Vollzugs der Schenkung und die damit zusammenhängende Absehbarkeit einer künftigen Sozialhilfebedürftigkeit.<sup>7</sup> Diese Einsicht ist zutreffend und durchaus erfreulich. Denn die Frage, ob eine Schenkung nach den sozialen Anschauungen eines konkreten Personenkreises als angemessen anzusehen ist, lässt sich in sinnvoller Weise nur aus der ex-ante-Perspektive beantworten.

### 3. Fazit für die Beurkundungspraxis

Obwohl die vorliegende Entscheidung deutlich macht, dass § 534 BGB Raum für eine Anwendung auch außerhalb der in der Literatur anerkannten Fallgruppe der „Geburtstags-, Weihnachts- und Hochzeitsgeschenke“<sup>8</sup> lässt und die Beurteilung stets einer genaueren Einzelfallbetrachtung bedarf, wird man nicht umhinkommen, weiterhin von einer für die Notarpraxis eher geringen Bedeutung des Ausnahmetatbestands auszugehen.

Dies gilt umso mehr, als das LG ausdrücklich unterstellt, dass Anstandsschenkungen regelmäßig einen geringeren Wert aufweisen als Pflichtschenkungen.<sup>9</sup> Eine solche Korrelation erscheint logisch zwar nicht zwingend. In der Praxis wird man diese Einschränkung aber gleichwohl beachten müssen. Die notarielle Überlassung zeichnet sich gerade dadurch aus, dass der Schenker im Rahmen eines einzigen Rechtsgeschäfts sein wertvollstes Vermögensgut an die Nachfolgeneration überträgt. Der Vorbehalt von Nutzungsrechten oder Versorgungsleistungen stellt dabei im Regelfall keine wirtschaftlich gleichwertige Gegenleistung dar. Unter Heranziehung der vorgenannten Kriterien dürfte

daher nur in den seltensten Fällen eine Anstandsschenkung vorliegen. Vorsicht ist, obwohl hier tendenziell großzügigere Maßstäbe angelegt werden, selbst bei sog. „renumeratorischen Schenkungen“<sup>10</sup> geboten, durch die ein Ausgleich für Investitionen und Eigenleistungen des Beschenkten geschaffen werden soll, obwohl rechtlich kein Vergütungsanspruch besteht. Denn eine Anstandsschenkung wird von einzelnen Literaturstimmen selbst in solchen Konstellationen ausdrücklich abgelehnt, in denen ein Miteigentumsanteil an einem Grundstück zur Kompensation ehebedingter Zuwendungen an den Ehegatten überlassen wird.<sup>11</sup> Inwiefern diese Wertung auch bei erheblichen Investitionen in das Eigentum des Partners ihre Berechtigung hat, mag dahingestellt bleiben. Zumal, wenn man Folgendes bedenkt: Entsprechende Investitionen sonstiger Angehöriger lösen, selbst dann, wenn sie in Erwartung eines späteren Eigentumserwerbs erfolgen, regelmäßig einen Aufwendungsersatzanspruch aus. Durch eine Verzichtvereinbarung im Rahmen des Schenkungsvertrages lässt sich somit eine echte Gegenleistung generieren, die bei der für den Umfang des Rückforderungsanspruchs maßgeblichen Bestimmung des Geschenkwertes in Abzug gebracht werden kann.<sup>12</sup>

10 Hier tendenziell großzügiger BeckOK-BGB/Gehrlein, § 534 Rdnr. 2.

11 Vgl. MünchKomm-BGB/Koch, § 534 Rdnr. 5.

12 Vaupel, RNotZ 2009, 497, 519.

## BÜRGERLICHES RECHT – SACHEN- UND GRUNDBUCHRECHT

### 5. Vorlage eines Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses zur Löschung einer Grundschuld

BGH, Beschluss vom 12.10.2017, V ZB 131/16 (Vorinstanz: OLG München, Beschluss vom 31.8.2016, 34 Wx 18/16)

BGB § 1183

#### LEITSATZ:

**Die Vorlage eines Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses, mit dem neben dem Anspruch auf Rückgewähr der Grundschuld das „Zustimmungsrecht“ des Grundstückseigentümers „zur Löschung der Grundschuld gemäß § 1183 BGB, § 27 Satz 1 GBO“ gepfändet worden ist, reicht nicht aus, um gegenüber dem Grundbuchamt den Nachweis zu führen, dass der Antragsteller berechtigt ist, die grundbuchrechtlich erforderliche Zustimmung des Eigentümers zur Löschung der Grundschuld an dessen Stelle zu erklären.**

6 LG Aachen, Urteil vom 14.2.2017, 3 S 127/16, juris Rdnr. 14; MünchKomm-BGB/Koch, § 534 Rdnr. 4; Palandt/Putzo, 76. Aufl. 2017, § 534 Rdnr. 3; LG Lübeck, Urteil vom 30.1.1996, 6 S 136/95, FamRZ 1996, 961, 962; LG Mönchengladbach, Urteil vom 12.10.1995, 10 O 84/95, NJW 1996, 467.

7 LG Aachen, Urteil vom 14.2.2017, 3 S 127/16, juris Rdnr. 17.

8 MünchKomm-BGB/Koch, § 534 Rdnr. 4 m. w. N.; BeckOK-BGB/Gehrlein, § 534 Rdnr. 2; LG Aachen, Urteil vom 14.2.2017, 3 S 127/16, juris Rdnr. 18.

9 LG Aachen, Urteil vom 14.2.2017, 3 S 127/16, juris Rdnr. 14; in diese Richtung auch MünchKomm-BGB/Koch, § 534 Rdnr. 4 f.



## 6. Nachweis der Rechtsnachfolge nach Freigabe eines Grundstücks durch den Insolvenzverwalter und Löschung des Insolvenzvermerks

BGH, Beschluss vom 30.8.2017, VII ZB 23/14 (Vorinstanz: LG Wuppertal, Beschluss vom 17.4.2014, 16 T 33/14)

BeurkG §§ 52, 54 Abs. 2 Satz 1

GBO §§ 22, 29, 38

InsO § 32 Abs. 3, § 80 Abs. 1

BGB §§ 873, 891

FamFG § 74 Abs. 5, Abs. 6 Satz 1, § 81

### LEITSÄTZE:

- 1. Nach § 727 Abs. 1 ZPO ist die Rechtsnachfolge, wenn sie nicht offenkundig ist, durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachzuweisen. Dieser Nachweis ist geführt, wenn aufgrund der Beweiskraft der öffentlichen oder öffentlich beglaubigten Urkunde mit dem Eintritt der nachzuweisenden Tatsache dem gewöhnlichen Geschehensablauf nach gerechnet werden kann.**
- 2. Ergibt sich aus einem Grundbuchauszug, dass ein Insolvenzvermerk gelöscht ist, kann daraus der Schluss gezogen werden, dass das Grundstück nicht mehr dem Insolvenzbeschlagnahme unterliegt.**

### SACHVERHALT:

1 I. Die Antragstellerin ist aufgrund der Grundschnuldbestellungsurkunde Nr. (...) Inhaberin der im Grundbuch von L eingetragenen Grundschnuld. Aus der Grundschnuldbestellungsurkunde will die Antragstellerin die Zwangsvollstreckung betreiben.

2 Nachdem über das Vermögen des Eigentümers des Grundstücks das Insolvenzverfahren eröffnet worden war, erteilte Notar D der Antragstellerin eine vollstreckbare Ausfertigung der Grundschnuldbestellungsurkunde gegen den Insolvenzverwalter.

3 Am 8.12.2009 erfolgte die Löschung des Insolvenzvermerks im oben genannten Grundbuch.

4 Mit Schreiben vom 10.10.2013 hat die Antragstellerin die Umschreibung der vollstreckbaren Ausfertigung zu der oben genannten Grundschnuldbestellungsurkunde gegen den Grundstückseigentümer beantragt. Zur Begründung hat sie vorgetragen, das beschlagnahmte Grundstück sei vom Insolvenzverwalter freigegeben worden. Das ergebe sich aus der Löschung des Insolvenzvermerks am 8.12.2009.

5 Notar D hat den Antrag zurückgewiesen. Zur Begründung hat er ausgeführt, für die Umschreibung der begehrten vollstreckbaren Ausfertigung sei eine öffentlich beglaubigte Freigabeerklärung des Insolvenzverwalters sowie ein Nachweis der Zustellung der Freigabeerklärung an den Grundstückseigentümer in öffentlicher Form (Gerichtsvollzieherprotokoll) erforderlich.

6 Gegen diese Entscheidung hat die Antragstellerin Beschwerde eingelegt. Das Beschwerdegericht hat die Beschwerde zurückgewiesen. Dagegen wendet sich die Antragstellerin mit der vom Beschwerdegericht zugelassenen Rechtsbeschwerde.

### AUS DEN GRÜNDEN:

7 II. Die (...) zulässige Rechtsbeschwerde der Antragstellerin führt zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und zur Anweisung an den Notar, die Umschreibung der vollstreckba-

ren Ausfertigung zur Grundbuchbestellungsurkunde zugunsten der Antragstellerin gegen den Schuldner nicht mit der Begründung abzulehnen, die Löschung des Insolvenzvermerks im Grundbuch von L sei kein ausreichender Nachweis dafür, dass die Verfügungsmacht über das Grundstück wieder dem Eigentümer zustehe.

8 1. Das Beschwerdegericht hat ausgeführt:

9 Die Voraussetzungen für die Umschreibung der vollstreckbaren Ausfertigung gemäß § 52 BeurkG, § 794 Abs. 1 Nr. 5, § 795 Satz 1, § 727 Abs. 1 ZPO seien nicht erfüllt. Zwar handle es sich bei dem Wechsel in der Verfügungsbefugnis vom Insolvenzschnuldner auf den Insolvenzverwalter und nach einer Freigabe erneut auf den Insolvenzschnuldner nicht um eine Rechtsnachfolge im eigentlichen Sinn. § 727 ZPO sei jedoch zumindest analog anzuwenden. Gemäß § 727 Abs. 1 ZPO sei eine vollstreckbare Ausfertigung für den Rechtsnachfolger zu erteilen, sofern die Rechtsnachfolge bei dem Gericht offenkundig sei oder durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunde nachgewiesen werde. Dies sei vorliegend nicht der Fall.

10 Die Wirksamkeit der Freigabeerklärung, die zumindest die Erklärungen und den Zugang an den Schuldner voraussetze, sei von der Antragstellerin nicht in der geforderten Form nachgewiesen. Die Vorlage eines beglaubigten Grundbuchauszuges vermöge diesen Nachweis auch im Hinblick auf § 29 GBO nicht zu führen. Denn insoweit sei zu berücksichtigen, dass die Löschung des Insolvenzvermerks im Grundbuch lediglich deklaratorischen Charakter habe. Die Funktion des Insolvenzvermerks beschränke sich nämlich darauf, den nach § 892 Abs. 1 Satz 2 BGB geschützten öffentlichen Glauben an die unbeschränkte Verfügungsmacht des Eigentümers zu zerstören. Aus dem Fehlen des Vermerks folge deshalb nicht, dass die Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters nicht bestehe. Deshalb lasse sich die Wirksamkeit bzw. das Vorliegen der Freigabeerklärung nicht aus dem Löschnungsvermerk herleiten.

11 2. Das hält der rechtlichen Nachprüfung im entscheidenden Punkt nicht stand. Rechtsfehlerhaft verlangt das Beschwerdegericht als Nachweis nach § 727 ZPO analog eine öffentlich beglaubigte Freigabeerklärung des Insolvenzverwalters sowie einen Nachweis der Zustellung der Freigabeerklärung an den Grundstückseigentümer in öffentlicher Form (Gerichtsvollzieherprotokoll).

12 a) Zutreffend geht das Beschwerdegericht davon aus, dass § 727 ZPO entsprechende Anwendung findet, wenn nach der Freigabe eines Grundstücks durch den Insolvenzverwalter Vollstreckungsmaßnahmen gegen den Schuldner eingeleitet werden sollen. Zwar ist der Schuldner kein Rechtsnachfolger des Insolvenzverwalters. Jedoch fällt ihm die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das Grundstück wieder zu (vgl. § 80 Abs. 1 InsO). Nur der Schuldner kann nach der Freigabe des Grundstücks Adressat von nunmehr einzuleitenden Vollstreckungsmaßnahmen sein, weshalb eine Klauselumschreibung notwendig ist (vgl. BGH, Beschlüsse vom 14.4.2005, V ZB 25/05, DNotZ 2005, 840 f. = juris Rdnr. 12 f., und vom 3.2.2011, V ZB 54/10, BGHZ 188, 177 Rdnr. 8).

13 b) Des Weiteren zutreffend geht das Beschwerdegericht davon aus, dass der Insolvenzverwalter einzelne Vermögens-

bestandteile aus dem Insolvenzbeschlagn zugunsten des Schuldners freigeben kann (st. Rspr. des BGH, siehe nur Urteil vom 9.2.2012, IX ZR 75/11, BGHZ 192, 322 Rdnr. 22). Die Freigabe erfolgt durch empfangsbedürftige unwiderrufliche Erklärung des Insolvenzverwalters gegenüber dem Schuldner (BGH, Urteil vom 5.10.1994, XII ZR 53/93, BGHZ 127, 156, 163 = juris Rdnr. 30).

**14 c)** Rechtsfehlerhaft ist aber die Auffassung des Beschwerdegengerichts, im Klauselerteilungsverfahren entsprechend § 727 ZPO könne der Rückfall der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis auf den Schuldner nur mit einer öffentlich beglaubigten Freigabeerklärung des Insolvenzverwalters sowie einem Nachweis der Zustellung der Freigabeerklärung an den Schuldner in öffentlicher Form (Gerichtsvollzieherprotokoll) erfolgen.

**15 aa)** Nach § 727 Abs. 1 ZPO ist die Rechtsnachfolge, wenn sie nicht offenkundig ist, durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachzuweisen. Dieser Nachweis ist nach allgemeiner Auffassung geführt, wenn aufgrund der Beweiskraft der öffentlichen oder öffentlich beglaubigten Urkunde mit dem Eintritt der nachzuweisenden Tatsache dem gewöhnlichen Geschehensablauf nach gerechnet werden kann (vgl. RGZ 57, 326, 328; MünchKomm-ZPO/Wolfsteiner, 5. Aufl., § 726 Rdnr. 40, § 727 Rdnr. 21; Stein/Jonas/Münzberg, ZPO, 22. Aufl., § 726 Rdnr. 19 Fn. 127, § 727 Rdnr. 41, 43; Zöller/Stöber, ZPO, 31. Aufl., § 726 Rdnr. 6; HK-ZPO/Kindl, 7. Aufl., § 726 Rdnr. 4, § 727 Rdnr. 12). So hat bereits das RG entschieden, dass vom Titelbesitz auf den Übergang der Forderung geschlossen werden kann (RGZ 57, 326, 328).

**16** Das bedeutet für den Nachweis der Freigabe eines Grundstücks aus dem Insolvenzbeschlagn, dass nicht zwingend die Freigabeerklärung des Insolvenzverwalters in Form einer öffentlichen oder öffentlich beglaubigten Urkunde und ein Nachweis der Übermittlung der Freigabeerklärung an den Schuldner mittels öffentlicher Urkunde erforderlich sind. Es reicht aus, wenn aus einer anderen öffentlichen Urkunde dem gewöhnlichen Geschehensablauf nach der Schluss gezogen werden kann, dass das Grundstück vom Insolvenzbeschlagn freigegeben ist.

**17 bb)** Diese Voraussetzung liegt vor, wenn aufgrund eines Grundbuchauszuges festgestellt werden kann, dass der Insolvenzvermerk gelöscht ist.

**18** Nach § 32 Abs. 3 InsO erfolgt die Löschung des Insolvenzvermerks entweder auf Ersuchen des Insolvenzgerichts (§ 32 Abs. 3 Satz 1 InsO, § 38 GBO) oder auf Antrag des Insolvenzverwalters (§ 32 Abs. 3 Satz 2 InsO). Beantragt der Insolvenzverwalter die Löschung, hat er entweder die aus seiner Freigabeerklärung folgende Unrichtigkeit des Grundbuchs hinsichtlich des Insolvenzvermerks durch öffentliche Urkunden nachzuweisen (§§ 22, 29 Abs. 1 Satz 2 GBO) oder eine Löschungsbewilligung in Form einer öffentlichen oder öffentlich beglaubigten Urkunde abzugeben, §§ 19, 29 Abs. 1 Satz 1 GBO (MünchKomm-InsO/Schmahl/Busch, 3. Aufl., §§ 32, 33 Rdnr. 83; Demharter, GBO, § 38 Rdnr. 8; HK-InsO/Rüntz, 8. Aufl., § 32 Rdnr. 23).

**19** Damit beruht die Löschung des Insolvenzvermerks entweder auf einer Verfahrenserklärung des Insolvenzgerichts oder einer Verfahrenserklärung des Insolvenzverwalters. Aufgrund

des gewöhnlichen Geschehensablaufs kann deshalb aus der Löschung des Insolvenzvermerks im Grundbuch der Schluss gezogen werden, dass das Grundstück nicht mehr dem Insolvenzbeschlagn unterliegt.

**20** Zu diesem Beweisergebnis steht nicht im Widerspruch, dass der Insolvenzvermerk kein Grundstücksrecht darstellt, dessen Bestehen oder Erlöschen nach § 891 BGB vermutet wird. Diese Vermutung dient dem Schutz des Rechtsverkehrs bei Grundstücksgeschäften nach § 873 BGB. Das besagt aber nichts über den Beweiswert von Eintragungen im Grundbuch, die keine Grundstücksrechte betreffen.

**21** 3. Der angefochtene Beschluss kann deshalb keinen Bestand haben und ist aufzuheben (§ 74 Abs. 5 FamFG).

(...)

#### ANMERKUNG:

Von Notar Dr. **Heinrich Kreuzer**, München

##### 1. Gegenstand der Entscheidung

Die Entscheidung betrifft vordergründig nur die Umschreibung einer notariellen Vollstreckungsklausel (§ 727 ZPO) gegen einen Rechtsnachfolger, hat aber darüber hinaus Bedeutung auch für sonstige Situationen bei Insolvenz eines Grundstückseigentümers.

Konkret ging es um die Erteilung einer vollstreckbaren Grundschuld ausfertigung gegen einen insolvenzbetreffenen Eigentümer; sein Grundbuch ließ einen – gelöschten – Insolvenzvermerk erkennen. Die Situation ähnelt der eines Verkaufs durch eine solche Person.<sup>1</sup>

Aus grundbuchlicher Sicht veranlasst das Insolvenzgericht nach Insolvenzeröffnung die Eintragung einer Verfügungsbeschränkung im Grundbuch des Insolvenzschuldners (§ 23 Abs. 3 InsO). Weil seine insolvenzbedingte Verfügungsbeschränkung bekannt (§ 892 Abs. 1 Satz 2 BGB) ist, kann ab dann der Eigentümer nicht mehr verfügen.

Anderes gilt in zwei Situationen, nämlich der der Zustimmung oder der der Freigabe.

Die etwaige Zustimmung erklärt der Insolvenzverwalter (bei Privatinsolvenz: der Treuhänder) im Einzelfall (§ 32 Abs. 3 Satz 1 InsO). Sein Antrag hat entweder eine etwaige Unrichtigkeit des Grundbuchs urkundlich (§§ 22, 29 Abs. 1 Satz 2 GBO) nachzuweisen oder die Löschung in grundbuchlich verwendbarer Form (§§ 19, 29 Abs. 1 Satz 1 GBO) zu bewilligen.

Die etwaige Freigabe erklärt der Insolvenzverwalter gegenüber dem Insolvenzschuldner und zeigt sie dem Insolvenzgericht an (§ 35 Abs. 3 Satz 1 und Abs. 4 Satz 1 InsO).

Das Insolvenzgericht seinerseits informiert (§ 32 InsO, § 38 GBO) das Grundbuchamt von der Freigabe gewissermaßen als *actus contrarius* zur Meldung nach § 23 Abs. 3 InsO mit der Folge, dass der Grundbuchrechtspfleger den Insolvenz-

<sup>1</sup> Dazu Kreuzer, MittBayNot 2015, 163 (Anm. zu OLG Naumburg, Beschluss vom 12.11.2013, 12 Wx 43/13 und OLG Hamm, Beschluss vom 20.3.2014, I-15 W 392/13).

vermerk „aufgrund des Ersuchens der Behörde“ löscht – „rötet“.

Dem steht gleich, dass der Insolvenzverwalter die Unrichtigkeit des Grundbuchs urkundlich nachweist oder die Löschung in grundbuchlich verwendbarer Form bewilligt; das erfordert zwei Nachweise, nämlich dass der Verwalter dem Eigentümer die Freigabe erklärt hat und dass die Erklärung zugegangen ist. Die Freigabe ist in grundbuchlich verwendbarer Form zu erklären und der Zugang entweder auch in grundbuchlich verwendbarer Form zu bestätigen oder durch Gerichtsvollzieherprotokoll nachzuweisen.

Die InsO sieht eine Freigabe ausdrücklich vor, wenn der Schuldner selbstständig tätig ist und die Sache zu seiner Berufstätigkeit gehört (§ 35 Abs. 2 Satz 1 InsO). Insolvenz darf nicht den Schuldner vernichten. Auch dann ist die Fähigkeit zu schützen, eigene Hilfsbedürftigkeit zu vermeiden. Dieser Rechtsschutzgedanke erfasst damit letztlich alle Bereiche menschlichen Tuns, in denen der Insolvenzschtz zweck nichts anderes bestimmt.

Ein Insolvenzverwalter gibt nicht leichtfertig frei, denn mit Amtsübernahme übernimmt er ein Amt mit doppeltem Schutzauftrag, nämlich für die Gläubiger und für den „redlichen“ (arg. e § 1 Satz 2 InsO) Schuldner. Eine Pflichtverletzung verpflichtet den Insolvenzverwalter zum Schadenersatz (§ 60 InsO). Bei Immobilien erfolgt darum auch oft ihre Freigabe, wenn sie dauerhaft weder einen Versteigerungsnach noch einen laufenden Ertrag erwarten lassen. Die Freigabe des Insolvenzverwalters entlastet die Masse und damit die Gläubiger um Sachrisiko und Betriebskosten.

## 2. Stellungnahme

Inhaltlich ist die Entscheidung zu begrüßen. Sie verkürzt nicht den Schutz der Insolvenzgläubiger (unten a)), entlastet aber die Praxis um abstrakte Nachforschungspflichten (unten b)) und würdigt zutreffend die Situation des Notars als Eingangstor im Verfahren der Klauselerteilung (unten c)).

a) Nicht Thema der Entscheidung war, dass eine Person, die nach Insolvenzeröffnung gutgläubig eine zur Masse gehörige Immobilie erwirbt, ohnehin Gefahr läuft, dass ihr Erwerb den Gläubiger benachteiligt und anfechtbar ist (§ 81 Abs. 1 Satz 2, §§ 129 ff., 147 Abs. 1 InsO; § 892 Abs. 1 Satz 2 BGB). Nur der redliche Erwerber wird geschützt. Zu seiner „Gutgläubigkeit“ muss hinzutreten, dass er nicht positiv anderes Wissen hat. Das Grundbuch begrenzt sich darauf, die dingliche Rechtslage eines Grundstücks zu dokumentieren. Sonstige Umstände bedürfen separater Würdigung.

b) Thema war der umgekehrte Fall: Dem Grundbuch war zu entnehmen, dass zwar der Eigentümer in Insolvenz gefallen war, aber das Grundbuchamt den Insolvenzvermerk wieder gelöscht hat.

Passim betont der Senat, dass § 891 BGB nicht anzuwenden ist. Er betrifft Grundstücksrechte, nicht aber sonstige grundbuchliche Eintragungen (Rdnr. 20 der besprochenen Entscheidung).

Die Eintragung eines Insolvenzvermerks ist kein Recht. Sie hat nur Warnfunktion, ohne den Insolvenzverwalter voll-

streckungsrechtlich zu einem Rechtsnachfolger (§ 727 Abs. 1 ZPO) zu machen. Die Insolvenz verschafft ihm lediglich Verwaltungs- und Verfügungsbefugnisse.

Aus der Warnfunktion eines Insolvenzvermerks und dem Zuständigkeits- (nicht: Rechts-)Wechsel auf der Schuldnerseite folgt die Berechtigung, für solche Situationen § 727 Abs. 1 ZPO analog anzuwenden.<sup>2</sup> Daraus folgt der Grundsatz (Rdnr. 15 der besprochenen Entscheidung), dass eine Rechtsänderung, also die Freigabe durch den Insolvenzverwalter, grundsätzlich durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachzuweisen ist. Das Berufungsgeschicht hat deswegen eine öffentlich beglaubigte Freigabeerklärung des Insolvenzverwalters sowie einen Nachweis der Zustellung der Freigabeerklärung an den Grundstückseigentümer in öffentlicher Form (Gerichtsvollzieherprotokoll) verlangt.

Die Entscheidung – und das macht sie wertvoll – folgt dem nicht für die Situation, dass das Grundbuchamt den Insolvenzvermerk gelöscht hat. In diesem Fall verdeutlicht der Grundbuchauszug, dass der Insolvenzvermerk gelöscht ist. Dann erlaubt der gewöhnliche Geschehensablauf den Schluss, dass das Grundstück nicht mehr dem Insolvenzbeschlagnach unterliegt, denn die Löschung erfolgt entweder auf Ersuchen des Insolvenzgerichts oder einer Verfahrenserklärung des Insolvenzverwalters – jeweils in der gebotenen Form.

Anderes würde gelten, wenn sonstige Umstände die Situation als unredlich erscheinen lassen. Hierunter würden Fälle kollusiven – wohl auch strafbaren – Handelns fallen, die zusätzlich dem Notar bei Klauselerteilung bekannt sein müssten. Für die Gegenwart ist dies schlecht vorstellbar.

Die Entscheidung betrifft zwar nur eine Klauselerteilung, gilt aber – auch das macht sie wertvoll – zugleich für vergleichbare Situationen, insbesondere für den Verkauf durch den Insolvenzschuldner.

c) Den Notar entlastet die Senatsentscheidung. Unberührt bleibt, dass er als Träger eines öffentlichen Amtes den Sachverhalt zu prüfen hat, für Situationen der insolvenzrechtlichen Grundstücksfreigabe aber nicht deren Richtigkeit prüfen muss.

Im konkreten Fall hat der Notar Bedenken getragen und darum den Antrag auf Erteilung einer Vollstreckungsklausel gegen den eingetragenen Eigentümer zurückgewiesen. Rechtsmittel dagegen ist die Beschwerde.<sup>3</sup> Der Umstand, dass er im Rechtsmittelverfahren nicht bestätigt worden ist, macht ihn nicht zum Schuldner der Gerichtskosten.<sup>4</sup>

2 Für den Fall, dass die Vollstreckung der Insolvenzeröffnung nicht vorausgeht, sondern ihr folgt: BGH, Beschluss vom 14.4.2005, V ZB 25/05, DNotZ 2005, 840 unter b); bestätigt für deutschen Insolvenzschuldner und englischrechtliche bankruptcy: BGH, Beschluss vom 3.12.2011, V ZB 54/10, BGHZ 188, 177 Rdnr. 8.

3 § 54 Abs. 1 BeurkG, §§ 58 ff. FamFG; zur Rechtsbeschwerde gegen die gerichtliche Erstentscheidung: §§ 70 ff. FamFG; ausführlich zum Ganzen Regler, MittBayNot 2010, 261.

4 BVerfG, Beschluss vom 7.2.2013, 1 BvR 639/12, NJW 2013, 1588.

## 7. Unwiderruflichkeit der Zustimmung zur Veräußerung des Erbbaurechts

BGH, Beschluss vom 29.6.2017, V ZB 144/16 (Vorinstanz: OLG München, Beschluss vom 29.9.2016, 34 Wx 191/16)

*Erbbaurechtsgesetz § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 1, § 15*

*GBO § 18 Abs. 1 Satz 1, § 78 Abs. 3*

*BGB §§ 182, 183 Satz 1, § 873 Abs. 2, § 878*

*WEG § 12 Abs. 1*

### LEITSATZ:

**Ist als Inhalt des Erbbaurechts vereinbart, dass der Erbbauberechtigte zur Veräußerung des Erbbaurechts der Zustimmung des Grundstückseigentümers bedarf, wird die erteilte Zustimmung unwiderruflich, sobald die schuldrechtliche Vereinbarung über die Veräußerung wirksam geworden ist.**

### SACHVERHALT:

1 I. Die Beteiligte zu 2 ist Inhaberin eines Erbbaurechts an einem im Eigentum der Beteiligten zu 3 stehenden Grundstück. Zur Veräußerung des Erbbaurechts ist gemäß Grundbucheintrag die Zustimmung des Eigentümers erforderlich. Die Beteiligten zu 1 und 2 einigten sich notariell über die Übertragung des Erbbaurechts auf den Beteiligten zu 1 und beauftragten den Notar mit dem Vollzug der Urkunde sowie mit der Einholung der Genehmigung der Eigentümerin. Zudem vereinbarten sie, dass die Genehmigung mit deren Eingang beim Notar allen Beteiligten als zugegangen gelten solle. Die Beteiligte zu 3 erklärte mit unterschriebenem und mit Farbdruckesiegel der Stadt M versehenem Schreiben vom 19.2.2016 gegenüber dem Notar die Zustimmung zu „der Veräußerung des Grundstücks“ an den Beteiligten zu 1. Mit ebenfalls gesiegeltem Schreiben vom 4.4.2016 widerrief sie ihre Zustimmung zu dem „genannten Kaufvertrag“. Der Notar bewilligte aufgrund ihm erteilter Vollmacht am 15.4.2016 die Auffassung und stellte Eintragungsantrag, dem die Erklärung der Zustimmung und des Widerrufs der Beteiligten zu 3 beigefügt waren.

2 Das Grundbuchamt hat mit Zwischenverfügung das Fehlen der Eigentümerzustimmung beanstandet. Die hiergegen gerichtete Beschwerde des Beteiligten zu 1 hat das OLG zurückgewiesen. Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde wendet sich der Beteiligte zu 1 weiter gegen die Zwischenverfügung des Grundbuchamtes. Die Beteiligte zu 3 beantragt die Zurückweisung der Rechtsbeschwerde.

### AUS DEN GRÜNDEN:

3 II. Das Beschwerdegericht, dessen Entscheidung unter anderem in FGPrax 2016, 256 veröffentlicht ist, meint, das von dem Grundbuchamt aufgezeigte Eintragungshindernis bestehe, da die Beteiligte zu 3 ihre als Zustimmung zu der Übertragung des Erbbaurechts auszulegende Erklärung wirksam widerrufen habe. Zwar sei umstritten, ob eine nach § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 1 Erbbaurechtsgesetz erforderliche Zustimmung des Eigentümers zu der Übertragung des Erbbaurechts noch widerrufen werden könne, nachdem sie durch Zugang bei dem Erbbauberechtigten oder dem Erwerber wirksam geworden sei. Jedenfalls bis zur Stellung des Eintragungsantrags beim Grundbuchamt müsse die Zustimmungserklärung aber gemäß § 183 Satz 1 Hs. 1 BGB als unwiderruflich angesehen werden.

4 III. Die nach § 78 Abs. 1 GBO statthafte und auch im Übrigen gemäß § 78 Abs. 3 GBO i. V. m. § 71 FamFG zulässige Rechtsbeschwerde ist begründet. Die Annahme des Be-

schwerdegerichts, die Zwischenverfügung des Grundbuchamts sei zu Recht ergangen, hält einer rechtlichen Prüfung nicht stand.

5 1. Die Zwischenverfügung weist zwar einen zulässigen Inhalt i. S. v. § 18 Abs. 1 Satz 1 GBO auf. Sie zielt auf die Behebung eines Mangels des Antrags, der mit rückwirkender Kraft geheilt werden kann (vgl. zu diesem Erfordernis Senat, Beschluss vom 12.10.2016, V ZB 198/15, WuM 2017, 54 Rdnr. 6; Beschluss vom 26.6.2014, V ZB 1/12, FGPrax 2014, 192 Rdnr. 6). Eine erneute Zustimmung der Beteiligten zu 3 zu der Veräußerung des Erbbaurechts würde nach § 184 Abs. 1 BGB auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts zurückwirken.

6 2. Im Ansatz zutreffend geht das Beschwerdegericht auch davon aus, dass die Eintragung des Übergangs des Erbbaurechts auf den Beteiligten zu 1 gemäß § 15 Erbbaurechtsgesetz verfahrensrechtlich den Nachweis der nach § 5 Abs. 1 Erbbaurechtsgesetz erforderlichen Zustimmung der Beteiligten zu 3 in der Form des § 29 GBO voraussetzt und dass das Grundbuchamt das Vorliegen dieser Voraussetzung von Amts wegen zu prüfen hat (vgl. BayObLG, FGPrax 2001, 174, 176; MünchKomm-BGB/Heinemann, 7. Aufl., § 15 Erbbaurechtsgesetz Rdnr. 1; vgl. zu § 12 Abs. 1 WEG auch Senat, Beschluss vom 11.10.2012, V ZB 2/12, ZfIR 2013, 25 Rdnr. 6). Die Zustimmungserklärung der Beteiligten zu 3 vom 19.2.2016 genügt nach den Feststellungen des Beschwerdegerichts der Form des § 29 Abs. 3 GBO (vgl. zu dessen Voraussetzungen Senat, Beschluss vom 14.12.2016, V ZB 88/16, NJW 2017, 1951 Rdnr. 10 ff.) und dessen Auslegung der Erklärung dahin gehend, diese habe sich trotz ihres missverständlichen Wortlauts auf die Übertragung des Erbbaurechts bezogen, ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Sie entspricht dem Auslegungsgrundsatz, dass im Zweifel dasjenige gewollt ist, was nach den Maßstäben der Rechtsordnung vernünftig ist und der recht verstandenen Interessenlage entspricht (Senat, Urteil vom 3.6.2016, V ZR 166/15, WuM 2016, 702 Rdnr. 9 m. w. N.).

7 3. Entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts hat die Beteiligte zu 3 ihre Zustimmung aber nicht wirksam widerrufen, sodass das Grundbuchamt die Eintragung nicht von der Vorlage einer (weiteren) Zustimmungserklärung in der Form des § 29 GBO abhängig machen durfte.

8 a) Die Zustimmung zu der Veräußerung des Erbbaurechts ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, deren Voraussetzungen und Wirksamkeit nach den §§ 182 ff. BGB zu beurteilen ist (Lemke/Czub, Immobilienrecht, 2. Aufl., § 5 Erbbaurechtsgesetz Rdnr. 20). Die vorherige Zustimmung (Einwilligung) ist nach § 183 Satz 1 BGB bis zur Vornahme des Rechtsgeschäfts unwiderruflich, soweit nicht aus dem ihrer Erteilung zugrunde liegenden Rechtsverhältnis sich ein anderes ergibt. Folglich ist die Einwilligung des Grundstückseigentümers zu dem Vertrag, mit dem sich der Erbbauberechtigte zur Übertragung des Erbbaurechts auf den Dritten verpflichtet, bis zum Vertragsschluss unwiderruflich, die nach Vertragsschluss erteilte Zustimmung (Genehmigung) hingegen in Bezug auf das Verpflichtungsgeschäft unwiderruflich. Umstritten ist, bis zu welchem Zeitpunkt die Zustimmung zu dem dinglichen Rechtsgeschäft, also zu der Verfügung des Erbbauberechtigten über das Erbbaurecht widerrufen werden kann.

**9 aa)** Der BGH hat zu § 5 ErbbauRG (damals noch § 5 ErbbauVO) entschieden, dass die danach erforderliche Zustimmung des Grundstückseigentümers zu einer Verfügung über das Erbbaurecht bis zur Eintragung des Rechtsübergangs oder der Belastung im Grundbuch widerruflich ist (Urteil vom 27.9.1962, III ZR 83/61, NJW 1963, 36 f.). Dies wurde damit begründet, dass das Zustimmungserfordernis den Erbbauberechtigten in seiner Befugnis zur Verfügung über das Erbbaurecht beschränke (so auch schon Senat, Beschluss vom 8.7.1960, V ZB 8/59, BGHZ 33, 76, 85) und somit eine vom Gesetz zugelassene Ausnahme von dem in § 137 BGB aufgestellten Verbot der rechtsgeschäftlichen Verfügungsbeschränkung darstelle. Die unbeschränkte Verfügungsmacht müsse grundsätzlich in dem Augenblick vorhanden sein, in dem die Verfügung wirksam werden solle, bei der Verfügung über ein Erbbaurecht also bei der Eintragung dieser Rechtsänderung in das Grundbuch. Gehöre die Eintragung aber zum Tatbestand des zustimmungsbedürftigen Rechtsgeschäftes, dann sei eine zuvor erteilte Zustimmung eine Einwilligung i. S. d. § 183 BGB, die bis zur Vornahme der Eintragung widerruflich sei. Werde allerdings der Widerruf erst erklärt, nachdem die Einigung über die Rechtsänderung gemäß § 873 Abs. 2 BGB bindend geworden ist, so habe der dadurch bewirkte erneute Eintritt der Verfügungsbeschränkung gemäß § 878 BGB keinen Einfluss auf die bereits wirksam erfolgte Einigung (BGH, Urteil vom 27.9.1962, III ZR 83/61, a. a. O.).

**10 bb)** Rechtsprechung und Schrifttum sind dem ganz überwiegend gefolgt (OLG Köln, MittRhNotK 1996, 275 f.; OLG Düsseldorf, MittRhNotK 1996, 276 f.; *Böttcher*, Praktische Fragen des Erbbaurechts, 7. Aufl., Rdnr. 257; *ders.*, Rpfleger 1984, 377, 379; *Lemke/Czub*, Immobilienrecht, § 5 ErbbauRG Rdnr. 21; *Ermann/Grziwotz*, BGB, 14. Aufl., § 5 ErbbauRG Rdnr. 4; *Ingenstau/Hustedt/Hustedt*, ErbbauRG, 10. Aufl., § 5 Rdnr. 20; *MünchKomm-BGB/Heinemann*, § 5 ErbbauRG Rdnr. 4; von *Oefe/Winkler/Schlögel*, Handbuch Erbbaurecht, 6. Aufl., § 4 Rdnr. 183; *Palandt/Bassenge*, bis zur 72. Aufl., § 5 ErbbauRG Rdnr. 5; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 1783; *Staudinger/Gursky*, Neub. 2012, § 873 Rdnr. 189).

**11 cc)** Nach einer im Vordringen befindlichen Auffassung soll die Zustimmung zu der Verfügung über das Erbbaurecht hingegen nicht mehr widerrufen werden können, nachdem das schuldrechtliche Kausalgeschäft wirksam geworden ist (*Bauer/von Oefe/Kössinger*, GBO, 3. Aufl., § 19 Rdnr. 203; *Palandt/Wicke*, 76. Aufl., § 5 ErbbauRG Rdnr. 5; *Staudinger/Rapp*, Neub. 2017, §§ 5-7 ErbbauRG Rdnr. 1; *Kessler*, RNotZ 2005, 543, 547).

**12** Hierfür wird angeführt, bei dem nach § 5 ErbbauRG als Inhalt des Erbbaurechts vereinbarten Zustimmungserfordernis handele es sich nicht um eine Beschränkung der Verfügungsbefugnis des Berechtigten, sondern um eine an den Gegenstand der Übertragung anknüpfende Beschränkung der Übertragbarkeit, d. h. um eine auf der Ebene des Rechts selbst eintretende sog. Fungibilitätseinschränkung (*Kessler*, a. a. O.; *Kössinger*, a. a. O., Rdnr. 202 f.). Diese werde aber mit einer wirksamen Zustimmungserklärung materiellrechtlich unwiderruflich beseitigt, sodass spätere Veränderungen, etwa ein Wechsel des Zustimmungsberechtigten, nicht von Bedeu-

tung seien (*Kössinger*, a. a. O., Rdnr. 203; im Ergebnis auch *Kessler*, a. a. O.; *Staudinger/Rapp*, a. a. O.).

**13 b)** Die letztgenannte Ansicht ist im Ergebnis richtig. Ist als Inhalt des Erbbaurechts vereinbart, dass der Erbbauberechtigte zur Veräußerung des Erbbaurechts der Zustimmung des Grundstückseigentümers bedarf, wird die erteilte Zustimmung unwiderruflich, sobald die schuldrechtliche Vereinbarung über die Veräußerung wirksam geworden ist.

**14 aa)** Zwar spricht der Wortlaut von § 183 Satz 1 Hs. 1 BGB dafür, dass die Einwilligung in die Verfügung über das Erbbaurecht als mehraktiges Rechtsgeschäft, das erst mit der Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch als letztem Teilakt vorgenommen ist, bis zu diesem Zeitpunkt bzw. so lange widerruflich ist, bis die Einigung des Erbbauberechtigten und des Dritten nach den §§ 878, 873 Abs. 2 BGB bindend geworden ist. Die Widerruflichkeit besteht nach § 183 Satz 1 Hs. 2 BGB aber nur, soweit nicht aus dem Rechtsverhältnis, das der Erteilung der Einwilligung zugrunde liegt, sich ein anderes ergibt. Dies ist bei dem Rechtsverhältnis zwischen Erbbauberechtigtem und Grundstückseigentümer der Fall. Entstehungsgeschichte, Systematik sowie Sinn und Zweck der das Rechtsverhältnis von Erbbauberechtigtem und Grundstückseigentümer in Bezug auf das als Inhalt des Erbbaurechts vereinbarte Zustimmungserfordernis regelnden §§ 5, 6 ErbbauRG sprechen dafür, dass die Zustimmung zu der Veräußerung oder Belastung des Erbbaurechts nur einheitlich erteilt und nicht mehr widerrufen werden kann, nachdem das schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäft wirksam geworden ist. Auf die Frage der dogmatischen Einordnung des Zustimmungserfordernisses kommt es dabei nicht entscheidend an.

**15 (1)** Nach der Gesetzesbegründung zu den §§ 5, 6 ErbbauRG (damals noch ErbbauRVO) sollte dem Grundstückseigentümer die Möglichkeit eingeräumt werden, den Verkauf des Erbbaurechts zu Spekulationszwecken oder dessen übermäßige Belastung mit – bei vorzeitigem Heimfall nicht erlöschenden – Grundpfandrechten zu verhindern (Erste Beilage zum Deutschen Reichsanzeiger und Preußischen Staatsanzeiger Nr. 26, 1919, S. 2). Aus diesen Gründen wurde eine Vorschrift für erforderlich gehalten, nach der die Veräußerung und die hypothekarische Belastung des Erbbaurechts von der Zustimmung des Eigentümers derart abhängig gemacht werden kann, dass eine vertragswidrige Veräußerung oder Belastung unwirksam ist (a. a. O.). Der Gesetzgeber ist folglich davon ausgegangen, dass der Eigentümer der Veräußerung oder Belastung des Erbbaurechts nur einheitlich entweder zustimmen oder diese Zustimmung verweigern kann.

**16 (2)** Auch § 6 Abs. 1 ErbbauRG, wonach die Verfügung des Erbbauberechtigten über das Erbbaurecht und der Vertrag, durch den er sich zu einer solchen Verfügung verpflichtet, unwirksam sind, solange nicht der Grundstückseigentümer die erforderliche Zustimmung erteilt hat, spricht dafür, dass das Gesetz auf einen Gleichlauf des rechtlichen Schicksals von schuldrechtlichem Kausalgeschäft und dinglichem Verfügungsgeschäft abzielt. Zwar differenziert die Regelung zwischen Kausal- und Verfügungsgeschäft. Diese Differenzierung dient aber nicht dem Ziel, die getrennte und je für sich isoliert zu betrachtende Zustimmungsbefugnisse beider Geschäfte anzuordnen. Vielmehr soll der Erbbauberechtigte ersichtlich

gerade davor geschützt werden, dass er das schuldrechtliche Kausalgeschäft erfüllen muss, obwohl er hierzu vor Erteilung der Zustimmung bzw. nach deren Versagung nicht in der Lage ist (MünchKomm-BGB/ *Heinemann*, § 6 ErbbauRG Rdnr. 3).

**17** Diesem Regelungsziel liefe es zuwider, wenn der Widerruf der Zustimmung zu dem Verfügungsgeschäft zu einem Zeitpunkt möglich wäre, bei dem das Verpflichtungsgeschäft bereits wirksam und bindend geworden ist. Der Veräußerer bliebe in einer solchen Situation dem Erwerber gegenüber schuldrechtlich verpflichtet, ohne diesen Anspruch erfüllen zu können. Zudem liefe der Erwerber regelmäßig Gefahr, dass der Kaufpreis zu einem Zeitpunkt fällig wird, zu dem nicht sichergestellt ist, dass alle Voraussetzungen für die Vertragsdurchführung gegeben sind (vgl. *Kesseler*, RNotZ 2005, 542, 544 f.; Gutachten des Deutschen Notarinstituts, DNotI-Report 2004, 165, 166). Dieses Ergebnis ließe sich nur vermeiden, wenn die Genehmigung des Verpflichtungsgeschäfts und des Verfügungsgeschäfts als Einheit angesehen würde. Dann führte zwar der Widerruf der Genehmigung des Verfügungsgeschäfts auch zum Fortfall der Genehmigung des Verpflichtungsgeschäfts. Im Ergebnis hinge die Wirksamkeit des Verpflichtungsgeschäfts damit aber von seiner Erfüllung ab. Das entspricht weder praktischen Bedürfnissen noch den Vorstellungen des Gesetzgebers, der in § 6 Abs. 1 ErbbauRG davon ausgeht, dass das Verpflichtungsgeschäft mit der Erteilung der Genehmigung wirksam wird.

**18** Die Aufspaltung des Veräußerungsvorgangs wäre nicht durch Sachgründe gerechtfertigt, sondern allein Folge des Abstraktionsprinzips, d. h. der Trennung zwischen schuldrechtlichem Verpflichtungs- und dinglichem Verfügungsgeschäft. Diese dient aber nicht dazu, dem Grundstückseigentümer, der die Zustimmung zur Veräußerung des Erbbaurechts erteilt hat, eine weitere Überlegungsfrist einzuräumen.

**19** (3) Sinn und Zweck der §§ 5, 6 ErbbauRG erfordern es auch unter Berücksichtigung der Interessen des Erbbauberechtigten, des Erwerbers und des Grundstückseigentümers nicht, letzterem den Widerruf seiner zu der Veräußerung des Erbbaurechts erteilten Zustimmung in Bezug auf das dingliche Rechtsgeschäft zu ermöglichen. Dieser hat es in der Hand, vor Erteilung der Zustimmung zu prüfen, ob berechtigte Gründe (vgl. § 7 Abs. 1 und 3 ErbbauRG) für deren Verweigerung vorliegen. Aber auch wenn ihm trotz entsprechender Prüfung erst nach Erteilung der Zustimmung Umstände bekannt werden, die ihn zur Versagung der Zustimmung berechtigen würden, erscheint der Grundstückseigentümer hinsichtlich der Widerruflichkeit seiner Erklärung nicht schutzbedürftiger und -würdiger als der Erbbauberechtigte, der bei einem möglichen Widerruf der Zustimmung seine wirksam bleibende schuldrechtliche Verpflichtung zur Übertragung des Erbbaurechts nicht mehr erfüllen könnte.

**20** bb) Für den Ausschluss der Widerruflichkeit der Zustimmung nach Wirksamkeit des Verpflichtungsgeschäfts spricht schließlich auch der Gleichlauf mit dem Wohnungseigentumsrecht, bei dem gemäß § 12 Abs. 1 WEG – der § 5 Abs. 1 ErbbauRG nachgebildet ist – als Inhalt des Sondereigentums vereinbart werden kann, dass ein Wohnungseigentümer zur Veräußerung seines Wohnungseigentums der Zustimmung anderer Wohnungseigentümer oder eines Dritten bedarf. Die

inzwischen überwiegende Ansicht nimmt insoweit an, dass die Zustimmung zu der Auflassung nicht mehr widerrufen werden kann, sobald die Zustimmung zu dem schuldrechtlichen Kausalgeschäft wirksam geworden ist (vgl. OLG München, ZWE 2012, 93, 94; OLG Düsseldorf, NJW-RR 2011, 1456, 1457; MünchKomm-BGB/*Commichau*, § 12 WEG Rdnr. 45; Demharter, GBO, 30. Aufl., Anhang zu § 3 Rdnr. 38; Jennißen/*Grziwotz*, WEG, 5. Aufl., § 12 Rdnr. 34; Palandt/*Wicke*, § 12 WEG Rdnr. 11; Schöner/*Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 2904a; Bärmann/*Suilmann*, WEG, 13. Aufl. 2005, § 12 Rdnr. 33; a. A. Staudinger/*Kreuzer*, § 12 WEG Rdnr. 56; vgl. zur Fortwirkung der Zustimmung des Verwalters nach Verwalterwechsel Senat, Beschluss vom 11.10.2012, V ZB 2/12, BGHZ 195, 120 Rdnr. 12 ff.).

**21** cc) Dem Ausschluss der Widerruflichkeit der Zustimmung nach Wirksamwerden des schuldrechtlichen Vertrages steht die Entscheidung des BGH nicht entgegen, wonach die Zustimmung des Grundstückseigentümers zu einer Verfügung über das Erbbaurecht bis zu der Eintragung des Rechtsübergangs oder der Belastung im Grundbuch widerruflich ist (Urteil vom 27.9.1962, III ZR 83/61, NJW 1963, 36 f.). Diese Entscheidung betraf allein den Widerruf der Zustimmung zur Bestellung einer Sicherungshypothek an dem Erbbaurecht, folglich nur ein dingliches Rechtsgeschäft. Der BGH hatte sich daher nicht mit der hier zur Entscheidung stehenden Frage zu befassen, ob die Zustimmung zur Veräußerung des Erbbaurechts nach Wirksamwerden des schuldrechtlichen Kausalgeschäfts noch widerrufen werden kann.

(...)

## 8. Anspruch auf Grundbuchberichtigung ohne Vorlage eines Erbscheins

OLG München, Beschluss vom 18.9.2017, 34 Wx 262/17

*RPflG* § 11 Abs. 1

*GBO* § 18 Abs. 1, §§ 19, 22 Abs. 1 Satz 1, §§ 29, 35 Abs. 1 Satz 1 und 2, §§ 52, 71 Abs. 1

*BGB* § 883 Abs. 1, §§ 894, 1922 Abs. 1, §§ 1939, 2147, 2174, 2231 Nr. 1, §§ 2270, 2271, 2276 Abs. 1, § 2289 Abs. 1 Satz 1 und 2

### LEITSATZ:

**Der Vorlage eines Erbscheins zur Grundbuchberichtigung bedarf es trotz Konkurrenz zwischen einem urkundlichen Erbvertrag und früher sowie später errichteten privatschriftlichen sowie erbvertraglichen Verfügungen von Todes wegen nicht, wenn sich die Erbfolge aus den gesetzlichen Rechtsfolgen der Bindungswirkung vertragsmäßiger Verfügungen ergibt und tatsächliche Umstände nicht aufzuklären sind.**

## 9. Erforderlichkeit der Voreintragung der Erben im Grundbuch vor Eintragung einer Finanzierungsgrundschuld auf Antrag eines transmortal Bevollmächtigten

OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 27.6.2017, 20 W 179/17  
GBO §§ 39, 40, 71 Abs. 1, §§ 72, 73, 75

### LEITSÄTZE:

- 1. Die Ausnahmevorschrift des § 40 GBO zielt darauf ab, die Eintragung des Erben zu vermeiden, wenn dieser durch Übertragung des ererbten Rechts ohnehin alsbald wieder aus dem Grundbuch ausscheidet, um den Beteiligten die Kosten einer unnötigen Eintragung zu ersparen. (Leitsatz der Schriftleitung)**
- 2. Der Übertragung eines Rechts ist dessen Sicherung durch die Eintragung einer Auflassungsvormerkung gleichzustellen, sodass deren Eintragung entsprechend § 40 Abs. 1 GBO nicht der Voreintragung des Erben bedarf. Gleiches gilt, wenn neben der Auflassungsvormerkung eine Finanzierungsgrundschuld eingetragen wird. (Leitsatz der Schriftleitung)**
- 3. Das Handeln eines transmortal Bevollmächtigten ist rechtskonstruktiv vergleichbar mit dem Handeln eines Nachlasspflegers, für welches die Ausnahme vom Voreintragungsgrundsatz nach § 40 Abs. 1 Alt. 2 GBO ausdrücklich gilt. (Leitsatz der Schriftleitung)**

### SACHVERHALT:

**1** I. Der Antragsteller zu 1 und seine Ehefrau sind seit dem Jahr 1978 jeweils zu 1/2 Eigentümer des streitgegenständlichen Wohnungsgrundbesitzes nebst Garage (...). Die Ehefrau des Antragstellers zu 1 verstarb am (...) 2017.

**2** Die Eheleute schlossen am 25.4.1990 unter Beteiligung ihrer einzigen Tochter einen Erbvertrag, in welchem sie sich gegenseitig als alleinige und unbeschränkte Erben einsetzten mit der Maßgabe, dass der überlebende Ehegatte über den Nachlass frei verfügen könne. Die gemeinsame Tochter verzichtete hierin auf Pflichtteils- und Pflichtteilergänzungsansprüche. Für den Fall, dass anderweitige Verfügungen vom Überlebenden nicht getroffen werden, setzten die Eheleute ihre Enkelin, die Antragstellerin zu 3, als Erbin des Längstlebenden ein. Mit Datum vom 10.3.1994 errichteten die Eheleute ein gemeinschaftliches Testament, in welchem sie sich gegenseitig zu Alleinerben und ihre Tochter als Erbin des Längstlebenden einsetzten und den Erbvertrag aus dem Jahr 1990 für ungültig erklärten. (...)

**3** Mit Datum vom 21.5.2013 erteilte die Ehefrau des Antragstellers zu 1 dem Antragsteller zu 1 eine Vorsorgevollmacht, welche mit Geltung über den Tod hinaus auch die Vermögenssorge umfasst.

**4** Am 31.3.2017 schloss der Antragsteller zu 1, aufgrund der erteilten Vollmacht auch handelnd für seine verstorbene Ehefrau, mit den Antragstellern zu 2 und zu 3 einen notariellen Kaufvertrag mit Auflassungserklärung bezüglich des streitgegenständlichen Wohnungsgrundbesitzes mit Garage. In Ziffer B § 18 des notariellen Vertrages bewilligte der Antragsteller auch im Namen seiner verstorbenen Ehefrau die Eintragung einer Auflassungsvormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Eigentumsübertragung. Mit gleichem Datum erfolgte seitens der Vertragsbeteiligten die Bestellung einer Grundschuld (...) zur Finanzierung der Kaufpreisforderung seitens der Antragsteller zu 2 und zu 3.

**5** Mit Schriftsatz vom 11.4.2017 hat der verfahrensbevollmächtigte Notar die Eintragung der Grundschuld sowie im Range nach dieser der Auflassungsvormerkung beantragt.

(...)

**7** Die Grundbuchrechtspflegerin hat mit Zwischenverfügung beantragt, dass zur Eintragung der Grundschuld die vorherige Berichtigung des Eigentümergeintrages erforderlich sei. Daher sei entweder ein Grundbuchberichtigungsantrag nebst Erbschein vorzulegen (da ein Erbvertrag und ein handschriftliches Testament existierten) oder der Antrag auf Eintragung der Grundschuld zurückzunehmen.

(...)

**10** Daraufhin hat der verfahrensbevollmächtigte Notar namens der Beteiligten gegen die Zwischenverfügung Beschwerde eingelegt. Er hat ausgeführt, eine Voreintragung der Erben nach § 39 Abs. 1 GBO sei nicht erforderlich, wenn – wie vorliegend – ein postmortal Bevollmächtigter handele, und zwar selbst dann, wenn die Eintragung weder die Rechtsübertragung noch die Rechtsaufhebung betreffe (§ 40 GBO analog).

**11** Die Grundbuchrechtspflegerin hat mit Beschluss vom 8.6.2017 (...) der Beschwerde nicht abgeholfen und die Akte dem OLG zur Entscheidung über die Beschwerde übersandt. Sie hat ausgeführt, die Belastung des Grundbesitzes der Erben sei in § 40 GBO nicht als Ausnahme zugelassen, sodass für die Eintragung der Belastung die vorherige Grundbuchberichtigung erforderlich sei.

### AUS DEN GRÜNDEN:

(...)

**13** Die Beschwerde hat auch in der Sache Erfolg, da die Zwischenverfügung nicht gerechtfertigt ist.

(...)

**15** Aufgrund der umfassenden Ermächtigung in der transmortalen Vollmacht der Erblasserin hat der Antragsteller zu 1 als Bevollmächtigter innerhalb der ihm eingeräumten Vertretungsmacht die Befugnis, über das zum Nachlass gehörende Vermögen in Vertretung des Erben zu verfügen, ohne dass er den Erben, für den er handelt, namhaft machen müsste (Senat, NotBZ 2015, 268; Senat, Beschluss vom 6.2.2014, 20 W 23/2014, m. w. N., n. v.).

**16** Das in der angegriffenen Zwischenverfügung aufgezeigte Hindernis besteht nicht. Denn entgegen der seitens der Grundbuchrechtspflegerin vertretenen Auffassung ist in der vorliegenden Fallgestaltung die Voreintragung des Erben der noch als Eigentümerin zu 1/2 eingetragenen Erblasserin gemäß § 39 GBO im Hinblick auf die einzutragende Grundschuld nicht erforderlich.

**17** Nach der Ausnahmeregelung des § 40 Abs. 1 GBO ist der Erbe unter bestimmten Voraussetzungen vom Zwang der Voreintragung befreit, um ihm die Kosten einer Eintragung zu ersparen, die bei der Übertragung oder Aufhebung des Rechts sogleich wieder zu löschen wäre (Meikel/Böttcher, GBO, 11. Aufl., § 40 Rdnr. 1).

**18** Nach ganz allgemeiner Auffassung ist der Übertragung eines Rechts hierbei dessen Sicherung durch die Eintragung einer Auflassungsvormerkung gleichzustellen, sodass deren Eintragung nicht der Voreintragung des Erben bedarf (Meikel/Böttcher, § 40 Rdnr. 26 m. w. N.; KEHE/Volmer, Grundbuchrecht, 7. Aufl., § 40 Rdnr. 13; Demharter, GBO, § 40 Rdnr. 17; Bauer/von Oefele, Grundbuchordnung, 3. Aufl., § 40 Rdnr. 17).

**19** Die Frage, ob bei einzutragenden Finanzierungsgrundpfandrechten die Voreintragung des Erben erforderlich ist, ist hingegen umstritten.

**20** Nach früher einhellig vertretener Auffassung ist die Voreintragung der Erben des noch als Eigentümer eingetragenen Erblassers nach dem Grundsatz des § 39 Abs. 1 GBO erforderlich, da die Ausnahmeregelung des § 40 Abs. 1 GBO für Finanzierungsgrundpfandrechte nicht eingreife. Argumentiert wird diesbezüglich vorrangig mit dem Wortlaut der Ausnahmenvorschrift des § 40 Abs. 1 GBO, da es sich bei der begehrten Eintragung einer Finanzierungsgrundschuld nicht um die Übertragung oder Aufhebung eines Rechts handle. Die Vorschrift des § 40 Abs. 1 GBO solle dem Berechtigten seine Voreintragung nur deshalb ersparen, weil er sogleich wieder aufhören werde, Berechtigter zu sein. Insofern sei die Anwendung des § 40 Abs. 1 GBO zwar möglich, wenn der nicht eingetragene Erbe mit der Übertragung des Rechts eine Belastung oder Inhaltsänderung verbunden habe. Dies sei jedoch auf Fälle zu beschränken, in denen der Erbe sofort mit der Belastung aus dem Grundbuch verschwinde (KG, Beschluss vom 2.8.2011, 1 W 243/11, FGPrax 2011, 270 m. w. N.; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 142; Demharter, GBO, § 40 Rdnr. 17; KEHE/Volmer, § 40 Rdnr. 16; Bauer/von Oefele, Grundbuchordnung, § 40 Rdnr. 19).

**21** Der Senat sieht jedoch keine Hinderungsgründe, bei der vorliegenden Fallgestaltung § 40 Abs. 1 Alt. 2 GBO entsprechend anzuwenden. Auch wenn die Eintragungsbewilligung nicht von der Erblasserin herrührt, so ist sie doch durch die Erklärung des transmortal bevollmächtigten Antragstellers zu 1 für den Erben bindend geworden. Das Handeln des transmortal bevollmächtigten Antragstellers zu 1 ist rechtskonstruktiv vergleichbar mit dem Handeln eines Nachlasspflegers, für welches die Ausnahme vom Voreintragungsgrundsatz nach § 40 Abs. 1 Alt. 2 GBO ausdrücklich gilt (so bereits Senat, Beschluss vom 6.2.2014, a. a. O.). Hinzu kommt, dass auch bei der vorliegenden Fallgestaltung der Gesetzeszweck der Ausnahmenvorschrift des § 40 GBO zutrifft: Diese zielt auf die Vermeidung der Eintragung des Erben, wenn dieser durch Übertragung des ererbten Rechts ohnehin alsbald wieder aus dem Grundbuch ausscheidet, um den Beteiligten die Kosten einer unnötigen Eintragung zu ersparen (BGH, NJW 2011, 525; Senat, Beschluss vom 6.2.2014, a. a. O.). Schließlich erscheint von diesem Gesetzeszweck her eine Differenzierung zwischen der Eintragung der Auflassungsvormerkung, bei der wie erläutert nach allgemeiner Meinung keine Voreintragung der Erben erforderlich sein soll, und der Eintragung von Finanzierungsbelastungen (wie der hier beantragten Eintragung einer Grundschuld), bei der die Voreintragung der Erben für zwingend erachtet wird, nicht gerechtfertigt. Denn auch in der Konstellation, in der neben der Auflassungsvormerkung eine Finanzierungsgrundschuld eingetragen wird, steht von vornherein fest, dass eine Eintragung im Grundbuch auf den Käufer innerhalb verhältnismäßig kurzer Zeit nachfolgen wird. Die Finanzierungsgrundschuld ist ohne Weiteres identifizierbar, da sie entweder bei Abschluss des Erwerbsvorgangs von dem Erben bzw. dem vom Erblasser Bevollmächtigten und dem Käufer gemeinsam oder binnen kurzer Zeit nach Abschluss des Kaufvertrags vom Käufer aufgrund einer im Kaufvertrag erteilten Finanzierungsvollmacht bestellt wird (Senat,

Beschluss vom 6.2.2014, a. a. O.; so auch *Milzer*, DNotZ 2009, 325 ff.; ebenso *Meikel/Böttcher*, GBO, § 40 Rdnr. 28).

**22** Da eine Voreintragung des Erben zur Eintragung der Grundschuld in entsprechender Anwendung von § 40 Abs. 1 Alt. 2 GBO nicht erforderlich ist, ist die angegriffene Zwischenverfügung vom 25.4.2017 nicht gerechtfertigt und war demgemäß aufzuheben.

(...)

#### ANMERKUNG:

Von Notariatsdirektor **Lutz Milzer**, Mosbach/Karlsruhe

In die Rechtsprechung zur Entbehrlichkeit einer Voreintragung gemäß § 40 GBO scheint Bewegung zu kommen. Die OLGe<sup>1</sup> und die bisher herrschende Meinung<sup>2</sup> halten § 40 GBO für eine nicht analogiefähige Ausnahmeregelung, die auf die Eintragung von Belastungen allenfalls dann Anwendung finden könne, wenn die Belastung wie – etwa eine Erwerbsvormerkung – gleichzeitig mit dem Vollzug des Eigentumswechsels gelöscht werde. Eine Erbauseinandersetzung oder ein Immobilienverkauf für Rechnung einer Erbengemeinschaft unter Verwendung einer transmortalen Vollmacht waren daher bisher kaum möglich, wenn – wie zumeist – der Erwerber eine Finanzierungsgrundschuld bestellen musste.

Das OLG Frankfurt hat sich nunmehr nach einem unveröffentlicht gebliebenem Beschluss vom 6.2.2014 (20 W 23/2014) erstmals auch in einer veröffentlichten Entscheidung der im Schrifttum immer häufiger vertretenen Auffassung<sup>3</sup> angeschlossen, dass die Voreintragung auch bei der Bestellung einer Finanzierungsgrundschuld wegen vergleichbarer Interessenlage mit der in § 40 GBO ausdrücklich erwähnten Veräußerung durch einen Nachlasspfleger entbehrlich sein soll.

Mit einer erweiterten Anwendbarkeit des § 40 GBO würde die Rechtsprechung einem dringenden Bedürfnis der Beurkundungspraxis entgegenkommen.

#### 1. Voreintragung als Kostenfaktor

Zunächst erweist sich die Berichtigung des Grundbuchs als Kostenfaktor, wenn der Erblasser es versäumt hat, ein gemäß § 35 GBO als Erbnachweis anererkennungsfähiges notarielles Testament zu errichten. Nachdem § 40 GNotKG die frühere Kostenprivilegierung gemäß § 49 Abs. 2 i. V. m. § 107 Abs. 3 KostO nicht übernommen hat, sind die Kosten für die Beantragung und Erteilung des Erbscheins auch bei einem nur zu einem kleinen Teil aus Grundbesitz bestehenden Nachlass nicht mehr auf der Grundlage des Immobilienwertes, sondern zwingend nach dem Wert des Gesamtnachlasses zu berechnen. Bei einem beispielhaft

1 Zuletzt KG, Beschluss vom 2.8.2011, 1 W 243/11, NJOZ 2011, 212.

2 Schöner/Stöber/*Riedel/Volmer/Wilsch*, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rdnr. 142.

3 *Milzer*, DNotZ 2009, 325 ff.



angenommenen Gesamtnachlass von 2 Mio. € ist daher unabhängig vom Wertanteil der Immobilie für die Beantragung und Erteilung des Erbscheins mit Gebühren von mindestens 6.670 € zuzüglich 633,65 € Umsatzsteuer bei notarieller Beurkundung des Erbscheinsantrags zu rechnen. Hätte unser Testierer stattdessen inklusive Beratung durch den Notar 3.335 € zuzüglich 633,65 € Umsatzsteuer in die gemäß § 35 GBO als Erbnachweis anerkenneungsfähige Errichtung eines notariellen Testaments investiert, wäre sein Nachlass mit weiteren Gerichtskosten von 100 € gemäß Nr. 12101 KV zum GNotKG davongekommen. Erbrechtsberater, die diesen Kostenvorteil notarieller Testamente gegenüber dem Mandanten unerwähnt lassen und stattdessen die Errichtung eines von ihnen entworfenen handschriftlichen Testaments propagieren, handeln vor diesem Hintergrund definitiv kunstfehlerhaft.

## 2. Voreintragung und transmortal Vollmacht

Aber auch abgesehen vom Kostenargument kann die Verwendbarkeit einer transmortalen Vollmacht die Veräußerung von Nachlassimmobilien erheblich erleichtern, wenn nicht sogar erst ermöglichen.

Soweit Erben unbekannt oder schwer zu ermitteln sind, erübrigt sich aufgrund der Vollmacht die Bestellung eines Nachlasspflegers, die nicht nur Kosten verursacht, sondern auch die Verkehrsfähigkeit einer Immobilie wegen der gerichtlichen Genehmigungserfordernisse gemäß § 1960 i. V. m. §§ 1915 und 1821 BGB beschränkt.

Selbst dann, wenn ein Erbnachweis vorläge und womöglich sogar schon als Berichtigung im Grundbuch vollzogen wäre,<sup>4</sup> könnte die Nutzung einer transmortalen Vollmacht geboten sein, da diese einen rechtswirksamen Vertragsschluss auch dann ermöglicht, wenn einzelne Miterben minderjährig oder geschäftsunfähig sind.<sup>5</sup>

## 3. Risiken des Verkaufs ohne Voreintragung

Eine ganz andere Frage ist allerdings, ob der Notar verpflichtet ist, auf die Möglichkeit des Erwerbs vom transmortal Bevollmächtigten hinzuweisen oder die Nutzung einer transmortalen Vollmacht gar zu empfehlen. Dies ist angesichts der Risiken eines derartigen Erwerbs für den Käufer eindeutig zu verneinen.

<sup>4</sup> Vgl. OLG Frankfurt, Beschluss vom 23.5.2013, 20 W 142/13, ZEV 2014, 202; Weidlich, ZEV 2016, 57, 59.

<sup>5</sup> RG, Urteil vom 10.1.1923, V 385/22, RGZ 106, 185, 186; Weidlich, ZEV 2016, 57, 61.

Die Vorlage der Vollmacht im Original oder in Ausfertigung begründet gemäß § 172 BGB zwar einen guten Glauben an den Bestand bzw. Fortbestand der Vollmacht, kann für den Grundstückserwerber aber keine weiter gehenden Rechte begründen als dem Vollmachtgeber tatsächlich zustehen. Daher begründet der Verkauf eines Nachlassgrundstücks nur beim Erwerb vom Erben für diesen eine Eigenverbindlichkeit. Bei einem Erwerb vom transmortal Bevollmächtigten muss der Käufer dagegen befürchten, dass der Erbe seine Haftung aus dem Kaufvertrag auf den Nachlass beschränken kann.<sup>6</sup>

Entscheidend ist aber Folgendes: Der Grundstückserwerber sollte nicht nur vor einer Beschränkung der Erbenhaftung geschützt werden, sondern vor allem auch vor nicht erkannten Mängeln der Verfügungsmacht aufseiten des Verkäufers. Aus diesem Grund muss der dem sichersten Weg verpflichtete Notar entweder mit Blick auf § 2366 BGB die Vorlage eines Erbscheins verlangen oder – soweit nur ein öffentliches Testament mit Eröffnungsprotokoll als Erbnachweis vorliegt – wegen § 892 BGB die Berichtigung des Grundbuchs abwarten.<sup>7</sup> Nur dann kann der Käufer etwaige Mängel der Verfügungsmacht des Erblassers gutgläubig überwinden.

## 4. Schlussbemerkung

Sollte sich die Rechtsprechung des OLG Frankfurt durchsetzen, entfele einerseits der Anreiz, dem Grundbuchamt gegenüber in der Vertragsurkunde das Ableben des Vollmachtgebers wider besseren Wissens zu verheimlichen, um die Eintragung der Finanzierungsgrundschuld gegen den für die Rechtswirksamkeit der Grundschuld belanglosen Voreintragungsgrundsatz der Sollbestimmung des § 39 Abs. 1 GBO zu ermöglichen. Insoweit stellt sich die Frage, ob ein Notar, der das Verheimlichen empfiehlt, amtspflichtwidrig handelt. Dies dürfte zu verneinen sein, da eine diesbezügliche notarielle Mitteilungspflicht gegenüber dem Grundbuchamt nicht ersichtlich ist. Andererseits könnte dagegen der Notar angesichts der erwähnten Risiken des Erwerbs vom transmortal Bevollmächtigten seine Neutralitätspflicht und die sonstigen Pflichten aus § 17 BeurkG verletzen, wenn er dem Käufer gegenüber die nur ihm und dem Verkäufer bekannte Tatsache verschweigen würde, dass der Vollmachtgeber bereits verstorben ist.

<sup>6</sup> Milzer, NotBZ 2009, 482, 484.

<sup>7</sup> Milzer, DNotZ 2009, 325, 330 m. w. N.

## 10. Widerruflichkeit der Verwalterzustimmung bis zum Eingang des Antrags auf Eigentumsumschreibung beim Grundbuchamt

OLG München, Beschluss vom 31.5.2017, 34 Wx 386/16

GBO § 18 Abs. 1, §§ 19, 29 Abs. 1 Satz 1

WEG § 12 Abs. 1 und Abs. 3 Satz 1

BGB § 130 Abs. 1 Satz 1 und 2, §§ 133, 137, 182 Abs. 1, § 183 Abs. 1, §§ 275, 873 Abs. 1 und 2, §§ 878, 925 Abs. 1 und 2

Erbbaurecht § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 1

### LEITSÄTZE:

- 1. Ist als Inhalt des Sondereigentums vereinbart, dass ein Wohnungseigentümer zur Veräußerung seines Wohnungseigentums der Zustimmung anderer Wohnungseigentümer oder eines Dritten (hier: des WEG-Verwalters) bedarf, so stellt dies eine Verfügungsbeschränkung als Ausnahme von § 137 Satz 1 BGB dar (Aufgabe der Senatsrechtsprechung im Beschluss vom 27.6.2011, 34 Wx 135/11).**
- 2. Die Zustimmung zum dinglichen Rechtsgeschäft kann bis zum Eingang des Umschreibungsantrags beim Grundbuchamt auch dann widerrufen werden, wenn die Zustimmung zum schuldrechtlichen Vertrag wirksam erteilt war (Anschluss an AG Zossen, ZWE 2015, 37; a. A. OLG Düsseldorf, DNotZ 2011, 625).**

### SACHVERHALT:

1 I. Die Beteiligten zu 1 und 2 sind als Miteigentümer von Wohnungseigentum verbunden mit Sondereigentum an insgesamt vier Wohnungen eines Ferienparks im Grundbuch eingetragen.

2 Die Anlage II zur Teilungserklärung für diese Anlage vom 19.10.1972 bestimmt in § 6 – Veräußerung:

3 „1. Die Veräußerung des Appartamenteigentums sowie die Bestellung eines Dauerwohnrechts daran bedürfen der Billigung des Verwalters. Dies gilt nicht im Falle der Veräußerung im Wege der Zwangsvollstreckung oder durch den Konkursverwalter. Die Einwilligung darf nur aus wichtigem Grund verweigert werden. Als wichtiger Grund gilt insbesondere der begründete Zweifel, dass der Erwerber die ihm als Anteilseigner gegenüber den anderen Wohnungseigentümern obliegenden finanziellen Verpflichtungen erfüllen wird.

4 2. Der Veräußerer hat dem Erwerber aufzuerlegen:

- a) die Rechte und Pflichten dieser Gemeinschafts- und Verwaltungsordnung anzuerkennen und zu respektieren;
- b) sich wegen der Umlagen und des Hausgeldes nach Maßgabe dieser Ordnung der sofortigen Zwangsvollstreckung in sein gesamtes Vermögen zu unterwerfen;
- c) in den mit dem Verwalter geschlossenen Vertrag einzutreten;
- d) die gleichen Vollmachten zu erteilen;
- e) alles dies bei einer Weiterveräußerung des Appartamenteigentums seinem Rechtsnachfolger mit der Maßgabe aufzuerlegen, dass auch er verpflichtet ist, dementsprechend alle weiteren Rechtsnachfolger zu verpflichten.

5 3. Der Veräußerer hat den Verwalter vor Abschluss des Vertrags von einer beabsichtigten Veräußerung zu unterrichten und ihm den Erwerber namhaft zu machen.

6 4. Der Veräußerer kann nicht verlangen, dass das Verwaltungsvermögen, insbesondere die Instandhaltungsrücklage, auseinandergesetzt und ihm sein Anteil ausbezahlt wird. Sämtliche vom Veräußerer bereits geleisteten Zahlungen und Rücklagen gehen auf den Erwerber über. Der Erwerber haftet gesamtschuldnerisch für etwaige Rückstände, mit Eintritt in die Gemeinschaft. Die Auseinandersetzung ist Sache des Veräußerers und des Erwerbers.“

7 Am 7.3.2016 verkauften die Beteiligten zu 1 und 2 das Wohnungseigentum an den vier Einheiten an eine GmbH, die Beteiligte zu 3, zu deren Gunsten zunächst jeweils eine Eigentumsvormerkung im Grundbuch eingetragen wurde. In der Urkunde wurde der Notar von den Beteiligten bevollmächtigt, alle Erklärungen und Genehmigungen einzuholen und in Empfang zu nehmen.

8 Am 2.5.2016 gab der Hausverwalter die Zustimmung zur Veräußerung vor dem Urkundsnotar ab. Mit Faxschreiben vom 11.7.2016 an den Notar erklärte er den Widerruf seiner Zustimmung „zum Kaufvertrag“. Eine Abschrift wurde am gleichen Tag auch dem Grundbuchamt per Fax übersandt.

9 Die am 10.6.2016 beantragte Eintragung einer Auflassungsvormerkung wurde vom Grundbuchamt am 13.6.2016 vollzogen.

10 Am 6.9.2016 beantragte der Notar unter Vorlage der Bewilligung vom 5.9.2016, der Auflassung und unter Bezugnahme auf die schon im Zusammenhang mit der Eintragung der Vormerkung vorgelegte Verwalterzustimmung vom 2.5.2016, die Auflassung im Grundbuch einzutragen.

11 Daraufhin hat das Grundbuchamt eine fristsetzende Zwischenverfügung erlassen, wonach der Nachweis der Verwalterzustimmung fehle. Der Verwalter könne seine Zustimmung gemäß § 878 BGB so lange widerrufen, bis der Antrag auf Eigentumsumschreibung beim Grundbuchamt eingegangen und damit bindend geworden sei. Auch zur Vollendung des dinglichen Rechtsgeschäfts bedürfe es der Verwalterzustimmung; diese sei jedoch nach § 183 Satz 1 BGB widerrufen worden.

12 Dagegen wenden sich die Beteiligten zu 1 und 2 mit der Beschwerde. Der Verwalter könne nach einer einmal wirksam erteilten Zustimmung zum schuldrechtlichen Kaufvertrag die Zustimmung zum dinglichen Geschäft nicht mehr widerrufen. Es handele sich um eine einheitlich erteilte Zustimmung zu zwei Rechtsgeschäften, die untrennbar sei. Mit Eingang der Zustimmung beim Notar sei der Kaufvertrag wirksam und der Verkäufer zur Auflassung verpflichtet, denn Verträge seien schließlich einzuhalten. Auch sei nicht einzusehen, weshalb dem Verwalter die Möglichkeit eines Widerrufs einzuräumen sei.

13 Am 10.2.2017 legte der Beteiligte zu 1 ein Urteil des AG vor, in dem festgestellt wird, dass die Zustimmung des Hausverwalters wirksam sei; der Widerruf vom 11.7.2016 hingegen unwirksam. Das Urteil ist noch nicht rechtskräftig.

14 Das Grundbuchamt hat der Beschwerde nicht abgeholfen.

### AUS DEN GRÜNDEN:

15 II. Die gegen die Zwischenverfügung (§ 18 Abs. 1 GBO) gerichtete Beschwerde ist (...) zulässig. Sie hat in der Sache keinen Erfolg. Der beantragten Eintragung steht das Fehlen der Verwalterzustimmung entgegen.

16 1. Nach § 12 WEG kann als Inhalt des Sondereigentums vereinbart werden, dass ein Wohnungseigentümer zur Veräußerung seines Wohnungseigentums der Zustimmung anderer Wohnungseigentümer oder eines Dritten, etwa des Verwalters, bedarf. Im Fall einer solchen Vereinbarung sind eine Veräußerung des Wohnungseigentums und ein Vertrag, durch den sich der Wohnungseigentümer zu einer solchen Veräußerung verpflichtet, unwirksam, solange nicht die erforderliche Zustimmung erteilt ist.

**17** Wegen des mit dinglicher Wirkung vereinbarten und im Grundbuch eingetragenen Zustimmungserfordernisses nach § 12 Abs. 1 WEG ist die an die materiellrechtliche Verfügungsbefugnis anknüpfende verfahrensrechtliche Bewilligungsbefugnis (§ 19 GBO) des Wohnungs- bzw. Teileigentümers zur rechtsgeschäftlichen Übertragung des Rechts eingeschränkt (§ 12 Abs. 3 WEG; vgl. H<sup>ügel</sup>/*Holzer*, GBO, 3. Aufl., § 19 Rdnr. 75, 84 f.). Dies hat das Grundbuchamt von Amts wegen zu beachten (BayObLG, NJW-RR 1991, 978, 979). Es darf die Eintragung der Eigentumsübertragung daher bei fehlendem Zustimmungsnachweis durch Zwischenverfügung von der Vorlage einer Erklärung in der Form des § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO abhängig machen (vgl. § 12 Abs. 3 Satz 1 WEG).

(...)

**19 3.** Die Hausverwaltung hat die Zustimmung wirksam widerrufen.

**20 a)** An der Beurteilung des Widerrufs als wirksam ist der Senat nicht schon durch das Feststellungsurteil des AG gehindert. Dieses entfaltet nämlich mangels Rechtskraft (derzeit) keine Bindung, § 322 ZPO.

**21 b)** Es ist umstritten, ob eine nach § 12 Abs. 1 WEG erforderliche Zustimmung der Verwaltung zur Übertragung des Wohnungseigentums (§ 12 Abs. 1 und 3 WEG i. V. m. § 925 Abs. 1, § 873 Abs. 1 BGB) noch widerrufen werden kann, nachdem sie durch Zugang beim Wohnungseigentümer, Erwerber (§ 130 Abs. 1 Satz 1, § 182 Abs. 1 BGB) oder Notar als deren Vertreter wirksam geworden ist. Als maßgebliches Kriterium wird regelmäßig angesehen, ob der vereinbarte Zustimmungsvorbehalt als gesetzlich ausnahmsweise zugelassene rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkung (vgl. § 137 BGB) oder als rechtliche Inhaltsbeschränkung des Wohnungseigentums zu verstehen ist.

**22 aa)** Eine im Vordringen befindliche Meinung geht von einer Unwiderruflichkeit schon nach wirksam erteilter Zustimmung zum schuldrechtlichen Rechtsgeschäft aus.

**23** So könne eine zu einem abgeschlossenen Kaufvertrag erteilte Verwalterzustimmung, die den Vertragsbeteiligten zugegangen ist, nicht mehr widerrufen werden; die Zustimmung werde einheitlich sowohl zum schuldrechtlichen als auch zum dinglichen Vertrag erteilt. Weil die Zustimmung zum schuldrechtlichen Vertrag mit ihrem Zugang wirksam und nach § 183 Abs. 1 BGB nicht widerrufbar sei, müsse auch die Zustimmung zum dinglichen Vertrag als erteilt angesehen werden; sie könne ebenfalls nicht widerrufen werden (Bärmann/*Suilmann*, WEG, 13. Aufl., § 12 WEG Rdnr. 32; MünchKomm-BGB/*Commichau*, 7. Aufl., § 12 WEG Rdnr. 44 f.; Riecke/*Schmid/Schneider*, WEG, 4. Aufl., § 12 WEG Rdnr. 98; Demharter, GBO, Anh. zu § 3 Rdnr. 34 ff.; Palandt/*Wicke*, 76. Aufl., § 12 WEG Rdnr. 9; Schöner/*Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 2904 ff.).

**24** Dies wird auch damit begründet, dass das Zustimmungserfordernis entgegen der herrschenden Meinung nicht als Verfügungsbeschränkung des Berechtigten zu sehen sei (Bauer/*von Oefele/Kössinger*, GBO, 3. Aufl., § 19 Rdnr. 200 ff.). Die Qualifizierung der herrschenden Meinung führe nämlich dazu, dass es für die Frage, wer zustimmungsberechtigt ist, grund-

sätzlich auf den Zeitpunkt der Vornahme der Eintragung ankäme, sodass ein Widerruf grundsätzlich möglich sei, soweit nicht die Bewilligung bzw. Verfügungserklärung gemäß § 873 Abs. 2 BGB bindend geworden sei. Die Regelung in § 12 WEG müsse vielmehr als auf der Ebene des Rechts selbst eintretende Fungibilitätseinschränkung verstanden werden. Die einmal erteilte materiellrechtliche Zustimmungserklärung beseitige diese Fungibilitätseinschränkung für das infrage stehende Rechtsgeschäft materiellrechtlich, ohne dass spätere Veränderungen der Rechtsstellung oder ein Widerruf des Zustimmungenden noch von Bedeutung wären (Bauer/*von Oefele/Kössinger*, § 19 Rdnr. 200 ff.; so auch *Kesseler*, RNotZ 2005, 543 ff.).

**25 bb)** Dem ist ein Teil der Rechtsprechung für den Fall eines vor dem Eingang des Eintragungsantrags beim Grundbuchamt liegenden Verwalterwechsels und des damit verbundenen nachträglichen Fortfalls der Zustimmungsberechtigung gefolgt (vgl. OLG Düsseldorf, DNotZ 2011, 625 = FGPrax 2011, 220; OLG München, Beschluss vom 27.6.2011, 34 Wx 135/11, NZM 2012, 388).

**26** Diese Entscheidungen werden jeweils damit begründet, dass das Zustimmungserfordernis keine Verfügungsbeschränkung darstelle, sondern eine Beschränkung des Rechtsinhalts des Wohnungseigentums, sodass dann, wenn der schuldrechtliche Vertrag bereits geschlossen worden sei, die gegenüber den Vertragsparteien oder dem mit dem Vollzug beauftragten Notar erklärte Zustimmung mit ihrem Zugang endgültig wirksam und nicht mehr widerruflich sei. Daher sei auch nicht von Belang, dass die Berechtigung des Zustimmungenden noch im Zeitpunkt der Stellung des Umschreibungsantrags fortbesteht.

**27 cc)** Die gegenteilige Ansicht bejaht hingegen die Widerruflichkeit der Zustimmung zum dinglichen Geschäft, bis die dingliche Einigung nach § 873 Abs. 2 BGB bindend geworden ist und der Eintragungsantrag gestellt wurde (vgl. MünchKomm-BGB/*Bayreuther*, § 183 Rdnr. 12; Staudinger/*Gursky*, Neub. 2014, § 183 Rdnr. 10). Zum Teil wird sogar diskutiert, ob insofern überhaupt § 878 BGB heranzuziehen sei (vgl. Staudinger/*Gursky*, Neub. 2007, § 878 Rdnr. 29).

**28** Die Zustimmungspflicht stelle eine Verfügungsbeschränkung dar. Da der Vollzug des dinglichen Geschäfts die Eintragung erfordere, sei ein Verlust der Rechtsposition, aus der sich die Zustimmungsbefugnis ergebe, vor dem Vollzug des Hauptgeschäfts nach allgemeinen Grundsätzen für die Wirksamkeit der Erklärung beachtlich. Die fehlende Zustimmung führe nach § 12 Abs. 3 WEG zur schwebenden Unwirksamkeit sowohl des schuldrechtlichen wie des dinglichen Rechtsgeschäfts (OLG Celle, RNotZ 2005, 544; ebenso AG Zossen vom 31.7.2014, 75 C 8/13, juris; OLG Hamm, Rpfleger 2001, 405; OLG Hamm, DNotZ 2011, 375; OLG Hamburg, ZMR 2011, 815).

**29 dd)** Der BGH hat die Frage, ob eine nach § 12 WEG vereinbarte Veräußerungsbeschränkung als Verfügungsbeschränkung oder als Beschränkung des Inhalts des dinglichen Rechts (Wohnungseigentums) einzuordnen ist, bislang ebenso unentschieden gelassen (BGHZ 195, 120, 124 = DNotZ 2013, 362 = NJW 2013, 299) wie die Frage der Widerruflichkeit einer Ver-

walterzustimmung (BGHZ 195, 120, 125 f.; BGH, ZWE 2013, 402, 403).

**30** Selbst wenn die Verwalterstellung nach Zugang der Zustimmung aber vor Eingang des Eintragungsantrags beim Grundbuchamt fortfalle, wirke die erteilte Zustimmung des Verwalters schon deshalb fort, weil sie eine Entscheidung ersetze, die von den Wohnungseigentümern durch Beschluss zu treffen wäre. Die Zustimmung des Verwalters sei jedenfalls solange bindend, wie die Wohnungseigentümergeinschaft nichts anderes beschließe.

**31 ee)** In dem vergleichbaren Fall des Zustimmungserfordernisses nach § 5 Abs. 1 ErbbauRG nimmt die herrschende Meinung eine Widerruflichkeit der Eigentümerzustimmung – bis zur Vornahme der Eintragung im Grundbuch oder jedenfalls bis zur Stellung des Eintragungsantrags – gemäß § 183 BGB an (vgl. BGH, NJW 1963, 36 = Rpfleger 63, 378 = LM § 5 ErbbauVO Nr. 2 ebenso Anm. *Haegeler*, Rpfleger 63, 379; OLG München, Beschluss vom 29.9.16, 34 Wx 191/16, FGPrax 2016, 256). Die Einschränkung der freien Übertragbarkeit des Erbbaurechts diene nämlich dem Interesse des Eigentümers, das zugrunde liegende Rechtsverhältnis sei mithin geprägt durch die widerstreitenden Interessen einerseits der Vertragsparteien an der Durchführung eines für sie bindend gewordenen Vertrags und andererseits des Eigentümers an einer Widerruflichkeit seiner Erklärung im Stadium des noch nicht vollzogenen Geschäfts. Diese Interessen seien zur Beurteilung der Rechtsfrage, ob sich aus dem Rechtsgeschäft die Widerruflichkeit der einmal gegebenen Zustimmung ableitet, gegeneinander abzuwägen, wobei die Grundsatzentscheidung des Gesetzgebers durchschlage, wonach die Zustimmungserklärung den Zustimmungenden nicht schon mit ihrem Wirksamwerden durch Zugang bindet, sondern über den in § 130 Abs. 1 Satz 2 BGB genannten Zeitpunkt hinaus durch Widerruf beseitigt werden kann. Den gewollten Gleichlauf zwischen schuldrechtlichem und dinglichem Geschäft bewirke das Gesetz selbst, indem § 6 Abs. 1 ErbbauRG anordnet, dass die durch den Zustimmungsmangel bedingte Unwirksamkeit beide Geschäfte erfasst (vgl. BGHZ 33, 76, 85).

**32 c)** Der Senat hat sich bisher ausdrücklich nur für den Fall, dass die Zustimmungsberechtigung wegen eines nachträglichen Verwalterwechsels entfällt, der Ansicht angeschlossen, dass allein damit die erklärte Zustimmung nicht unwirksam wird. Der Senat hält jedoch die Ansicht für zutreffend, dass die Zustimmungserklärung des Verwalters im Hinblick auf das dingliche Geschäft noch widerrufen werden kann, auch wenn die Zustimmung zum schuldrechtlichen Vertrag durch Zugang bei der anderen Vertragspartei oder dem Notar wirksam erteilt worden ist. Die Gründe der Gegenansicht überzeugen nicht.

**33 aa)** Nach dem Wortlaut von § 12 Abs. 3 WEG, wonach im Fall der Vereinbarung eines Zustimmungserfordernisses eine Veräußerung des Wohnungseigentums und ein Vertrag, durch den sich der Wohnungseigentümer zu einer solchen Veräußerung verpflichtet, unwirksam sind, solange nicht die erforderliche Zustimmung erteilt ist, ist die Verwalterzustimmung sowohl für den schuldrechtlichen, als auch für den dinglichen Vertrag relevant. Hätte der Gesetzgeber das Zustimmungserfordernis nach § 12 Abs. 1 WEG nicht als Verfügungsbeschränkung, sondern als bloße Fungibilitätsbeschränkung

gewollt, wäre die Zustimmung allein zum Verpflichtungsgeschäft als Voraussetzung der Übertragbarkeit ausreichend gewesen. Eine Zustimmung zum Verpflichtungsgeschäft würde diesem nämlich dann schon die erforderliche Wirksamkeit verleihen. Dass die Zustimmung jedoch nach dem Gesetzeswortlaut des § 12 Abs. 1 WEG gerade die Veräußerung selbst erst wirksam macht, spricht dafür, dass der Gesetzgeber eine Verfügungsbeschränkung normiert hat.

**34 bb)** Die von Teilen der Literatur propagierte Vorverlagerung der Wirksamkeit der Verfügung schon bei wirksam erteilter Zustimmung zum schuldrechtlichen Vertrag würde zu einer Durchbrechung des Abstraktionsprinzips (vgl. Palandt/*Herrler*, Vor § 854 Rdnr. 13) führen. Der Gesichtspunkt der Unmöglichkeit (§ 275 BGB) erfordert es nicht, den Gleichlauf zwischen dinglichem und schuldrechtlichem Geschäft durch eine Kopplung an den schuldrechtlichen Vertrag herbeizuführen. Diesen Gleichlauf stellt vielmehr das Gesetz selbst her; denn bei einem Widerruf der Zustimmung zur Veräußerung sind nach § 12 Abs. 3 WEG diese und der schuldrechtliche Vertrag unwirksam. Darauf, dass die erteilte Zustimmung zum schuldrechtlichen Vertrag nach § 183 Abs. 1 BGB nicht widerrufbar ist, kommt es daher nicht an.

**35** Die Gegenansicht führt daher selbst an, dass auch die Vertragsgestaltung der Praxis sich ohne Weiteres auf diese Rechtslage einstellen kann (*Kessler*, RNotZ 2005, 543 ff.).

**36 cc)** Soweit der BGH (siehe BGHZ 195, 120, 124) die Frage der Verfügungsbeschränkung offen gelassen hat, ist er doch im Weiteren von der grundsätzlichen Widerruflichkeit der Zustimmung ausgegangen; denn andernfalls wäre das Abstellen auf eine nachträgliche Beschlussfassung der Wohnungseigentümer zum Widerruf der erklärten Zustimmung nicht verständlich.

**37 dd)** Der Senat hat es in seinen Entscheidungen vom 27.6.2011 (34 Wx 135/11, MittBayNot 2011, 486 zu § 12 WEG) und vom 29.9.2016 (34 Wx 191/16, FGPrax 2016, 256 zu §§ 5, 6 ErbbauRG) für zulässig erachtet, § 12 WEG einerseits und die Regelungen im Erbbaurecht andererseits eigenständig auszulegen (ebenso OLG Düsseldorf, DNotZ 2011, 625, 627; *Schmidt*, ZWE 2010, 394, 396 f.). Auch wenn der Senat an dieser getrennten Betrachtung festhält, ist ein unterschiedliches Gesetzesverständnis nicht angezeigt. Sowohl § 12 Abs. 3 WEG als auch §§ 5, 6 ErbbauRG ordnen eine einheitliche Unwirksamkeit sowohl des schuldrechtlichen als auch des dinglichen Rechtsgeschäfts für den Fall an, dass die Zustimmung zur Verfügung nicht wirksam erteilt ist.

**38 ee)** Die Frage, ob Gründe für einen Widerruf der Zustimmung des Verwalters vorlagen, kann ebenso wenig im Grundbuchverfahren geklärt werden, wie ein Streit darüber, ob die Zustimmung nach der Teilungserklärung zu erteilen ist, da die in § 6 der Teilungserklärung genannten Verweigerungsgründe nicht bestehen. Insofern steht den Beteiligten der Zivilrechtsweg offen.

**39 d)** Der Widerruf des Verwalters bezieht sich zwar nach seinem Wortlaut auf die Zustimmung „zum Kaufvertrag“; er betrifft jedoch trotz seines unpräzisen Ausdrucks (auch) die dingliche Rechtsübertragung, wie die Auslegung der Erklärung ergibt, § 133 BGB.

**40** Empfangsbedürftige Willenserklärungen sind so auszulegen, wie sie der Erklärungsempfänger nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte verstehen musste. Es dürfen dabei nur solche Umstände berücksichtigt werden, die bei Zugang der Erklärung dem Empfänger bekannt oder für ihn erkennbar waren (Palandt/*Ellenberger*, § 133 Rdnr. 9). Der Widerruf des Verwalters ist – zumal darin dessen Übersendung auch ans Grundbuchamt angekündigt wird – nach diesen Grundsätzen nicht als teilweiser Widerruf der Zustimmung nur zum Verpflichtungsgeschäft, sondern als umfassender Widerruf auch der Zustimmung zur Veräußerung zu verstehen. Da in dem im Widerruf bezeichneten notariellen „Kaufvertrag“ zugleich die dingliche Rechtsübertragung verbrieft ist, ist der Vertrag in seiner Gesamtheit gemeint. Anderes wäre nach Sinn und Zweck des Widerrufs unverständlich.

**41 e)** Da die Zustimmung als Einwilligung gemäß § 183 Satz 1 BGB frei widerruflich ist, Formvorschriften mithin nicht bestehen (Staudinger/*Gursky*, § 183 Rdnr. 8), ist der per Faxschreiben dem Notar und dem Grundbuchamt zugegangene Widerruf formgerecht erklärt.

**42 f)** Als mehraktiges Rechtsgeschäft ist die Übertragung des Wohnungseigentums erst mit der Eintragung im Grundbuch „vorgenommen“ (Staudinger/*Gursky*, § 183 Rdnr. 10 m. w. N.); eine hier einschlägige, abweichende gesetzliche Begriffsdefinition (vgl. etwa § 140 InsO) ist nicht ersichtlich. Die danach maßgebliche Zeitgrenze hat der BGH über die Anwendung von § 878 BGB auf den Zeitpunkt des Eintragungsantrags vorverlegt. Inwieweit die rechtsdogmatische Einordnung als Einschränkung der Verfügungsbefugnis des Rechtsinhabers oder als Beschränkung des Rechtsinhalts selbst für die – ggf. analoge (siehe MünchKomm-BGB/*Kohler*, 6. Aufl., § 878 Rdnr. 23) – Anwendbarkeit des § 878 BGB oder des darin zum Ausdruck gekommenen Rechtsgedankens von Bedeutung ist (vgl. Staudinger/*Gursky*, Neub. 2012, § 878 Rdnr. 29), kann dahinstehen, denn der Eintragungsantrag ist beim Grundbuchamt erst nach dem Zugang der Widerrufserklärung beim Notar als für die Vertragsparteien Empfangsberechtigtem gestellt worden. Daran ändert auch nichts, dass die Urkunde (nur) zum Zweck der Eintragung der Eigentumsvormerkung schon vor dem Widerruf beim Grundbuchamt vorgelegen hatte (vgl. OLG Braunschweig, FGPrax 2013, 193, 194).

**43 g)** Damit fehlt es derzeit am notwendigen Nachweis der Verwalterzustimmung, sodass das Grundbuchamt den Beteiligten mit einer entsprechenden Zwischenverfügung die Vorlage der Verwalterzustimmung aufgeben durfte (vgl. Hügel/*Zeiser*, § 18 Rdnr. 10 f.).

(...)

#### ANMERKUNG:

Von Notar Dr. **Winfried Kössinger**, München

##### 1. OLG München zum WEG

###### a) Rechtsfrage, Einordnung

„Eins vor, zwei zurück“ könnte man zur Entscheidung des OLG München seufzen und auf „§ 12 WEG im Strudel der

Meinungen“<sup>1</sup> rekurrieren. Strudel befördern das Treibgut bisweilen auch zum Ausgangspunkt zurück. Diesen Weg hat das OLG gewählt.

Das Gericht hatte die Frage zu entscheiden, ob eine nach § 12 Abs. 1 WEG erforderliche Verwalterzustimmung nach deren Zugang bei den Beteiligten, aber vor Vollzug der Eigentumsumschreibung im Grundbuch (oder jedenfalls vor der nach § 878 BGB eingetretenen Bindung) widerrufen werden kann. Die Darstellung der Historie der Rechtsprechung zu dieser Frage ist bereits erfolgt.<sup>2</sup> In seiner Entscheidung vom 27.6.2011<sup>3</sup> hatte derselbe Senat – in anderer Besetzung – in Übereinstimmung mit dem OLG Düsseldorf<sup>4</sup>, aber gegen die bis dahin herrschende Auffassung in der Rechtsprechung<sup>5</sup> – entschieden, dass die Verwalterzustimmung wirksam und durch einen später erfolgten Verlust der Verwaltereigenschaft des Zustimmenden nicht mehr berührt werde, wenn die Erklärung den Beteiligten (oder dem bevollmächtigten Notar) zugegangen ist.

Nunmehr macht der Senat eine Kehrtwende. Er verneint zum einen faktisch ein Wirksamwerden des Verpflichtungsgeschäfts (das gemäß § 12 Abs. 3 WEG bei fehlender Zustimmung ebenfalls unwirksam ist) durch den Zugang der Genehmigung, oder aber er nimmt – was nicht ausdrücklich ausgesprochen wird – die später eintretende Unwirksamkeit eines bereits wirksam gewordenen Verpflichtungsgeschäfts hin. Hierfür wird § 12 Abs. 3 WEG als Argument angeführt und eine durch Wirksamwerden des schuldrechtlichen Geschäfts eintretende endgültige Wirksamkeit auch des Verfügungsgeschäfts als Verstoß gegen das Abstraktionsprinzip eingeordnet. Dass die ausnahmsweise Koppelung der Wirksamkeit des schuldrechtlichen und des dinglichen Rechtsgeschäfts – für die isolierte Frage nach einer wirksamen Zustimmung – vom Gesetz ausdrücklich angeordnet wird, sieht das Gericht so nicht.

###### b) Argumentation des Gerichts

Für seine Auffassung beruft sich das OLG München auch auf die Entscheidung des BGH vom 11.10.2012<sup>6</sup>, in der die Frage der Widerruflichkeit offen gelassen wurde, weil nur ein Fall des nachträglichen Wegfalls der Verwaltereigenschaft zu entscheiden war. Es ist nachvollziehbar, dass Gerichte nur so viel entscheiden, als streng fallbezogen entscheidungsnotwendig ist, aber bisweilen kann diese Zurückhal-

1 So der 2015 verstorbene Notar *Friedrich Schmidt* in ZWE 2010, 394.

2 *Kössinger*, MittBayNot 2011, 487; *Weber*, ZWE 2017, 341 f.

3 OLG München, Beschluss vom 27.6.2011, 34 Wx 135/11, MittBayNot 2011, 486.

4 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11.5.2011, I-3 Wx 70/11, MittBayNot 2011, 484.

5 OLG Hamburg, Beschluss vom 15.3.2011, 13 W 15/11, MittBayNot 2011, 487; OLG Hamm, Beschluss vom 12.5.2010, I-15 W 139/10, RNotZ 2010, 578 = NJW-RR 2010, 1524; OLG Celle, Beschluss vom 19.1.2005, 4 W 14/05, RNotZ 2005, 542; KG, Beschluss vom 31.3.2009, 1 W 209/05, RNotZ 2009, 479; OLG Köln, Beschluss vom 31.7.1995, 2 Wx 20/95, Rpfleger 1996, 106 = MittRhNotK 1996, 275.

6 BGH, Beschluss vom 11.10.2012, V ZB 2/12, MittBayNot 2013, 130 m. Anm. *Kreuzer*.

tion zu bedauerlichen Folgeerscheinungen führen. Dass der BGH nur „den halben Weg“ geht,<sup>7</sup> hat zwar zu einigen im Ergebnis richtigen Entscheidungen geführt, lässt aber Instanzgerichten immer wieder den Weg frei, aus der herkömmlichen Qualifizierung von § 12 WEG und § 5 ErbbauRG als „Verfügungsbeschränkung“ und einer unkritischen Anwendung von § 183 BGB im Einzelfall unzutreffende Ergebnisse abzuleiten. Diese dogmatische Grundlegung und die hieran vermeintlich zu knüpfenden Folgen werden seit 1999 zunehmend infrage gestellt, wie die vom Gericht angeführte Literatur ergibt, der sich das OLG Düsseldorf und das OLG München 2011 angeschlossen haben (siehe oben Fn. 4, 3). Der BGH hat den Weg der Qualifizierung der Regelungen der § 12 WEG, § 5 ErbbauRG als Beschränkung des Rechtsinhalts und nicht der Verfügungsberechtigung bislang nicht beschränkt, weil er seine Ergebnisse unter anderen rechtlichen Aspekten (aber in Übereinstimmung mit den Ableitungen aus der Qualifizierung als „Fungibilitäts-einschränkung“) erzielen konnte.

Diese „Lücke“ nutzt nun das OLG München und lässt die nach der Argumentation des BGH denkgesetzlich weiter mögliche Widerruflichkeit der Zustimmung durchgreifen und stützt sich dabei im Wesentlichen auf § 183 Satz 1 BGB. Auf eine mögliche Relevanz des zweiten Halbsatzes dieser Vorschrift wird nicht eingegangen.

#### c) Praktische Auswirkungen

Würde sich diese Auffassung (wieder) durchsetzen, bliebe für die nicht ganz seltene Fallgruppe von Veräußerungsverträgen über Eigentumswohnungen mit erforderlicher Verwalterzustimmung als gänzlich sichere Lösung nur die Gestaltung mit Hinterlegung des Kaufpreises auf Notaranderkonto.<sup>8</sup> Über die mit dieser Ansicht verbundenen gravierenden Auswirkungen für die rechtssichere Gestaltung und Abwicklung von Verträgen setzt sich das Gericht (Rdnr. 35) leichthin mit der Behauptung hinweg, die Gegenansicht führe selbst an, „dass auch die Vertragsgestaltung der Praxis sich ohne Weiteres auf diese Rechtslage einstellen kann“. Verwundert reibt sich der Kautelarjurist die Augen und sieht bei der als Beleg angegebenen Äußerung von *Kesseler*<sup>9</sup> nach. Dort findet sich nach Hinweis auf das Erfordernis einer zusätzlichen (wohl Bank-)Bürgschaft oder Hinterlegung auf Anderkonto der Satz: „Die letztgenannte Vertragsgestaltung ist zugegebenermaßen sehr aufwendig und ggf. auch kostenträchtig.“ „Ohne Weiteres“ im Sinne dieser Rechtsprechung bedeutet somit die Hinnahme von Verzögerungen für die Vertragsabwicklung einerseits, deutlich erhöhte Kosten für die Beteiligten andererseits.

Nun ist eine Erschwerung der praktischen Abwicklung kein dogmatisches Argument, wenn die Gesetzeslage keine andere Möglichkeit der Auslegung offenlässt. Bieten sich jedoch, wie vom Gericht selbst referiert, zwei Lösungen an, die jeweils dogmatische Argumente für sich haben, so ist

die Maxime „... et respice finem“ kein untaugliches Kontrollmittel.

Gegen die Entscheidung ist die Rechtsbeschwerde zugelassen und eingelegt (V ZB 134/17), sodass auch die Vertragsbeteiligten noch hoffen können.

## 2. BGH zum ErbbauRG

### a) Verbindung der Entscheidungen

Hat das OLG München mit dem vorstehenden Beschluss zu § 12 WEG entschieden, so war die durch den BGH mit Beschluss vom 29.6.2017<sup>10</sup> aufgehobene Vorentscheidung des OLG München zu §§ 5, 6 ErbbauRG ergangen.<sup>11</sup> Hier hatte das OLG die Widerruflichkeit einer Veräußerungszustimmung des Grundstückseigentümers nach deren Zugang bei den Beteiligten, aber vor Vollzug im Grundbuch bejaht. Das OLG sah durchaus Unterschiede zwischen § 12 WEG und §§ 5, 6 ErbbauRG, erörterte hier sogar auch, ob sich i. S. v. § 183 Satz 1 Hs. 2 BGB aus dem zugrunde liegenden Rechtsverhältnis nichts anderes ergebe, blieb dann aber bei seiner Auffassung, dass erst die Vollendung des dinglichen Rechtsgeschäfts durch Eintragung, allenfalls bereits mit vorgezogener Wirkung aufgrund § 878 BGB, die Widerruflichkeit ausschließe. Dem ist der BGH entgegengetreten. Was nun Hoffnung im Hinblick auf die unter 1. erörterten Fragen zu § 12 WEG macht, ist der ausdrückliche Hinweis in Rdnr. 20 der Entscheidung auf den „Gleichlauf mit dem Wohnungseigentumsrecht“<sup>12</sup>, wo der BGH auf die „inzwischen überwiegende Ansicht“ hinweist, die Zustimmung könne zu der Auflassung nicht mehr widerrufen werden, sobald die Zustimmung zu dem schuldrechtlichen Kausalgeschäft wirksam geworden ist.

### b) Kernaussage

Die Kernaussage der Entscheidung ist in Rdnr. 13 enthalten:

„Ist als Inhalt des Erbbaurechts vereinbart, dass der Erbbauberechtigte zur Veräußerung des Erbbaurechts der Zustimmung des Grundstückseigentümers bedarf, wird die erteilte Zustimmung unwiderruflich, sobald die schuldrechtliche Vereinbarung über die Veräußerung wirksam geworden ist.“

### c) Argumentation

Der BGH bleibt im Grundsatz bei der sich seiner Ansicht nach für die zu entscheidende Frage aus § 183 Satz 1 Hs. 1 BGB ergebenden Folge, dass die Einwilligung in die (dingliche) Verfügung über das Erbbaurecht grundsätzlich erst mit dem letzten Teilakt des zustimmungsbedürftigen Geschäfts, also der Eintragung bindend und unwiderruflich wird, wobei der maßgebliche Zeitpunkt dann jedoch durch § 878 BGB vorverlagert werde. Anders als das OLG entnimmt der BGH

7 Hierzu eingehend *Bauer/Schaub/Kössinger*, GBO, 4. Aufl. 2018, § 19 Rdnr. 207.

8 *Bub/Bernhard*, FD-MietR 2017, 392418.

9 *Kesseler*, RNotZ 2005, 544, 545 (Anm. zu OLG Celle, Beschluss vom 19.1.2005, 4 W 14/05).

10 V ZB 144/16, MittBayNot 2018, 244 (in diesem Heft) = NJW 2017, 3514 = RNotZ 2017, 654.

11 OLG München, Beschluss vom 29.9.2016, 34 Wx 191/16, FGPrax 2016, 256 = Rpfleger 2017, 203 = DNotI-Report 2016, 153.

12 Die Notwendigkeit einer einheitlichen Lösung wird auch betont von *Weber*, ZWE 2017, 341, 344 f.

dann jedoch eine Ausnahme aus § 183 Satz 1 Hs. 2 BGB, dass sich aus dem Rechtsverhältnis zwischen Erbbauberechtigtem und Grundstückseigentümer etwas anderes ergebe: Entstehungsgeschichte, Systematik sowie Sinn und Zweck von §§ 5 und 6 ErbbauRG sprächen dafür, dass die Zustimmung zu der Veräußerung oder Belastung des Erbbaurechts nur einheitlich erteilt und nicht mehr widerrufen werden könnten, nachdem das schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäft wirksam geworden sei. Der BGH will dabei wieder die Frage nach der dogmatischen Einordnung des Zustimmungserfordernisses nicht entscheiden müssen.

#### d) Einordnung

Dieser Argumentationsstrang des BGH scheint eine Lücke zu enthalten: Warum wird das schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäft eigentlich unter Zugrundelegung der klassischen Einordnung des Zustimmungserfordernisses als Verfügungsbeschränkung bereits wirksam, bevor das dingliche Rechtsgeschäft wirksam geworden ist? Der BGH verneint in Rdnr. 16 richtigerweise gerade, dass die getrennte und je für sich isoliert zu betrachtende Zustimmungsbefähigung von Kausal- und Verfügungsgeschäft angeordnet sei. Dann wäre auch zwanglos vertretbar, dass der Schutz des Veräußerers vor einem unerfüllbaren Verpflichtungsgeschäft, den § 6 Abs. 1 ErbbauRG bewirkt, nicht durch eine – vorzeitige – Wirksamkeit des Verpflichtungsgeschäfts herbeigeführt wird, die in einem sofortigen Ende der Widerruflichkeit der Zustimmung für das Verfügungsgeschäft resultiert, sondern dadurch, dass mit der durch Widerruf eintretenden Unwirksamkeit des Verfügungsgeschäfts auch eine bis dahin schwebende Unwirksamkeit des Verpflichtungsgeschäfts endgültig wird.

Eine Aufgabe des Dogmas, § 12 WEG und §§ 5, 6 ErbbauRG stellen eine Einschränkung der Verfügungsbefugnis dar,<sup>13</sup> würde alle in diesem Zusammenhang noch nicht abschließend geklärten Fragen einheitlich auf die Grundlage stellen, die der BGH hier für die Widerruflichkeit der Zustimmung – zutreffenderweise – bejaht.<sup>14</sup> Solange der BGH jedoch bei jeder Einzelfrage zu dem – im Sinne der Qualifizierung dieser Vorschriften als rechtsimmanente Fungibilitäts-einschränkung – „richtigen“ und für die Vertragspraxis verwertbaren Ergebnis kommt,<sup>15</sup> ist dies zu verschmerzen.

Zum „Schwur“ wird es möglicherweise kommen, wenn – wie in der Entscheidung des OLG Celle<sup>16</sup> – zu fragen ist, wie der Verlust der Eigentümerstellung des Zustimmungenden sich auf einen noch nicht vollzogenen Vertrag auswirkt, dem der (damalige) Zustimmungsberechtigte zugestimmt hatte.<sup>17</sup>

13 Bejahend zuletzt wieder *Weber*, ZWE 2017, 341, 344.

14 A. A. *Boor*, RNotZ 2017, 444, 446 der die Qualifizierung in diesem Zusammenhang schlicht für irrelevant erklärt.

15 Zur dogmatischen Grundlegung skeptisch, zu den Folgen bejahend auch *Weber*, ZWE 2017, 341, 345.

16 OLG Celle, Beschluss vom 19.1.2005, 4 W 14/05, RNotZ 2005, 542 m. Anm. *Kesseler*.

17 A. A. *Weber*, ZWE 2017, 341, 345 der auch auf der Grundlage der Qualifizierung als Verfügungsbeschränkung das „richtige“ Ergebnis als erreichbar sieht.

Diese Konstellation kann sich sowohl in WEG- als auch in ErbbauRG-Fällen ergeben.

### 3. Fazit und Folgerung für die Vertragspraxis

Dem BGH ist in seinem Ergebnis uneingeschränkt beizupflichten. Sicherheit für den Bestand des Rechtsgeschäfts wird nun in den Fällen der §§ 5, 6 ErbbauRG bereits mit dem Zugang der (durch den richtigen Zustimmungsberechtigten abgegebenen) Zustimmungserklärung bei einem Beteiligten des schuldrechtlichen Rechtsgeschäfts oder dem bevollmächtigten Notar geschaffen, § 182 Abs. 1, § 130 Abs. 1 BGB. Zu diesem Zeitpunkt, also in der Regel vor der dann – bei Eintritt der weiteren Fälligkeitvoraussetzungen – zu erteilenden Fälligkeitsbescheinigung muss und kann der Notar prüfen, ob die Erklärung von der Person abgegeben wurde, die zu diesem Zeitpunkt Grundstückseigentümer ist. Hieran kann die weitere Vertragsabwicklung anknüpfen. Für § 12 WEG ist die Frage – noch – nicht ausdrücklich durch den BGH entschieden. Im Hinblick auf den Zustimmungsanspruch wird in dieser Konstellation das Vorliegen der Zustimmung in der Vertragspraxis bei Beschleunigungsinteresse ohnehin nicht immer zur Voraussetzung für die Fälligkeit des Kaufpreises erhoben.

## BÜRGERLICHES RECHT – FAMILIENRECHT

### 11. Anordnung einer Kontrollbetreuung bei bestehender Vorsorgevollmacht

BGH, Beschluss vom 30.8.2017, XII ZB 16/17 (Vorinstanz: LG Dresden, Beschluss vom 9.12.2016, 2 T 616/16)

*FamFG* § 26

*BGB* §§ 666, 1896 Abs. 1 und 2

#### LEITSÄTZE:

1. Kommt das Beschwerdegericht in einem Betreuungsverfahren zu dem Ergebnis, dass die Betreuung zu Recht angeordnet ist, muss es auch die Betreuerauswahl auf ihre Richtigkeit hin überprüfen. Nur wenn im Beschwerdeverfahren durch bloße Aufhebung der angegriffenen Entscheidung abschließend über das Verfahren entschieden werden kann, etwa weil hierdurch die Anhängigkeit des Verfahrens endet, ist eine weitere Sachentscheidung des Beschwerdegerichts oder eine Zurückverweisung an das erstinstanzliche Gericht entbehrlich.
2. An der Erforderlichkeit einer Betreuerbestellung fehlt es, soweit die Angelegenheiten des Betroffenen durch einen Bevollmächtigten ebenso gut wie durch einen Betreuer besorgt werden können. Gibt es Bedenken an der Wirksamkeit der Vollmachterteilung oder am Fortbestand der Vollmacht, kommt es darauf an, ob dadurch die Akzeptanz der Vollmacht im Rechtsverkehr eingeschränkt ist, entweder

weil Dritte die Vollmacht unter Berufung auf diese Bedenken zurückgewiesen haben oder weil entsprechendes konkret zu besorgen ist. (Leitsatz der Schriftleitung)

3. **Trotz Vorsorgevollmacht kann eine Betreuung zudem dann erforderlich sein, wenn der Bevollmächtigte ungeeignet ist, die Angelegenheiten des Betroffenen zu besorgen, insbesondere weil zu befürchten ist, dass die Wahrnehmung der Interessen des Betroffenen durch jenen eine konkrete Gefahr für das Wohl des Betroffenen begründet. (Leitsatz der Schriftleitung)**

## 12. Erforderlichkeit familiengerichtlicher Genehmigung bei Veräußerung eines GmbH-Anteils durch Minderjährigen

OLG Schleswig, Beschluss vom 28.6.2017, 13 WF 55/17

BGB § 1643 Abs. 1, § 1822 Nr. 3

### LEITSÄTZE:

1. **Nach herrschender Meinung in Rechtsprechung und Literatur stehen Veräußerung und Erwerb eines erheblichen Geschäftsanteils an einer nicht lediglich vermögensverwaltenden GmbH der Veräußerung bzw. dem Erwerb eines Erwerbsgeschäfts gleich, wenn sich die Beteiligung des Minderjährigen nach den konkreten Umständen, insbesondere nach Struktur und Art der GmbH und dem Grad der Beteiligung des Minderjährigen, wirtschaftlich nicht als reine Kapitalinvestition, sondern als Beteiligung an dem von der GmbH betriebenen Erwerbsgeschäft darstellt, wenn also den Minderjährigen ein Unternehmensrisiko trifft. (Leitsatz der Schriftleitung)**
2. **Gemessen am Urteil des BGH vom 28.1.2003, X ZR 199/99 ist danach entscheidend, ob der Minderjährige mehr als 50 % der Anteile an der GmbH hält. (Leitsatz der Schriftleitung)**

### SACHVERHALT:

1 I. Am 15.11.2014 ist E, der Ehemann der Antragstellerin und der Vater von S1, geboren am 4.6.2004, und S2, geboren am 5.6.2008, verstorben. Der Erblasser wurde von seinen minderjährigen Söhnen und seiner Ehefrau beerbt. Die Kinder wurden Miterben zu je  $\frac{1}{4}$  an einem Geschäftsanteil von nominal 12.800 € an der E & Söhne GmbH. Mitgesellschafter ist G, der ebenfalls einen Geschäftsanteil im Nennbetrag von 12.800 € hält. Mit notariellem Vertrag vom 16.3.2017 veräußerte die Mutter der Kinder, die Antragstellerin, handelnd für sich persönlich im eigenen Namen und als gesetzliche Vertreterin ihrer minderjährigen Kinder, den Anteil der Miterbengemeinschaft zum Preis von insgesamt 942.000 € (...) an den Mitgesellschafter G (...).

2 Das AG – Familiengericht – hat durch den zuständigen Rechtspfleger die Erteilung eines Negativattestes mit dem angefochtenen Beschluss abgelehnt, im Wesentlichen mit der Begründung, dass es keinen Hinweis darauf gebe, dass es sich bei dem Anteil des verstorbenen Vaters lediglich um eine reine Kapitalbeteiligung an der GmbH

handele. Vielmehr müsse der auf die Erbengemeinschaft übergegangene Anteil an der GmbH als Beteiligung an dem von der GmbH betriebenen Erwerbsgeschäft angesehen werden, mit der Folge, dass das Veräußerungsgeschäft der familiengerichtlichen Genehmigung bedürfte.

3 Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Antragstellerin, mit der sie unter Bezugnahme auf ihren erstinstanzlichen Vortrag ihren Antrag auf Erteilung eines Negativattestes weiter verfolgt.

### AUS DEN GRÜNDEN:

4 II. Die (...) Beschwerde der Antragstellerin hat auch in der Sache Erfolg.

5 Entgegen der Auffassung des AG bedarf der notarielle Geschäftsanteilskauf- und -übertragungsvertrag vom 16.3.2017 nicht der vormundschaftlichen Genehmigung.

6 Nach § 1643 Abs. 1 i. V. m. § 1822 Nr. 3 BGB ist die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erforderlich für Verträge, die auf den entgeltlichen Erwerb oder die Veräußerung eines Erwerbsgeschäftes gerichtet sind.

7 Nach herrschender Meinung in Rechtsprechung und Literatur stehen Veräußerung und Erwerb eines erheblichen Geschäftsanteils an einer nicht lediglich vermögensverwaltenden GmbH der Veräußerung bzw. dem Erwerb eines Erwerbsgeschäfts gleich, wenn sich die Beteiligung des Minderjährigen nach den konkreten Umständen, insbesondere nach Struktur und Art der GmbH und dem Grad der Beteiligung des Minderjährigen, wirtschaftlich nicht als reine Kapitalinvestition, sondern als Beteiligung an dem von der GmbH betriebenen Erwerbsgeschäft darstellt, wenn also den Minderjährigen ein Unternehmensrisiko trifft (KG, NJW 1976, 1946; OLG Hamm, DNotZ 1985, 165; OLG München, FamRZ 2003, 392; MünchKomm-BGB/Kroll-Ludwigs, 7. Aufl., § 1822 Rdnr. 17; Staudinger/Veit, § 1822 Rdnr. 60, 61). Der BGH hat diese Auffassung mit Urteil vom 28.1.2003, X ZR 199/99, DNotZ 2004, 152-155, bestätigt und hierzu ausgeführt:

8 „Zwar ist der Kreis der nach § 1822 BGB genehmigungspflichtigen Geschäfte um der Rechtssicherheit willen formal und nicht nach den Umständen des Einzelfalls zu bestimmen (...). Dies steht der Berücksichtigung wirtschaftlicher Zusammenhänge aber dann nicht entgegen, wenn es um typische Sachverhalte geht. Zweck des § 1822 BGB ist es, den Minderjährigen vor potenziell nachteiligen Geschäften zu schützen (...). Die Veräußerung einer Mehrheitsbeteiligung an einer GmbH kann für den Minderjährigen ebenso gefährlich sein wie die Veräußerung eines einzelkaufmännisch geführten Geschäfts oder einer Beteiligung an einer OHG. Dem berechtigten Bedürfnis nach Rechtssicherheit ist hinreichend Genüge getan, solange es hinreichend konkrete Abgrenzungsmerkmale gibt. Hierfür bietet sich die Höhe der Beteiligung an. Jedenfalls dann, wenn die Beteiligung des Minderjährigen 50 % übersteigt oder wenn, wie im Streitfall, nur Minderjährige an einer GmbH beteiligt sind und sie alle Anteile und damit das Unternehmen der GmbH insgesamt veräußern, spricht alles dafür, die Veräußerung dem Genehmigungserfordernis des § 1822 Nr. 3 BGB zu unterwerfen.“



9 Gemessen hieran ist danach entscheidend, ob die beiden minderjährigen Söhne des Erblassers mehr als 50 % der Anteile an der GmbH halten. Dies ist nicht der Fall. S1 und S2 haben zusammengerechnet lediglich 25 % der Geschäftsanteile der Gesellschaft. Auch Sonderverpflichtungen, die schützenswerte Belange der Kinder beeinträchtigen könnten, bestehen nach dem Vertrag nicht, worauf der Verfahrensbevollmächtigte der Antragstellerin zutreffend hingewiesen hat. Sämtliche mit dem Geschäftsbetrieb im Zusammenhang stehenden Verbindlichkeiten wurden von dem Erwerber G schuld- befreiend übernommen.

(...)

## BÜRGERLICHES RECHT – ERBRECHT

### 13. Änderung von wechselbezüglichen Verfügungen in einem gemeinschaftlichen Testament unter Zustimmung eines Dritten

OLG Bremen, Beschluss vom 30.8.2017, 5 W 27/16

BGB §§ 181, 2065 Abs. 1, §§ 2270, 2271, 2361 Satz 1 FamFG § 58 Abs. 1, § 59 Abs. 1, § 61 Abs. 1, § 63 Abs. 1, § 64 Abs. 1, § 81 Abs. 1, § 84

#### LEITSATZ:

**Die mittels eines sog. Änderungsvorbehaltes in einem gemeinschaftlichen Testament den Ehegatten wechselseitig eingeräumte Befugnis zur Abänderung wechselseitiger Verfügungen kann von der Zustimmung eines Dritten (hier: Testamentsvollstrecker) abhängig gemacht werden.**

#### SACHVERHALT:

- 1 I. Die Beteiligten streiten um die Einziehung eines Erbscheins.
- 2 Die Beteiligten sind die Töchter des 1922 geborenen und 2013 in Bremen verstorbenen Erblassers aus seiner Ehe mit seiner 1932 geborenen und 2007 vorverstorbenen Ehefrau. Die Eheleute hatten mehrere gemeinschaftliche letztwillige Verfügungen hinterlassen; zuletzt hatte der Erblasser ein notarielles Testament errichtet.
- 3 In einem ersten eigenhändig errichteten gemeinschaftlichen Testament vom 6.8.1995 hatten die Eheleute Testamentsvollstreckung durch vier Testamentsvollstrecker mit festgelegten Aufgabenkreisen bestimmt und diesen gemeinschaftliche Generalvollmacht unter Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB erteilt. Ferner hatten sich die Eheleute gegenseitig zu alleinigen Erben eingesetzt, den Überlebenden zum alleinigen Erben des zuerst Versterbenden bestimmt und ihn von allen Beschränkungen befreit. Als Erben des Letztversterbenden setzten sie die Kinder ihrer Töchter ein, bestimmten aber gleichzeitig, dass ihre Vermögenswerte (Immobilien, Anlagen und Barvermögen) in einer Stiftung zusammengefasst werden sollten, deren Erträge zu gleichen Teilen den Töchtern (Beteiligte zu 1 und 2) zustehen sollten. Die Enkelkinder sollten erst mit dem 30. Lebensjahr Verfügungsgewalt erhalten, wovon die Testamentsvollstrecker indes unter besonderen Umständen abweichen durften. Des Weiteren enthielt das Testament detaillierte Regelungen zur Verteilung des Hausrates, zur Vorkaufrechtseinräumung für die Mieter einer der Immobilien und zur Anrechnung von Vorausempfangen, die die Betei-

ligten erhalten hatten. Schließlich findet sich im Schlussteil der Satz, dass das Testament mit Einverständnis der Testamentsvollstrecker geändert werden könne (unter Ausschluss einer den Schwiegersohn betreffenden Regelung).

4 Am 22.1.1996 errichteten die Eheleute eigenhändig ein neues gemeinschaftliches Testament. Auch in diesem setzten sie sich gegenseitig zu Erben des gesamten Nachlasses ein und bestimmten ihre Enkelkinder zu Erben des Letztversterbenden. Die Beteiligten zu 1 und 2 sollten lediglich die Erträge aus der Verwaltung des gesamten Nachlasses, den Hausrat und den Schmuck erhalten. Auch in diesem Testament trafen die Eheleute Regelungen zur Verwaltung der Immobilien, zur Anrechnung von Vorausempfangen und nahmen eine Pflichtteilsstrafklausel auf. Sodann heißt es:

„Der Überlebende von uns kann dieses Testament in allen Punkten ändern und neu anderweitig letztwillig verfügen, jedoch nur in Übereinstimmung mit dem Testamentsvollstrecker.“

Sodann benannten die Eheleute einen Testamentsvollstrecker und mehrere Ersatzpersonen und trafen Regelungen über die Aufgaben und Befugnisse des Testamentsvollstreckers. Mit einer – lediglich als Fotokopie vorliegenden – ergänzenden Erklärung setzten die Eheleute – unter Aufrechterhaltung der Erklärung vom 22.1.1996 – als Schlusserven ihre beiden Töchter und die Enkelkinder zu gleichen Teilen ein.

5 Am 10.07.2000 errichteten die Eheleute schließlich ein drittes eigenhändig verfasstes gemeinschaftliches Testament. Auch in diesem Testament setzten sich die Eheleute zunächst wechselseitig zu Erben des gesamten Nachlasses ein, bestimmten zu Erben des Letztversterbenden nunmehr aber die Beteiligten zu 1 und 2 zu 40 % und ihre Enkel zu 20 %. Auch in diesem Testament trafen die Eheleute eine Regelung über die Verwaltung der Immobilien und die Berücksichtigung der Mieter einer der Immobilien beim Verkauf sowie eine Pflichtteilsstrafklausel. Ferner heißt es in der 23. Zeile:

„Der Überlebende von uns kann dieses Testament in allen Punkten ändern und anderweitig letztwillig verfügen, jedoch nur in Übereinstimmung mit den Testamentsvollstreckern.“

Das Testament schließt mit der Anordnung der Testamentsvollstreckung nach dem Tode des zuletzt Versterbenden und der Benennung von zwei für dieses Amt bestimmten Personen bzw. einer Ersatzperson.

6 Am 27.12.2011 errichtete der Erblasser ein notarielles Einzeltestament, in dem er die Beteiligten zu gleichen Teilen zu seinen alleinigen Erben einsetzte, für die Beteiligte zu 1 aber Nacherbschaft nach der Beteiligte zu 2 anordnete und die Beteiligte zu 2 zur Testamentsvollstreckerin bestimmte. In der Präambel der Urkunde erklärte der Erblasser, dass die im Testament vom 10.7.2000 enthaltene Formulierung, der Überlebende dürfe „nur in Übereinstimmung mit den Testamentsvollstreckern“ verfügen, lediglich die Erwartung der Eheleute zum Ausdruck bringen solle, ein Einvernehmen mit den Testamentsvollstreckern herzustellen, ohne sich aber „deren Diktat“ zu unterwerfen. Eine Abstimmung des Inhalts dieses Testaments zwischen dem Erblasser und den im gemeinschaftlichen Testament vom 10.7.2000 als Testamentsvollstrecker benannten Personen hat nicht stattgefunden.

7 Gestützt auf dieses notarielle Testament beantragte die Beteiligte zu 2 mit notarieller Urkunde vom 6.1.2014 die Erteilung eines Erbscheins als Vorerbin sowie die Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses. Die im Erbscheinsverfahren unter anderem angehörte Beteiligte zu 1 stimmte der Erteilung durch Erklärung vom 25.4.2014 zu, sodass der Erbschein am 6.5.2014 erteilt wurde.

8 Mit Antrag ihres Verfahrensbevollmächtigten vom 2.8.2016 beantragte die Beteiligte zu 1 die Einziehung des Erbscheins (und die Einziehung des Testamentsvollstreckerzeugnisses). Sie ist der Meinung, das Testament des Erblassers vom 27.12.2011, insbesondere die Anordnung von Vor- und Nacherbschaft, sei unwirksam, denn der Änderungsvorbehalt im Testament vom 10.7.2000 sei gemäß § 2065 BGB unwirksam, sodass der Erblasser gar nicht entgegen den Bestimmungen aus dem Testament vom 10.7.2000 habe testie-

ren dürfen. Selbst bei Annahme der Wirksamkeit der Klausel sei die letztwillige Verfügung vom 27.12.2011 aber deswegen unwirksam, weil es dann an der Herstellung des nach der Klausel notwendigen Einvernehmens mit den Testamentsvollstreckern fehle. Hintergrund der Klausel sei wohl die Besorgnis der seinerzeit schon betagten Eheleute gewesen, der überlebende Ehegatte könne sich bei einer Neuverfügung zu leicht beeinflussen lassen. Der von den Eheleuten gewählte Weg sei aber unzulässig, denn damit hätten sie die Geltung der letztwilligen Verfügung in die Zustimmungsbefugnis der Testamentsvollstrecker gestellt. Die in der Präambel der notariellen Urkunde vom 27.12.2011 enthaltene Erklärung des Erblassers sei unerheblich, weil es nur auf den gemeinsamen Willen der Eheleute ankomme.

**9** Mit Beschluss vom 2.11.2016 hat das AG – Nachlassgericht – den Antrag der Beteiligten zu 1 zurückgewiesen. Zwar sei die in der Änderungsklausel enthaltene Bindung an die Zustimmung der Testamentsvollstrecker gemäß § 2065 BGB unwirksam, doch führe dies nicht zur Unwirksamkeit der gesamten Änderungsklausel, sondern nur zur Unwirksamkeit des Zustimmungsvorbehalts. Dies ergebe die Auslegung des Testaments; denn die Eheleute hätten nur im Testament vom 6.8.1995 von einer Zustimmung, später dagegen von einer Übereinstimmung gesprochen, was angesichts der im Übrigen sehr detaillierten Regelungen bedeute, dass darin eine Aufweichung der Bindung an die Testamentsvollstrecker zum Ausdruck gebracht werden sollte. Dafür spreche nicht zuletzt auch die Erklärung des Erblassers in der Präambel zum notariellen Testament.

**10** Gegen diesen (...) Beschluss hat (...) die Beteiligte zu 1 Beschwerde eingelegt (...). Mit Beschluss vom 19.12.2016 hat das AG der Beschwerde nicht abgeholfen und das Rechtsmittel dem Senat zur Entscheidung vorgelegt.

#### AUS DEN GRÜNDEN:

**11** II. Das (...) Rechtsmittel hat Erfolg und führt zur Aufhebung des amtsgerichtlichen Beschlusses und zur Anweisung an das Nachlassgericht, den Erbschein vom 6.5.2014 einzuziehen.

**12** Die Einziehung des gemeinschaftlichen Erbscheins vom 6.5.2014 gemäß § 2361 Satz 1 BGB hat zu erfolgen, denn dieser gibt die Rechtsnachfolge nach dem Erblasser nicht zutreffend wieder.

**13** Das notarielle Einzeltestament vom 27.11.2011, welches Grundlage der Rechtsnachfolge im Erbschein vom 6.5.2014 ist, ist gemäß § 2271 Abs. 1 Satz 2 BGB unwirksam.

**14** Die in einem gemeinschaftlichen Testament – hier: dem Testament der Eheleute vom 10.7.2000 – enthaltenen wechselbezüglichen Anordnungen können entgegen § 2271 Abs. 1 Satz 2 BGB ausnahmsweise dann durch eine neue letztwillige Verfügung des überlebenden Ehegatten widerrufen werden, wenn sich die Ehegatten durch einen sog. Änderungsvorbehalt ermächtigt haben, abweichend von den getroffenen Anordnungen zu verfügen und auch wechselbezügliche Verfügungen abzuändern (allgemeine Auffassung, vgl. Palandt/*Weidlich*, 76. Aufl., § 2271, und BGH, NJW 1964, 2056; Staudinger/*Kanzleiter*, Neub. 2014, § 2271, Rdnr. 56). Dieses Recht zur Abänderung kann von den Ehegatten mit beliebigen Einschränkungen erteilt werden (Staudinger/*Kanzleiter*, a. a. O.).

**15** Zutreffend sind das Nachlassgericht und die Beteiligten zunächst davon ausgegangen, dass es sich bei der Einsetzung der beiden Töchter der Erblasser und ihrer Enkel zu Erben um eine wechselbezügliche Verfügung i. S. d. §§ 2270, 2271 BGB handelt. Angesichts der Formulierung im Testament und der Verwandtschaftsverhältnisse spricht alles dafür, dass die Einsetzung der gemeinsamen Kinder und Enkel zu Erben des zuletzt

Versterbenden durch die Ehefrau des Erblassers ausschließlich vor dem Hintergrund erfolgte, dass auch der Erblasser so verfügte. Daher konnte der überlebende Erblasser am 27.12.2011 nur dann wirksam anders verfügen, wenn ihm dieses Recht durch einen Änderungsvorbehalt eingeräumt worden war. Einen solchen Änderungsvorbehalt enthält das gemeinschaftliche Testament der Eheleute vom 10.7.2000. Dort heißt es mit hinreichender Eindeutigkeit, dass der Überlebende das Testament „in allen Punkten ändern und letztwillig neu verfügen“ kann, wodurch klar gestellt ist, dass der überlebende Ehegatte auch von Todes wegen neu verfügen können soll.

**16** Soweit das Nachlassgericht und die Beschwerde allerdings wegen der Regelung in § 2065 BGB Bedenken gegen die Wirksamkeit dieses Änderungsvorbehalts vor dem Hintergrund geäußert haben, dass die Testierenden diese Verfügungsbefugnis für den Überlebenden von der „Übereinstimmung“ der – zukünftigen – Testamentsvollstrecker abhängig gemacht haben, vermag der Senat diese Bedenken, wie bereits durch den Hinweis vom 14.6.2017 dargelegt, nicht zu teilen.

**17** Das Recht zur Abänderung der gemeinschaftlichen letztwilligen Verfügung kann von den Ehegatten mit beliebigen Einschränkungen versehen werden (Staudinger/*Kanzleiter*, a. a. O.). Das lässt sich damit begründen, dass das Gesetz im Grundsatz von der Bindungswirkung der in einem gemeinschaftlichen Testament getroffenen wechselbezüglichen Verfügungen ausgeht. Der – vereinbarte – Änderungsvorbehalt stellt sich im Verhältnis dazu als eine Ausnahme von der gesetzlichen Regelung dar, die wegen der Testierfreiheit der Erblasser zu akzeptieren ist. Wenn aber die Testierenden dem Überlebenden schon die volle Freiheit einräumen können, die im gemeinschaftlichen Testament enthaltenen wechselbezüglichen Verfügungen zu beseitigen, dann können sie erst recht diese Freiheit auch wieder einschränken, denn dabei handelt es sich um ein Minus im Verhältnis zur vollen Verfügungsfreiheit. Die Bindung der Änderungsbefugnisse an die Zustimmung eines Dritten erweist sich daher nicht als Fall des Verstoßes gegen das Gebot der Höchstpersönlichkeit bei der Abfassung von letztwilligen Verfügungen (§ 2065 Abs. 1 BGB), sondern als Einschränkung einer Rechtsposition, auf die der Betreffende von Gesetzes wegen ohnehin keinen Anspruch hat. Damit war es den Testierenden grundsätzlich möglich, die Änderung von wechselbezüglichen Verfügungen – hier: die Einsetzung ihrer Kinder und Erben zu bestimmten Quoten – von der Zustimmung eines Dritten abhängig zu machen.

**18** Die hier getroffene Regelung erweist sich auch nicht vor dem Hintergrund als bedenklich, dass die Testamentsvollstreckung nach der insoweit klaren Formulierung im Testament erst mit dem Tode des zuletzt Versterbenden einsetzen sollte. Zwar mag das in dem Fall, in dem der Testamentsvollstrecker in der letztwilligen Verfügung noch nicht benannt ist, problematisch sein, doch hatten die Testierenden hier ja die Personen im Testament – einschließlich einer Ersatzberufung – benannt, sodass auch in Ansehung des zwischenzeitlichen Versterbens des als Testamentsvollstrecker vorgesehenen Herrn A grundsätzlich die Möglichkeit bestand, den weiter benannten Herrn B und den Ersatzberufenen Herrn C anzusprechen. Da diese Personen nach der Vorstellung der Testieren-

den den Längerlebenden überleben mussten, um ihr Amt als Testamentsvollstrecker antreten zu können, folgt daraus nach den Gesetzen der Logik, dass sie dem überlebenden Ehegatten zu dessen Lebzeiten erst recht als Ansprechpartner zur Verfügung stehen konnten.

**19** Entgegen der Annahme der Beteiligten zu 2 kann die Beschränkung des Änderungsvorbehalts auch nicht als bloßes Mitteilungs- und Beratungserfordernis ausgelegt werden. So lässt sich aus dem Wechsel der Wortwahl von „Einverständnis“ (1995) zu „Übereinstimmung“ (1996 bzw. 2000) kein Anhaltspunkt für einen Wechsel in der Willensrichtung der Testierenden hin zu einem bloßen Beratungs- und Mitteilungserfordernis gewinnen. Vielmehr bilden die Begriffe „Übereinstimmung“ und „Einverständnis“ Synonyme für eine gleichgerichtete Willensbildung und lassen daher eine unterschiedliche Qualität der Inhalte vermissen.

**20** Der – frühere – Hinweis des Senats vom 20.2.2017 auf die Widersprüchlichkeit zwischen der einerseits zum Ausdruck gebrachten Verfügungsfreiheit des überlebenden Ehegatten und seiner Bindung an die Zustimmung der präsumtiven Testamentsvollstrecker lässt sich dadurch auflösen, dass die Freiheit in der Möglichkeit zur Änderung des gemeinschaftlichen Testaments insbesondere die inhaltliche Seite dieser Befugnis betont, während die Bindung an das mit Dritten herzustellende Einvernehmen als dessen Vorbedingung verstanden werden kann.

**21** Dass die Testierenden durchaus in der Lage waren, ihren Willen sicher und sorgfältig zu formulieren, belegt der Grad an Detaillierung und die Offenbarung grundsätzlicher rechtlicher Grundkenntnisse (zum Beispiel der Verweis auf die Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB im Testament von 1995). Dem steht indes nicht entgegen, dass sich der überlebende Ehegatte nicht vollkommen frei verhalten, sondern mit den von den Testierenden als Personen ihres Vertrauen angesehenen Dritten abstimmen sollte. Die Regelung kann daher sehr wohl als bewusst und intelligent gewählte Vorkehrung gegen eine mögliche Vereitelung des im gemeinschaftlichen Testament zum Ausdruck gebrachten Willens durch Manipulationen des überlebenden Ehegatten vonseiten der erbberechtigten Personen angesehen werden.

**22** Fernerhin verfährt auch das Argument nicht, die hier verfolgte Auslegung des Änderungsvorbehalts lasse eine Lösung für den Fall eines unlösbaren Entscheidungskonflikts zwischen den zu Testamentsvollstreckern bestimmten Personen vermissen. Tatsächlich führt diese Situation nämlich nicht zu einem Schwebezustand, sondern es kommt eben nicht zur inhaltlichen Änderung des gemeinschaftlichen Testaments vom 10.7.2000, weil es an der Zustimmung der Testamentsvollstrecker fehlt.

**23** Auch der vom Nachlassgericht hervorgehobene Umstand, dass die Eheleute ihre letztwilligen Verfügungen offensichtlich immer wieder den veränderten tatsächlichen und familiären Umständen angepasst hätten, zwingt nicht zu einer anderen Auslegung der Regelung über die Zustimmungsbedürftigkeit des Änderungsvorbehalts. Angesichts des Umstandes, dass die von den Testierenden ausgewählten Personen das Vertrauen der Eheleute genossen, konnten diese erwarten, dass

etwaig notwendig werdende Änderungen beispielsweise in der Erbfolge von den Benannten mitgetragen werden würden, wenn für diese der Änderungsbedarf plausibel gemacht worden wäre.

**24** Schließlich vermag auch die Erklärung des Erblassers in der Präambel seines Einzeltestaments vom 27.12.2011, der Wille der Eheleute sei nicht dahin gegangen, sich dem Diktat der Testamentsvollstrecker zu unterwerfen, das hier gefundene Auslegungsergebnis nicht zu erschüttern. Bei der Auslegung eines gemeinschaftlichen Testaments kommt es auf die Ermittlung des gemeinsamen Willens beider Testierenden an (Staudinger/Kanzleiter, Vor §§ 2265 ff. Rdnr. 47). Spätere Erklärungen eines von beiden Eheleuten können zwar ein wichtiges Indiz für die Ermittlung der Vorstellungen der Testierenden sein, müssen aber mit der gebotenen Vorsicht gewürdigt werden, weil die Vermutung nahe liegt, dass damit der Wunsch nach Durchsetzung der aktuellen Interessen des überlebenden Ehegatten verbunden sein kann. Vorliegend ist zu berücksichtigen, dass die Regelung über die herzustellende „Übereinstimmung“ praktisch obsolet wäre, wenn man sie auf die von der Beteiligten zu 2 vertretene Beratungs- und Mitteilungsfunktion beschränken würde. In der Konsequenz könnte sich der überlebende Ehegatte dann nämlich immer darauf berufen, dass es auch der Beratung und Mitteilung nicht bedurft hätte, weil letztendlich immer sein Wille maßgeblich ist, sodass es sich bei der „Übereinstimmung“ um eine bloße Förmlichkeit, die damit verzichtbar wäre, handeln würde. Das indes lässt sich mit der vorewähnten Gewissenhaftigkeit und Detailgenauigkeit, mit der die Testierenden ihre letztwilligen Verfügungen verfassten, nicht in Einklang bringen.

(...)

#### ANMERKUNG:

Von Notar **Christian Braun**, Erlangen

##### 1. Sachstand

Die Entscheidung des OLG Bremen betrifft, wie *Wolffskeel v. Reichenberg* zutreffend ausführt<sup>1</sup>, juristisches Neuland und steckt die Grenzen des § 2065 BGB neu ab. Genau das macht sie so interessant. Veröffentlichte Reaktionen auf diese Entscheidungen gibt es bisher wenige. Sie reichen – auch das macht sie interessant – von Zustimmung<sup>2</sup> bis Ablehnung<sup>3</sup>. Das gleiche Bild ergab eine (natürlich nicht repräsentativ) von mir durchgeführte Abstimmung im Kollegenkreis.

Ich stimme mit *Wolffskeel v. Reichenberg*<sup>4</sup> insoweit überein, als ich mir keine Aufnahme des Änderungsvorbehalts unter Zustimmung eines Dritten in den Kanon erbrechtlicher Gestaltungsmittel wünsche. Die damit verbundenen Gestaltungsprobleme zeigt allein der der Entscheidung des OLG

<sup>1</sup> *Wolffskeel v. Reichenberg*, ZEV 2018, 92.

<sup>2</sup> Ohne weitere Ausführungen BeckOGK-BGB/Röhl, Stand: 1.12.2017, § 2278 Rdnr. 31; mit kurzer Begründung BeckOGK-BGB/S. Braun, Stand: 1.12.2017, § 2271 Rdnr. 152.

<sup>3</sup> Mit ausführlicher Begründung *Wolffskeel v. Reichenberg*, ZEV 2018, 92; unter Bezugnahme auf *Wolffskeel v. Reichenberg* BeckOGK-BGB/Gomille, Stand: 1.2.2018, § 2065 Rdnr. 29.

<sup>4</sup> *Wolffskeel v. Reichenberg*, ZEV 2018, 92, 93 (unter 3.).

Bremen zugrunde liegende Sachverhalt<sup>5</sup> (In welcher Form hat der Dritte zuzustimmen und wie wird die Zustimmung ggf. nachgewiesen? Wann muss der Dritte zustimmen – kann dies ggf. auch erst nach dem Tod des Längerlebenden erfolgen? Wie wird der Dritte ordnungsgemäß bezeichnet?). Hinzu kommt, dass nicht ausgeschlossen werden kann, dass sich der Dritte bei seiner Entscheidung von sachfremden, also nicht von der Intention der Erblasser geprägten Motiven leiten lässt.<sup>6</sup>

## 2. Materielle Höchstpersönlichkeit

Die geschilderten praktischen Probleme stehen hier jedoch nicht im Mittelpunkt des Interesses. Die (allein) entscheidende Frage ist, ob die Grenzziehung durch das OLG Bremen zutreffend erfolgt ist. Mein spontaner Gedanke war, dass das OLG Bremen falsch liegt und die Gestaltung gegen § 2065 Abs. 1 BGB verstößt. Mittlerweile bin ich jedoch der Ansicht, dass das OLG Bremen richtig liegt und die Gestaltung sich (noch) im Rahmen des nach § 2065 Abs. 1 BGB Möglichen bewegt.

§ 2065 BGB legt die materielle Höchstpersönlichkeit der Testamenterrichtung fest.<sup>7</sup> Damit hat der Erblasser selbst zu bestimmen, ob eine Verfügung gelten soll oder nicht; weiter hat er selbst die Person des Zuwendungsempfängers und den Gegenstand der Zuwendung festzulegen.<sup>8</sup> Die Vorschrift ergänzt damit die formelle Höchstpersönlichkeit, § 2064 BGB. Kurz gefasst bezwecken die Vorschriften nach herrschender Meinung, dass der Erblasser selbst einen eigenen Entschluss über Inhalt und Geltung seiner Verfügungen fasst und diesen in der gehörigen Form äußert; er soll die Entscheidung bzw. Umsetzung nicht einem Dritten überlassen, sondern selbst die Verantwortung für seine Verfügung übernehmen.<sup>9</sup>

Allgemein anerkannt ist, dass die sich aus vertragsmäßigen Verfügungen in einem Erbvertrag bzw. aus wechselbezüglichen Verfügungen in einem gemeinschaftlichen Testament ergebende Bindung durch einen Änderungsvorbehalt bzw. eine Freistellungsklausel eingeschränkt werden kann.<sup>10</sup> Beim gemeinschaftlichen Testament ergibt sich die Zulässigkeit daraus, dass die Bindung sich allein aus dem Willen und der Interessenlage der beteiligten Erblasser rechtfertigt.<sup>11</sup>

Den beteiligten Erblassern steht es daher frei, zu bestimmen, ob und inwieweit ihre Anordnungen überhaupt wechselbezüglich sein sollen, sodass sie die in § 2271 Abs. 2 BGB vorgesehene Widerruflichkeit erweitern und die sich aus der Wechselbezüglichkeit ergebende Bindung durchbrechen können.<sup>12</sup> Beim Erbvertrag folgt die Zulässigkeit zum einen aus dem Grundsatz der Vertragsfreiheit und zum anderen daraus, dass selbst ein Rücktrittsvorbehalt als einschneidendere Maßnahme gesetzlich möglich ist.<sup>13</sup> Die Ausgestaltung des Umfangs des Änderungsvorbehalts unterliegt dabei der freien Vereinbarung der Beteiligten.<sup>14</sup>

*Wolffskeel v. Reichenberg* hat Recht, wenn er betont, dass die eben genannte Freiheit endet, wenn damit gegen sonstiges Recht, zum Beispiel gegen § 138 BGB, verstoßen wird.<sup>15</sup> Die erforderliche Zustimmung eines Dritten ist im Bereich des Änderungsvorbehalts jedoch, und hier endet die Übereinstimmung mit *Wolffskeel v. Reichenberg*, kein solcher Verstoß:

a) Sowohl die in dem ursprünglichen Testament enthaltene Erbeinsetzung als auch die in dem späteren Änderungstestament des Längerlebenden getroffene Erbeinsetzung sollen nach dem Wortlaut der Testamente ohne weitere Bedingung, insbesondere ohne Zustimmung des Dritten, wirksam sein.

b) Die Zustimmung des Dritten ist auf einer „zweiten Ebene“, nämlich im Bereich der Durchbrechung der Bindung von Bedeutung. Nach § 2289 Abs. 1 Satz 2 BGB<sup>16</sup> ist eine spätere Verfügung unwirksam, soweit sie das Recht eines bindend Bedachten beeinträchtigt. § 2289 Abs. 1 Satz 2 BGB führt jedoch nicht zur Nichtigkeit der späteren Verfügung; sofern die entgegenstehende bindende Verfügung außer Kraft tritt, kommt die spätere Verfügung doch noch zum Tragen.<sup>17</sup> Weiter scheidet eine Beeinträchtigung des früher begründeten Rechts aus, wenn dieses frühere Recht einem Änderungsvorbehalt unterliegt. Da die Erblas-

5 In der Entscheidung sollte die Änderung nur in Übereinstimmung mit den Testamentsvollstreckern, die aber erst für den zweiten Erbfall ernannt waren, möglich sein.

6 *Wolffskeel v. Reichenberg*, ZEV 2018, 92, 93 (unter 3.) weist zutreffend darauf hin, dass dies bis zur Forderung einer Gegenleistung durch den Dritten gehen kann.

7 Staudinger/Otte, Neub. 2013, § 2065 Rdnr. 1.

8 Staudinger/Otte, § 2065 Rdnr. 1, mit dem zutreffenden Hinweis, dass eine eindeutige Unterscheidung von § 2065 Abs. 1 BGB und § 2065 Abs. 2 BGB nicht immer leicht möglich, aber letztlich auch unerheblich ist.

9 BeckOGK-BGB/Gomille, § 2065 Rdnr. 3 f.; MünchKomm-BGB/Leipold, 7. Aufl. 2017, § 2065 Rdnr. 1; Staudinger/Otte, § 2065 Rdnr. 2 ff.

10 Umfassend dazu Reimann/Bengel/Mayer/J. Mayer, Testament und Erbvertrag, 6. Aufl. 2015, § 2271 BGB Rdnr. 66 ff. und § 2278 BGB Rdnr. 14 ff.

11 BeckOGK-BGB/S. Braun, § 2271 Rdnr. 148.

12 Reimann/Bengel/Mayer/J. Mayer, Testament und Erbvertrag, § 2271 BGB Rdnr. 67 mit umfassenden Nachweisen; Burandt/Rojahn/C. Braun, Erbrecht, 2. Aufl. 2014, § 2271 BGB Rdnr. 28.

13 Reimann/Bengel/Mayer/J. Mayer, Testament und Erbvertrag, § 2278 BGB Rdnr. 15 mit umfassenden Nachweisen.

14 Zum gemeinschaftlichen Testament: BeckOGK-BGB/S. Braun, § 2271 Rdnr. 152; Burandt/Rojahn/C. Braun, Erbrecht, § 2271 BGB Rdnr. 30; Staudinger/Kanzleiter, Neub. 2014, § 2271 Rdnr. 56. Beim Erbvertrag wird dagegen diskutiert, ob auch ein (beim gemeinschaftlichen Testament unstrittig zulässiger) Totalvorbehalt möglich ist. Dies spielt im Kontext der Entscheidung des OLG Bremen jedoch keine Rolle. Vgl. zur Diskussion beim Erbvertrag Reimann/Bengel/Mayer/J. Mayer, Testament und Erbvertrag, § 2278 BGB Rdnr. 20 ff. mit umfassenden Nachweisen.

15 *Wolffskeel v. Reichenberg*, ZEV 2018, 92 (unter 2.1).

16 Dieser ist auf bindende Verfügungen in einem Erbvertrag direkt anzuwenden; auf Verfügungen in einem gemeinschaftlichen Testament, die nach dem Tod des Erstversterbenden bindend geworden sind, findet er entsprechende Anwendung; vgl. nur Burandt/Rojahn/C. Braun, Erbrecht, § 2271 BGB Rdnr. 37.

17 Reimann/Bengel/Mayer/J. Mayer, Testament und Erbvertrag, § 2289 BGB Rdnr. 49.

ser jedoch frei sind, eine Bindung zu wollen oder auch gerade nicht zu wollen, können sie auch dazwischen liegende Haltungen einnehmen.<sup>18</sup>

c) Der Änderungsvorbehalt selbst dürfte keine letztwillige Verfügung i. S. d. § 2065 BGB sein. Zwar wird der Begriff der letztwilligen Verfügung in § 1937 BGB mit dem des Testaments gleichgestellt, was dafür spricht, den Änderungsvorbehalt als Verfügung i. S. d. § 2065 BGB anzusehen. Doch verwendet der Gesetzgeber selbst die Begrifflichkeiten nicht immer einheitlich.<sup>19</sup> Wie § 2065 Abs. 2 BGB zeigt, hat der Begriff der Verfügung i. S. d. § 2065 BGB anders als der Änderungsvorbehalt einen zuwendenden Charakter.

d) Nicht geleugnet werden kann, dass der dem § 2065 BGB zugrunde liegende Zweck auch die hier geschilderte Situation umfasst. Durch die Ausgestaltung des Änderungsvorbehalts kann Macht auf einen Dritten übertragen werden, ohne dass dieser letztlich Verantwortung für sein Handeln trägt.<sup>20</sup> Letztlich handelt es sich aber um eine mittelbare bzw. analoge Anwendung des Gedankens. Diese mittelbare Anwendung kann jedoch nicht zu einer Unwirksamkeit führen. Bei § 2065 BGB handelt es sich um eine Einschränkung der Testierfreiheit und Einschränkungen sind grundsätzlich restriktiv zu handhaben. Weiter ist das Erbrecht grundsätzlich von einer eher großzügigen Haltung im Hinblick auf die Wirksamkeit von Verfügungen geprägt (vgl. nur § 2084 BGB).

Zusammenfassend lässt sich daher sagen, dass die Gestaltung sicher grenzwertig und für die Praxis nicht zu empfehlen ist; rechtlich zulässig dürfte sie jedoch sein.

18 So auch das OLG Bremen in Rdnr. 14 der besprochenen Entscheidung.

19 Dazu MünchKomm-BGB/Leipold, § 1937 Rdnr. 6.

20 Zur „Macht ohne Verantwortung“ Staudinger/Otte, § 2065 Rdnr. 4 und *Wolfskeel v. Reichenberg*, ZEV 2018, 92.

## 14. Kein Anspruch auf Ergänzung des Europäischen Nachlasszeugnisses

OLG Nürnberg, Beschluss vom 27.10.2017, 15 W 1461/17  
*EU ErbVO Art. 30*

### LEITSATZ:

**Art. 30 EU ErbVO ist eine Ausnahmegvorschrift, die gewährleisten soll, dass spezifische, meist historisch gewachsene, nachlassrechtliche Rechtsinstitute unabhängig von Art. 23 Abs. 1 EU ErbVO wirksam bleiben. Als Ausnahmegvorschrift ist Art. 30 EU ErbVO aber eng auszulegen.**

### SACHVERHALT:

1 I. Mit Beschluss vom 21.7.2017 hat das AG Fürth den Antrag der Alleinerbin auf Ergänzung des Europäischen Nachlasszeugnisses zurückgewiesen.

2 Gegen diesen, der Beteiligten am 26.7.2017 zugegangenen Beschluss richtet sich deren beim AG Fürth am 28.7.2017 eingegangene Beschwerde.

3 Das AG hat mit Beschluss vom 2.8.2017 der Beschwerde nicht abgeholfen und die Akten dem Senat vorgelegt.

### AUS DEN GRÜNDEN:

4 II. Die Beschwerde der Beteiligten ist zulässig (Art. 72 Abs. 1 EU ErbVO; §§ 58, 63 FamFG), hat in der Sache aber keinen Erfolg.

5 Das AG Fürth hat in der angefochtenen Entscheidung zu Recht und mit zutreffender Begründung, auf die der Senat Bezug nimmt, den Antrag der Alleinerbin auf Ergänzung des Europäischen Nachlasszeugnisses zurückgewiesen.

6 Die mit der Beschwerdebegründung vorgebrachten Umstände rechtfertigen keine andere Bewertung. Ergänzend ist hierzu lediglich auszuführen:

7 1. Die Beschwerdeführerin bringt vor, dass das nach den Vorgaben des deutschen Erbrechts ausgestellte Europäische Nachlasszeugnis für eine Umschreibung des Grundbuchs bezüglich der sich im Nachlass befindlichen Immobilie auf die Erbin nach dem Grundbuchrecht in Österreich nicht ausreicht. Dem liegt der Beschluss des Landesgerichts Klagenfurt vom 2.6.2016, GZ 2 R 114/16 zugrunde, in dem festgestellt wird, dass die Voraussetzungen für eine Eigentumseinverleibung weiterhin nach österreichischem Recht zu beurteilen seien und daher die genaue Bezeichnung der Liegenschaft (gemeint ist damit offenbar der Anteil, die Einlagezahl und die Katastralgemeinde) im Europäischen Nachlasszeugnis enthalten sein müsse. Die Beschwerdeführerin trägt vor, dass österreichische Grundbuchgerichte daher keine Eigentumseinverleibungen mehr vornähmen, wenn Einlagezahl und Katastralgemeinde sowie die Anteilsbezeichnung nicht im Europäischen Nachlasszeugnis enthalten seien.

8 Die Auslegung der §§ 436 i. V. m. 433 ABGB im Hinblick darauf, ob eine Einverleibung nach österreichischem Recht mit Rücksicht auf § 33 Abs. 1 lit. d GBG i. d. F. ErbRÄG 2015 auch bloß aufgrund eines in Deutschland ausgestellten Erbscheins erfolgen kann, der keine in Österreich gelegene Liegenschaft enthält, ist auch in Österreich oberstgerichtlich noch nicht entschieden. Die durch die Entscheidung des Landesgerichts Klagenfurt entstandene Blockade der Eigentumseinverleibung nach österreichischem Recht kann nicht durch eine dem deutschen Recht zuwiderlaufende Auslegung der EU ErbVO aufgelöst werden.

9 Die in einem anderen Mitgliedsstaat geltenden Vorschriften für die Eintragung eines Erben ins Grundbuch sind verfahrensrechtliche Vorschriften, die nicht unter Art. 30 EU ErbVO zu subsumieren sind.

10 Art. 30 EU ErbVO ist eine Ausnahmegvorschrift, die gewährleisten soll, dass spezifische, meist historisch gewachsene, nachlassrechtliche Rechtsinstitute unabhängig von Art. 23 Abs. 1 EU ErbVO wirksam bleiben. Als Ausnahmegvorschrift ist Art. 30 EU ErbVO aber eng auszulegen, da sonst der Grundsatz der Nachlassseinheit ausgehöhlt würde (Dutta/Weber/Schmidt, Internationales Erbrecht, 2016, Art. 30 EU ErbVO Rdnr. 3). Jedenfalls handelt es sich bei den österreichischen

Vorschriften zur erleichterten Eintragung von Erben ins Grundbuch nicht um vergleichbare, spezifische nachlassrechtliche Rechtsinstitute, sondern um grundbuchrechtliche Verfahrensvorschriften.

**11** Gemäß Art. 1 Abs. 2 lit. I EU ErbVO ist aber die Eintragung von Rechten an unbeweglichen Vermögensgegenständen in einem Register einschließlich der gesetzlichen Voraussetzungen vom Anwendungsbereich der EU ErbVO ausgeschlossen (OLG München, Beschluss vom 12.9.2017, 31 Wx 275/17). Auch in den amtlichen Erwägungsgründen zur EU ErbVO ist in Nr. 18 vermerkt, dass die Voraussetzungen für die Eintragung von Rechten an beweglichen oder unbeweglichen Vermögensgegenständen in einem Register aus dem Anwendungsbereich dieser Verordnung ausgenommen werden sollten. Andererseits sollte das nach dieser Verordnung erstellte Europäische Nachlasszeugnis im Hinblick auf die Eintragung des Nachlassvermögens in ein Register eines (anderen) Mitgliedsstaates ein gültiges Schriftstück darstellen – jedoch unabhängig von ggf. erforderlichen, weiteren Nachweisen.

**12** 2. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus Art. 68 lit. I EU ErbVO (OLG Nürnberg, Beschluss vom 25.4.2017, Rpfleger 2017, 545; Beschluss vom 5.4.2017, ZEV 2017, 579).

**13** Die Angabe einzelner Nachlassgegenstände, die einem bestimmten Erben zustehen, kommt nach Art. 68 lit. I i. V. m. Art. 63 Abs. 2 lit. b EU ErbVO nur in Betracht, wenn die Gegenstände dem Erben mit dinglicher Wirkung („unmittelbar“) zugewiesen sind (jurisPK-BGB/*Kleinschmidt*, 8. Aufl. 2017, Art. 69 EU ErbVO Rdnr. 9, Art. 68 EU ErbVO Rdnr. 25, Art. 63 Rdnr. 33; MünchKomm-BGB/*Dutta*, 6. Aufl. 2015, Art. 63 EU ErbVO Rdnr. 16; *Simon/Buschbaum*, NJW 2012, 2393). Eine dinglich wirkende Teilungsanordnung ist dem deutschen Erbrecht aber fremd (*Dutta/Weber/Schmidt*, Internationales Erbrecht, Art. 68 EU ErbVO Rdnr. 12).

**14** 3. Auch die nur unverbindliche, informatorische Aufnahme des Grundstücks in das Nachlasszeugnis ist nicht zulässig. Denn eine solche Information, der nicht die Vermutungswirkung und der Vertrauensschutz der EU ErbVO zukommen könnte, liefe dem Bestreben, mit dem Europäischen Nachlasszeugnis ein Instrument mit einem formalisierten Inhalt zu schaffen, das in jedem Mitgliedstaat unproblematisch verwendet werden kann, zuwider.

(...)

## 15. Wirkung der Anfechtung eines gemeinschaftlichen Testaments

OLG München, Beschluss vom 24.7.2017, 31 Wx 335/16

BGB §§ 133, 2084, 2247 Abs. 1, § 2270 Abs. 3, § 2361

### LEITSATZ:

**War die Erbeinsetzung eines Ehegatten als Alleinerbe durch den anderen wechselbezüglich zur Schlusserben-einsetzung der gemeinsamen Kinder durch ihn, führt die**

**Beseitigung dieser (wechselbezüglichen) Schlusserben-einsetzung durch wirksame Anfechtung gemäß § 2079 BGB dazu, dass nach § 2270 Abs. 1 BGB auch die Einsetzung des anfechtenden Ehegatten als Alleinerbe nichtig ist.**

### SACHVERHALT:

**1** I. Die Erblasserin ist 2009 verstorben. Der Beteiligte zu 1 war ihr Ehemann, die Beteiligten zu 2 und 3 die gemeinsamen Kinder.

**2** Die Erblasserin hatte mit dem Beteiligten zu 1 zwei gemeinschaftliche Testamente errichtet. Im Testament vom 8.6.1999 setzten sich die Ehegatten gegenseitig zu Alleinerben ein. In dem Testament aus dem Jahre 2009 setzten sich die Ehegatten ebenfalls gegenseitig zu Alleinerben ein und beriefen die gemeinsamen Kinder zu Erben des Letztversterbenden.

**3** Nach dem Tod seiner Ehefrau ging der Beteiligte zu 1 eine eingetragene Partnerschaft ein, in deren Folge er mit notarieller Urkunde vom 8.1.2016 die Schlusserben-einsetzung der Beteiligten zu 2 und 3 aus dem Testament aus dem Jahre 2009 wegen Übergehen eines Pflichtteilsberechtigten angefochten hat.

**4** In dieser Urkunde heißt es auszugsweise:

„Mit wirksamer Anfechtung der Schlusserben-einsetzung der Kinder in dem gemeinschaftlichen Testament entfallen auch sämtliche letztwilligen Verfügungen von Todes wegen, die hierzu wechselbezüglich sind. Wechselbezüglichkeit liegt vor, wenn anzunehmen ist, dass die Verfügung des einen Ehegatten nicht ohne die des anderen getroffen worden wäre, wenn also jede der beiden Verfügungen mit Rücksicht auf die andere getroffen und nach dem Willen der gemeinschaftlich Testierenden die eine mit der anderen Verfügung stehen oder fallen soll. Steht die Schlusserben-einsetzung der Kinder im Verhältnis zur Erbeinsetzung des Ehemannes durch seine Ehefrau im Verhältnis der Wechselbezüglichkeit, entfällt bei Wirksamkeit der Anfechtung auch die Erbeinsetzung des Ehemannes durch seine verstorbene Ehefrau und damit dessen Alleinerbenstellung. Liegt keine anderweitige letztwillige Verfügung der Ehefrau vor, tritt (rückwirkend) auf den Todestag gesetzliche Erbfolge ein, was eine Erbengemeinschaft des Ehemannes mit seinen beiden Kindern zur Folge hat.“

**5** Am 4.4.2016 erteilte das Nachlassgericht einen Erbschein, der den Beschwerdeführer zu 1/2, die Beteiligten zu 2 und 3 als Erben zu je 1/4 ausweist.

**6** Mit Schriftsatz vom 4.5.2016 erklärte der Beschwerdeführer die Anfechtung seiner Anfechtungserklärung vom 8.1.2016 gegenüber dem Nachlassgericht. Er meint, dadurch sei der Erbschein vom 4.4.2016 unrichtig geworden und regt dessen Einziehung an.

**7** Das Nachlassgericht hat den Erbschein nicht eingezogen; dagegen richtet sich die Beschwerde.

### AUS DEN GRÜNDEN:

**8** II. Die Beschwerde ist unbegründet.

**9** Der Senat teilt die Ansicht des Nachlassgerichts, dass die Voraussetzungen für die Einziehung des Erbscheins gemäß § 2361 BGB nicht vorliegen.

**10** Eine Anweisung gegenüber dem Nachlassgericht, den erteilten Erbschein einzuziehen (§ 2361 BGB), kommt nicht in Betracht, da der erteilte Erbschein nicht unrichtig ist. Die Einziehung hätte dann zu erfolgen, wenn das Gericht das bezugte Erbrecht aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht mehr als gegeben ansieht, wobei bloße Zweifel nicht genügen (*Palandt/Weidlich*, 76. Aufl. 2017, § 2362 Rdnr. 9). Das Nachlassgericht muss sich dabei in die Lage versetzen, als

hätte es den Erbschein erstmals zu erteilen (Palandt/Weidlich, a. a. O.).

**11** 1. Der Beschwerdeführer hat das Testament aus dem Jahre 2009 wirksam gemäß § 2079 BGB angefochten, sofern er darin die Beteiligten zu 2 und 3, seine Kinder, zu seinen Schlusserben eingesetzt hat, denn nach allgemeiner Ansicht kann der überlebende Ehegatte nach dem Eingehen einer neuen Ehe bzw. Lebenspartnerschaft seine eigenen, in einem gemeinschaftlichen Testament getroffenen wechselbezüglichen Verfügungen wegen Übergehens eines Pflichtteilsberechtigten entsprechend §§ 2281 ff. BGB nach dem Tod des Erstversterbenden anfechten (OLG München, ZEV 2015, 474).

**12** Rechtsfolge dieser Anfechtung ist auch, dass die eigene Einsetzung des Beschwerdeführers als Alleinerbe durch seine vorverstorbene Ehefrau nach deren Tod weggefallen ist, da diese mit der Schlusserbeneinsetzung der gemeinsamen Kinder wechselbezüglich war.

**13** a) Nach § 2270 Abs. 1 BGB sind in einem gemeinschaftlichen Testament getroffene Verfügungen dann wechselbezüglich und damit für den überlebenden Ehegatten bindend getroffen, wenn anzunehmen ist, dass die Verfügung des einen Ehegatten nicht ohne die Verfügung des anderen Ehegatten getroffen worden wäre, wenn also jede der beiden Verfügungen mit Rücksicht auf die andere getroffen worden ist und nach dem Willen der gemeinschaftlich Testierenden die eine mit der anderen stehen oder fallen soll (BayObLG, FamRZ 2005, 1931 m. w. N.). Maßgeblich ist allein der übereinstimmende Wille der Ehegatten zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung (BGHZ 112, 229, 233). Enthält ein gemeinschaftliches Testament keine klare und eindeutige Anordnung zur Wechselbezüglichkeit, muss diese nach den allgemeinen Auslegungsgrundsätzen und für jede Verfügung gesondert ermittelt werden (BGH, NJW-RR 1987, 1410). Erst wenn die Ermittlung des Erblasserwillens weder die gegenseitige Abhängigkeit noch die gegenseitige Unabhängigkeit der beiderseitigen Verfügungen ergibt, ist gemäß § 2270 Abs. 2 BGB im Zweifel Wechselbezüglichkeit anzunehmen, wenn sich die Ehegatten gegenseitig bedenken oder wenn dem einen Ehegatten von dem anderen eine Zuwendung gemacht und für den Fall des Überlebens des Bedachten eine Verfügung zugunsten einer Person getroffen wird, die mit dem anderen Ehegatten verwandt ist oder ihm sonst nahe steht. Diese Auslegungsregel ist erst dann heranzuziehen, wenn nach Überprüfung aller inner- und außerhalb des Testaments liegenden Umstände verbleibende Zweifel nicht zu beseitigen sind (BayObLG, FamRZ 2005, 1931). Ob zwischen Verfügungen von Ehegatten in einem gemeinschaftlichen Testament der in § 2270 BGB bezeichnete Zusammenhang der Wechselbezüglichkeit besteht, ist – sofern dies nicht eindeutig ist – nach allgemeinen Auslegungsgrundsätzen (§§ 133, 2084 BGB) zu entscheiden. Ob Wechselbezüglichkeit i. S. d. § 2270 BGB vorliegt, ist nicht generell für das gesamte Testament zu bestimmen; vielmehr muss für dies jede einzelne Verfügung gesondert geprüft und bejaht werden (BGH, NJW-RR 1987, 1410; OLG München, FamRZ 2010, 1846, 1848). Dies setzt zunächst voraus, dass die einzelnen Verfügungen ermittelt und festgestellt werden. Erst wenn dies der Fall ist, kann sich die Frage anschließen, ob einer bestimmten Verfügung Wechselbezüglichkeit beizumessen ist.

**14** b) Unter Zugrundelegung dieser Grundsätze hat der Senat keine Zweifel, dass die Schlusserbeneinsetzung der gemeinsamen Kinder in dem Testament aus dem Jahre 2009 jeweils wechselbezüglich zur Alleinerbeneinsetzung des jeweils anderen Ehegatten war. Zwar haben die Ehegatten die Wechselbezüglichkeit nicht ausdrücklich angeordnet; sie ergibt sich jedoch aus der Auslegung des Testaments. Beide Ehegatten haben sich für den Tod des jeweils anderen Ehegatten als Alleinerben eingesetzt und damit jeweils die gemeinsamen Kinder beim Tod des erstversterbenden Ehegatten enterbt. Dies geschieht regelmäßig in der Erwartung, dass der überlebende Ehegatte nach seinem Tod dann die gemeinsamen Kinder als Schlusserben bedenkt. Der vorversterbende Ehegatte hat mithin ersichtlich ein Interesse daran, dass die Alleinerbeneinsetzung des anderen Ehegatten durch ihn mit der bindenden Schlusserbeneinsetzung der gemeinsamen Kinder durch den anderen Ehegatten „steht und fällt“.

**15** c) War damit die Erbeinsetzung des Beschwerdeführers als Alleinerbe durch seine Ehefrau wechselbezüglich zur Schlusserbeneinsetzung der gemeinsamen Kinder durch ihn, führt die Beseitigung dieser (wechselbezüglichen) Schlusserbeneinsetzung durch wirksame Anfechtung gemäß § 2079 BGB dazu, dass gemäß § 2270 Abs. 1 BGB auch die Einsetzung des Beschwerdeführers als Alleinerbe durch seine Ehefrau nichtig ist (MünchKomm-BGB/Musielak, 7. Aufl. 2017, § 2271 Rdnr. 45).

**16** 2. Den Verlust dieser Alleinerbenstellung konnte der Beschwerdeführer auch nicht dadurch beseitigen, dass er die Anfechtung der Schlusserbeneinsetzung seiner Kinder mit Erklärung gegenüber diesen wiederum angefochten hat.

**17** a) Dabei kann dahinstehen, ob die sonstigen Voraussetzungen der Anfechtung gemäß § 142 BGB vorliegen oder nicht, denn der Senat teilt die Ansicht des Nachlassgerichts, dass seitens des Beschwerdeführers schon kein zur Anfechtung berechtigender Irrtum vorlag.

**18** b) Ausweislich § 3 Ziffer 2 der notariellen Urkunde vom 8.1.2016, in der die Anfechtung des Testaments aus dem Jahre 2009 erklärt wurde, hat der beurkundende Notar ausdrücklich über die Folgen dieser Testamentsanfechtung aufgeklärt. Er hat insbesondere darauf hingewiesen, dass mit wirksamer Anfechtung der Schlusserbeneinsetzung auch sämtliche Verfügungen, die hierzu wechselbezüglich sind, entfallen. Für die Annahme eines zur Anfechtung berechtigenden Irrtums des Beschwerdeführers ist mithin kein Raum, zumal darüber hinaus bei einer unterschriebenen Urkunde der Erfahrungssatz besteht, dass sie die vollständigen Willenserklärungen der Parteien richtig wiedergibt (BGH, NJW 1999, 1709; Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, 38. Aufl. 2017, § 416 Rdnr. 3).

**19** Damit bleibt es dabei, dass durch die wirksam erklärte Anfechtung der Schlusserbeneinsetzung der Beteiligten zu 2 und 3 durch den Beschwerdeführer auch seine Alleinerbeneinsetzung durch seine Ehefrau entfallen ist.

**20** 4. Eine Alleinerbenstellung des Beschwerdeführers lässt sich schließlich auch nicht aus dem Testament vom 8.6.1999 herleiten.

**21 a)** Allerdings besteht grundsätzlich die Möglichkeit, dass nach der erfolgreichen Anfechtung eines Testaments ein früheres oder späteres Testament, das wegen der wechselbezüglichen Verfügungen an sich nichtig ist, Wirksamkeit erlangt (RGZ 65, 275; 130, 213; MünchKomm-BGB/*Musielak*, § 2271 Rdnr. 45; Staudinger/*Kanzleiter*, § 2271 Rdnr. 76).

**22 b)** Dies kommt hier aber nicht in Betracht, weil die Alleinerbenerbenbenennung des Beschwerdeführers durch die Erblasserin im Testament vom 8.6.1999 wirksam widerrufen wurde und dieser Widerruf nach wie vor wirksam ist.

**23 aa)** Das Testament aus dem Jahre 2009 enthält keinen ausdrücklichen Widerruf des Testaments vom 8.6.1999 bzw. der darin vorgenommenen Verfügungen. Ein Widerruf setzt aber gemäß § 2254 BGB nicht voraus, dass er ausdrücklich erklärt wird, vielmehr kann sich der Widerruf der früheren Verfügung im Wege der Auslegung ergeben; dies ist nach den allgemeinen Grundsätzen zu ermitteln (BayObLGZ 56, 377; Palandt/*Weidlich*, § 2254 Rdnr. 2). Bei der Testamentsauslegung gemäß § 133 BGB kommt es auf den wirklichen Willen des Erblassers an, ohne am buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften (BGH, ZEV 1997, 376; FamRZ 2012, 26; MünchKomm-BGB/*Leipold*, § 2084 Rdnr. 1; Burandt/Rojahn/*Czubayko*, Erbrecht, 2. Aufl. 2014, § 2084 Rdnr. 9; *Firsching/Graf*, Nachlassrecht, 10. Aufl. 2014, Rdnr. 1.133; NK-Erbrecht/*Fleindl*, 4. Aufl. 2014, § 2084 Rdnr. 3). Für die Ermittlung dieses Willens sind alle Umstände, auch solche außerhalb des Testaments, heranzuziehen.

**24 bb)** Schon der Wortlaut der beiden Testamente aus den Jahren 1999 und 2009 legt den Schluss nahe, dass die Erblasserin bei Errichtung des Testaments aus dem Jahre 2009 den Willen hatte, die Einsetzung ihres Ehemanns als Alleinerben im Testament vom 8.6.1999 nur dann und insoweit aufrechtzuerhalten, wenn dieser im Gegenzug die gemeinsamen Kinder als seine Schlusserben einsetzt; im Übrigen sollte die frühere Verfügung keinen Bestand mehr haben. Damit verschlechterte sich die Stellung des Beschwerdeführers durch das Testament aus dem Jahre 2009; denn während die Erblasserin ihn im Testament aus dem Jahre 1999 ohne weitere Einschränkungen als ihren Alleinerben eingesetzt hatte, hielt sie diese Verfügung im Testament aus dem Jahre 2009 nur (noch) insoweit aufrecht, als der Beschwerdeführer seinerseits für den Fall seines Letztversterbens im Gegenzug die gemeinsamen Kinder zu seinen Erben einsetzen würde. Damit wurde die (unbedingte) Alleinerbenerbenbenennung des Beschwerdeführers im Testament aus dem Jahre 1999 durch das Ehegattentestament aus dem Jahre 2009 wirksam gemäß § 2254 BGB widerrufen.

**25** Dieser Wille ist auch durch die Schlusserbenbenennung der Beteiligten zu 2 und 3 hinreichend im Testament aus dem Jahre 2009 angedeutet und somit formwirksam erklärt, § 2247 Abs. 1 BGB.

**26 cc)** Dieser Widerruf der Erbeinsetzung im Testament aus dem Jahre 1999 durch das Testament aus dem Jahre 2009 wird durch die vom Beschwerdeführer erklärte Anfechtung vom 8.1.2016 nicht berührt.

**27 (1)** Gemäß § 2270 Abs. 1 BGB werden durch die wirksame Anfechtung einer wechselbezüglichen Verfügung grundsätz-

lich alle mit ihr im Abhängigkeitsverhältnis stehenden Verfügungen des anderen Ehegatten gleichfalls unwirksam (OLG München, ZEV 2015, 474, 475; Palandt/*Weidlich*, § 2271 Rdnr. 33). Andere Verfügungen, insbesondere die nicht im Verhältnis der Wechselbezüglichkeit zur angefochtenen Verfügung (hier: Schlusserbenbenennung der gemeinsamen Kinder) stehenden Verfügungen des vorverstorbenen Ehegatten, werden mithin durch die Anfechtung nicht berührt. Der von der Erblasserin im Testament aus dem Jahre 2009 (konkludent) erklärte Widerruf der unbedingten Alleinerbenerbenbenennung ihres Ehemannes im Testament vom 8.6.1999 ist aber eine einseitige Verfügung, die nach § 2270 Abs. 3 BGB nicht wechselbezüglich und deshalb auch nicht von der Nichtigkeitsfolge des § 2270 Abs. 1 BGB betroffen sein kann.

**28 (2)** Damit bleibt es dabei, dass die Erbeinsetzung des Beschwerdeführers im Testament vom 8.6.1999 wirksam widerrufen ist, sodass nach dem Tod der Erblasserin gesetzliche Erbfolge eingetreten ist. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der vom Beschwerdeführer zitierten Entscheidung des BayObLG vom 9.6.1999 (MittBayNot 2000, 119). Maßgeblicher Unterschied in jener Entscheidung war, dass gerade nicht der anfechtende Ehegatte im früheren Testament eingesetzt war, sondern in beiden Testamenten der Sohn als Schlusserbe zum Zuge kommen sollte.

**29** Mithin ist der vom Nachlassgericht erteilte Erbschein richtig.

#### HINWEIS DER SCHRIFTFÜHRUNG:

Siehe zu dieser Entscheidung auch den Aufsatz von **Keim**, MittBayNot 2018, 211 (in diesem Heft).

## HANDELSRECHT, GESELLSCHAFTSRECHT, REGISTERRECHT

### 16 . Weite Auslegung der Gerichtszuständigkeit nach Satzungssitz

BGH, Urteil vom 14.11.2017, VI ZR 73/17 (Vorinstanz: OLG Celle, Urteil vom 8.12.2016, 5 U 94/16)

*EuGVVO Art. 60 Abs. 1 lit. a, Art. 63 Abs. 1, Art. 66 Abs. 1 ZPO § 17 Abs. 1 Satz 1, § 545 Abs. 2*

*Brüssel Ia-VO Art. 66*

*AEUV Art. 48 Abs. 1, Art. 54 Abs. 1, Art. 267 Abs. 1, Art. 3 GmbHG § 4a*

#### LEITSATZ:

**Der Begriff des satzungsmäßigen Sitzes i. S. d. Art. 63 Abs. 1 lit. a EuGVVO n. F./Art. 60 Abs. 1 lit. a EuGVVO a. F. setzt keine Verwaltungs- oder Geschäftstätigkeit am Ort des Satzungssitzes voraus. Es bedarf keines über den Registertatbestand hinausgehenden realwirtschaftlichen Bezugs (Fortführung von BGH, Urteil vom 12.7.2011, II ZR 28/10, BGHZ 190, 242 Rdnr. 19 ff.).**



**SACHVERHALT:**

**1** Die klagende Krankenversicherung nimmt die beklagte Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) aus übergegangenem Recht vor dem LG Hannover auf Schadensersatz in Anspruch. Ein Versicherungsnehmer der Klägerin wurde im Jahr 2011 in Österreich bei einem Unfall verletzt, während er dort für die Beklagte Arbeiten an einer Tribüne durchführte.

**2** Die Beklagte ist im Handelsregister des AG Hannover mit Sitz und Geschäftsanschrift in Hannover eingetragen. Am 24.6.2014 erfolgte folgende Eintragung:

**3** „Zweigniederlassung unter gleicher Firma in (...) Meran/Italien, Geschäftsanschrift: (...) Meran/Italien.“

Im Handelsregister Bozen/Italien ist zur Beklagten eingetragen:

„Gesellschaft gegründet aufgrund von Gesetzen eines anderen Staates Rechtssitz: Hannover (...) Germania

(...)

Eintragungsdatum: 9/5/2014 (...) Zweitsitz n. 1 Eröffnungsdatum 22/4/2014 Anschrift Meran (BZ) (...) Seit 1/10/2014 Verwaltungssitz.“

**4** Das LG hat sich für unzuständig gehalten und die Klage als unzulässig abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das OLG das Urteil aufgehoben und den Rechtsstreit an das LG zurückverwiesen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Abweisung der Klage als unzulässig weiter.

**AUS DEN GRÜNDEN:**

**5 I.** Nach Auffassung des Berufungsgerichts ist das LG Hannover gemäß Art. 63 Abs. 1 EuGVVO, § 17 Abs. 1 Satz 1 ZPO zuständig. Der satzungsmäßige Sitz der Beklagten befindet sich nach den beigezogenen Handelsregisterakten in Hannover, lediglich der Verwaltungssitz sei nach Meran/Italien verlegt worden.

**6 II.** Die Revision ist unbegründet. Insbesondere hat das Berufungsgericht zutreffend angenommen, dass die deutschen Gerichte international zuständig sind, was ohne Einschränkung durch § 545 Abs. 2 ZPO auch im Revisionsrechtzug zu prüfen ist (Senat, Urteile vom 28.7.2015, VI ZR 465/14, AG 2015, 820 Rdnr. 13; vom 17.3.2015, VI ZR 11/14, NJW-RR 2015, 941 Rdnr. 14 m. w. N.; BGH, Urteil vom 28.11.2002, III ZR 102/02, BGHZ 153, 82, 84 ff.; vgl. zur Prüfung der örtlichen Zuständigkeit Senat, Versäumnisurteil vom 15.9.2015, VI ZR 480/14, juris Rdnr. 14 ff.).

**7 1.** Die internationale Zuständigkeit richtet sich nach der EuGVVO.

**8** Es kann offen bleiben, ob die Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22.12.2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (EuGVVO a. F.) oder die Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.12.2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (EuGVVO n. F.) anzuwenden ist.

**9** Gemäß Art. 66 Abs. 1 EuGVVO n. F. ist diese Verordnung (n. F.) nur auf Verfahren anzuwenden, die am 10.1.2015 oder danach eingeleitet worden sind. Im vorliegenden Zusammenhang bedarf es keiner Entscheidung, ob unter Einleitung im Sinne dieser Vorschrift entsprechend Art. 32 Abs. 1 lit. a EuGVVO n. F. der Eingang der Klageschrift beim LG – hier am

22.12.2014 – oder entsprechend der lex fori deren Zustellung an die Beklagte – hier am 13.1.2015 – zu verstehen ist (siehe dazu MünchKomm-ZPO/*Gottwald*, 5. Aufl., Art. 66 Brüssel la-VO Rdnr. 4; Musielak/*Voit/Stadler*, ZPO, 14. Aufl., Art. 66 EuGVVO Rdnr. 1; HK-ZPO/*Dörner*, 7. Aufl., Art. 66 EuGVVO Rdnr. 2; Rauscher/*Staudinger*, EuZPR/EuIPR, 4. Aufl., Art. 66 Brüssel la-VO Rdnr. 2; siehe weiter Senat, Urteil vom 24.6.2014, VI ZR 315/13, ZIP 2014, 1997 Rdnr. 14). Die jeweils relevanten Vorschriften der EuGVVO alter und neuer Fassung haben einen identischen Wortlaut und sind nicht unterschiedlich auszulegen (vgl. allgemein zur Auslegungskontinuität Rauscher/*Staudinger*, EuZPR/EuIPR, Brüssel la-VO Einleitung Rdnr. 35; HK-ZPO/*Dörner*, Vor EuGVVO Rdnr. 24).

**10 2.** Nach Art. 4 Abs. 1 EuGVVO n. F./Art. 2 Abs. 1 EuGVVO a. F. sind Personen, die ihren Wohnsitz im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats haben, ohne Rücksicht auf ihre Staatsangehörigkeit grundsätzlich vor den Gerichten dieses Mitgliedstaats zu verklagen. Gemäß Art. 63 Abs. 1 EuGVVO n. F./Art. 60 Abs. 1 EuGVVO a. F. haben für die Anwendung der Verordnung Gesellschaften und juristische Personen ihren Wohnsitz an dem Ort, an dem sich ihr satzungsmäßiger Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung befindet.

**11 a)** Falls sich aus den Anknüpfungspunkten satzungsmäßiger Sitz, Hauptverwaltung oder Hauptniederlassung unterschiedliche Gerichtsstände ergeben, bestehen diese alternativ und eröffnen dem Kläger ein Wahlrecht (BAG, Urteil vom 23.1.2008, 5 AZR 60/07, NJW 2008, 2797 Rdnr. 15; *Ringe*, IPrax 2007, 388, 389; Rauscher/*Staudinger*, EuZPR/EuIPR, Art. 63 Brüssel la-VO Rdnr. 1; MünchKomm-ZPO/*Gottwald*, Brüssel la-VO Art. 4 Rdnr. 18, Art. 63 Rdnr. 1, 9, 11).

**12 b)** Die Anknüpfungspunkte satzungsmäßiger Sitz, Hauptverwaltung und Hauptniederlassung sind verordnungsautonom in Anlehnung an die entsprechenden Begriffe in Art. 54 Abs. 1 AEUV/Art. 48 Abs. 1 EGV auszulegen (BGH, Beschluss vom 27.6.2007, XII ZB 114/06, NJW-RR 2008, 551 Rdnr. 11; BAG, Urteile vom 24.9.2009, 8 AZR 306/08, BAGE 132, 182 Rdnr. 31; vom 23.1.2008, 5 AZR 60/07, NJW 2008, 2797 Rdnr. 16; *Ringe*, IPrax 2007, 388, 389; Rauscher/*Staudinger*, EuZPR/EuIPR, Art. 63 Brüssel la-VO Rdnr. 1; MünchKomm-ZPO/*Gottwald*, Art. 63 Brüssel la-VO Rdnr. 1, 9).

**13** „Satzungsmäßiger Sitz“ i. S. v. Art. 63 Abs. 1 lit. a EuGVVO n. F./Art. 60 Abs. 1 lit. a EuGVVO a. F. ist der in der Gesellschaftssatzung genannte (*Ringe*, IPrax 2007, 388, 389; Rauscher/*Staudinger*, EuZPR/EuIPR, Art. 63 Brüssel la-VO Rdnr. 1; Callies/*Ruffert*, EUV/AEUV, 5. Aufl., Art. 54 AEUV Rdnr. 17). Geltung und zulässigen Inhalt der Gesellschaftssatzung regelt insoweit das nationale Recht (vgl. EuGH, Urteile vom 29.11.2011, C-371/10, Slg. 2011, I-12273, Rdnr. 26 (National Grid Indus); vom 16.12.2008, C-210/06, Slg. 2008, I-964, Rdnr. 104 ff. (*Cartesio*); vom 25.10.2017, C-106/16, Rdnr. 34, 43; Rauscher/*Mankowski*, EuZPR/EuIPR, Art. 24 Brüssel la-VO Rdnr. 63).

**14 c)** Der satzungsmäßige Sitz der Beklagten befindet sich nach den vom Berufungsgericht getroffenen und von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen in Hannover.

**15** Für die Bestimmung des satzungsmäßigen Sitzes ist es unerheblich, ob der Verwaltungssitz der Beklagten nach

Meran/Italien verlegt wurde und ob diese Verlegung zulässig war. Es kann daher insbesondere offen bleiben, ob die Verlegung des Verwaltungssitzes in das Ausland und Trennung vom inländischen Satzungssitz seit der durch das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vom 23.10.2008 (BGBl. I, S. 2026) erfolgten Neufassung des § 4a GmbHG und Streichung des bisherigen Absatzes 2 dieser Vorschrift zulässig ist (bejahend unter Hinweis auf BT-Drucks. 16/6140, S. 29/BR-Drucks. 354/07, S. 65 etwa *Bayer/Schmidt*, ZHR 173 (2009), 735; *Hermanns*, MittBayNot 2016, 297; *Scholz/Emmerich*, GmbHG, 11. Aufl., § 4a Rdnr. 28 f.; *Lutter/Hommelhoff/Bayer*, GmbHG, 19. Aufl., § 4a Rdnr. 15; *Baumbach/Hueck/Fastrich*, GmbHG, 21. Aufl., § 4a Rdnr. 11; *Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt/J. Schmidt*, GmbHG, 3. Aufl., § 4a Rdnr. 13 ff.; *MünchKomm-GmbHG/Mayer*, 2. Aufl., § 4a Rdnr. 9 ff., 68 jeweils m. w. N. auch zu abweichenden Ansichten; a. A. etwa *Werner*, GmbHR 2009, 191, 196).

**16 d)** Entgegen der Auffassung der Revision ist es unerheblich, ob die Beklagte in Deutschland unternehmerische Tätigkeit ausübt, Büroräume oder einen in irgendeiner Weise eingerichteten Gewerbebetrieb unterhält. Art. 63 Abs. 1 lit. a EuGVVO n. F./Art. 60 Abs. 1 lit. a EuGVVO a. F. ist nicht einschränkend auszulegen.

**17 aa)** Nach Ansicht der Revision erfordert die Eröffnung der Gerichtszuständigkeit am Satzungssitz mit Blick auf die geschützten Interessen der Beklagten jedenfalls ein Mindestmaß an Unternehmenstätigkeit am Satzungssitz, das vom Verordnungsgeber ersichtlich für den Regelfall vorausgesetzt, aber durch den bloßen Unterhalt einer „Briefkastenfirma“ nicht erfüllt werde. Der bloße Umstand, dass die Beklagte allein aus Gründen des nationalen materiellen Gesellschaftsrechts gezwungen sei, einen deutschen Satzungssitz zu behalten, wenn sie ihre Tätigkeit unter Beibehaltung ihrer Rechtsform in einen anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union verlagern und damit von ihrer Niederlassungsfreiheit Gebrauch machen wolle, rechtfertige es nicht, nunmehr auch den Beklagtegerichtsstand an einen bloß auf dem Papier bestehenden Satzungssitz anzuknüpfen. Dem Vorteil des Klägers, der nicht nur das Ob, sondern darüber hinaus auch den Zeitpunkt und die Art des Klageangriffs bestimmen könne, entspreche durch die Bestimmung eines allgemeinen Gerichtsstandes die Vergünstigung des Beklagten, den ihm ohne und meist gegen seinen Willen aufgezwungenen Rechtsstreit nicht auch noch unter zusätzlichen Erschwerungen an einem auswärtigen Gericht führen zu müssen. Bei Beschränkung der „Tätigkeit“ der Gesellschaft auf den bloßen Unterhalt einer Briefkastenadresse könne gerade nicht angenommen werden, das Gericht am „Satzungssitz“ sei am besten in der Lage, über Ansprüche gegen die Gesellschaft zu entscheiden.

**18 bb)** Es gibt keinen Gesichtspunkt, der für eine derartige einschränkende Auslegung spricht (siehe zu den Auslegungskriterien EuGH, Urteil vom 23.4.2009, C-533/07, Slg. 2009, I-3369 Rdnr. 20 m. w. N. (Falco Privatstiftung)).

**19 (1)** Der Wortlaut des Art. 63 Abs. 1 lit. a EuGVVO n. F./Art. 60 Abs. 1 lit. a EuGVVO a. F. und die Systematik der Norm sprechen dagegen, dass ein „satzungsmäßiger Sitz“ i. S. v. Art. 63 Abs. 1 lit. a EuGVVO n. F./Art. 60 Abs. 1 lit. a EuGVVO

a. F. – außer der satzungsmäßigen Regelung – eine Verwaltungs- oder Geschäftstätigkeit an diesem Ort erfordert. Solche Tätigkeiten sollen ersichtlich nur von Bedeutung sein, soweit sie eine Hauptverwaltung (Art. 63 Abs. 1 lit. b EuGVVO n. F./Art. 60 Abs. 1 lit. b EuGVVO a. F.) oder eine Hauptniederlassung (Art. 63 Abs. 1 lit. c EuGVVO n. F./Art. 60 Abs. 1 lit. c EuGVVO a. F.) begründen (vgl. zur Hauptverwaltung BGH, Beschluss vom 27.6.2007, XII ZB 114/06, NJW-RR 2008, 551 Rdnr. 11; BAG, Urteile vom 24.9.2009, 8 AZR 306/08, BAGE 132, 182 Rdnr. 31; vom 23.1.2008, 5 AZR 60/07, NJW 2008, 2797 Rdnr. 16; zur Hauptniederlassung BAG, Urteil vom 24.9.2009, 8 AZR 306/08, BAGE 132, 182 Rdnr. 34).

**20** Abweichendes ergibt sich nicht aus dem Hinweis der Revision auf den Grundsatz des Wohnsitzgerichtsstands. Art. 4 Abs. 1 EuGVVO n. F./Art. 2 Abs. 1 EuGVVO a. F. knüpft bei natürlichen Personen nicht an den gewöhnlichen Aufenthalt oder Wohnort an, sondern an das formale Kriterium des Wohnsitzes, der gemäß Art. 62 EuGVVO n. F./Art. 59 EuGVVO a. F. nach nationalem Recht zu bestimmen ist (vgl. dazu MünchKomm-ZPO/Gottwald, Brüssel Ia-VO Art. 4 Rdnr. 2, Art. 62 Rdnr. 2, 4). Dem entspricht das formale Kriterium des satzungsmäßigen Sitzes bei Gesellschaften und juristischen Personen in Art. 63 Abs. 1 lit. a EuGVVO n. F./Art. 60 Abs. 1 lit. a EuGVVO a. F.

**21 (2)** Die Erwägungsgründe der EuGVVO sprechen ebenfalls gegen eine einschränkende Auslegung. Danach sollen die Zuständigkeitsvorschriften in hohem Maße vorhersehbar sein und sich grundsätzlich nach dem Wohnsitz des Beklagten richten (Erwägungsgründe EuGVVO a. F. [11] Satz 1; EuGVVO n. F. [15] Satz 1; siehe weiter EuGH, Urteile vom 23.4.2009, C-533/07, Slg. 2009, I-3369 Rdnr. 21 f. m. w. N. (Falco Privatstiftung); vom 14.7.2016, C-196/15, NJW 2016, 3078 Rdnr. 16). Der Sitz juristischer Personen wurde in den Verordnungen selbst definiert, um die Transparenz der gemeinsamen Vorschriften zu stärken und Kompetenzkonflikte zu vermeiden (Erwägungsgründe EuGVVO a. F. [11] Satz 2; EuGVVO n. F. [15] Satz 3). Das Erfordernis eines Mindestmaßes von Verwaltungs- und/oder Geschäftstätigkeit am Satzungssitz würde die vom Verordnungsgeber gewollte Vorhersehbarkeit und Transparenz einschränken.

**22 (3)** Sowohl die differenzierenden Anknüpfungspunkte des Art. 63 Abs. 1 EuGVVO n. F./Art. 60 Abs. 1 EuGVVO a. F. als auch das Abstellen auf das Kriterium des Satzungssitzes ohne weitere Voraussetzungen sind bereits im Primärrecht angelegt (Art. 54 Abs. 1 AEUV/Art. 48 Abs. 1 EGV).

**23 (4)** Schließlich ist eine einschränkende Auslegung nicht deshalb geboten, weil die Beklagte ihre Rechtsform nur beibehalten kann, wenn sie ihren Satzungssitz in Deutschland hat.

**24** Gemäß § 4a GmbHG (in der Fassung des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vom 23.10.2008, BGBl. I, S. 2026) ist Sitz der Gesellschaft der Ort im Inland, den der Gesellschaftsvertrag bestimmt. Danach kann der Satzungssitz nur innerhalb Deutschlands – jedenfalls grundsätzlich – frei gewählt und verlegt werden (vgl. *Lutter/Hommelhoff/Bayer*, GmbHG, § 4a Rdnr. 5, 7, 17; *Baumbach/Hueck/Fastrich*, GmbHG, § 4a Rdnr. 3 f., 8 ff.; *Meckbach*, NZG 2014, 526).

**25** Diese Regelung ist vereinbar mit der Niederlassungsfreiheit (Art. 49, 54 Abs. 1 AEUV). Ein Mitgliedstaat der Europäischen Union kann sowohl die Voraussetzungen bestimmen, die eine Gesellschaft erfüllen muss, um als nach seinem innerstaatlichen Recht gegründet angesehen zu werden und damit in den Genuss der Niederlassungsfreiheit gelangen zu können, als auch die Voraussetzungen, die für den Erhalt dieser Eigenschaft verlangt werden. Ein Mitgliedstaat hat daher die Möglichkeit, einer nach seiner Rechtsordnung gegründeten Gesellschaft Beschränkungen hinsichtlich der Verlegung ihres Sitzes aus seinem Hoheitsgebiet aufzuerlegen, damit sie die ihr nach dem Recht dieses Staates zuerkannte Rechtspersönlichkeit behalten kann (EuGH, Urteile vom 29.11.2011, C-371/10, Slg. 2011, I-12273, Rdnr. 27 (National Grid Indus); vom 16.12.2008, C-210/06, Slg. 2008, I-964, Rdnr. 110 (Cartesio)).

**26** Danach ist es auch unbedenklich, den Sitzungssitz unabhängig von einer dort ausgeübten Verwaltungs- oder Geschäftstätigkeit zum Anknüpfungspunkt für einen Gerichtsstand zu machen. Es bedarf keines über den Registertatbestand hinausgehenden realwirtschaftlichen Bezugs (vgl. BGH, Urteil vom 12.7.2011, II ZR 28/10, BGHZ 190, 242 Rdnr. 19 ff. zu Art. 22 Nr. 2 EuGVVO a. F. bei Auslandsgesellschaften).

**27** cc) Es bedarf keiner Vorabentscheidung des Gerichtshofs gemäß Art. 267 Abs. 1 und 3 AEUV. Die letztinstanzlichen Gerichte der Mitgliedstaaten sind nicht zur Vorlage verpflichtet, wenn die richtige Anwendung des Gemeinschaftsrechts derart offenkundig ist, dass für einen vernünftigen Zweifel kein Raum mehr bleibt (EuGH, Urteile vom 6.10.1982, C-283/81, Slg. 1982, 3415, Rdnr. 13 ff. (Cilfit); vom 6.12.2005, C-461/03, Slg. 2005, I-10513, Rdnr. 16 (Gaston Schul Douane-Expéditeur)). Dies ist vorliegend der Fall.

## 17. Berichtigung eines Hauptversammlungsprotokolls durch Notar

BGH, Urteil vom 10.10.2017, II ZR 375/15 (Vorinstanz: OLG Dresden, Urteil vom 20.11.2015, 8 U 334/15)

*AktG § 122 Abs. 1-3, § 124 Abs. 4 Satz 1, § 130 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2, § 241 Nr. 1 und 2, § 243*  
*BeurkG § 37 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, § 44a Abs. 2*

### LEITSÄTZE:

- 1. Der Notar kann die notarielle Niederschrift über die Hauptversammlung einer Aktiengesellschaft berichtigen. Bei der Berichtigung durch eine ergänzende Niederschrift müssen der Versammlungsleiter oder die in der Hauptversammlung anwesenden Aktionäre nicht mitwirken.**
- 2. Der Rechtsgrund für die gewählte Abstimmungsart muss nicht in der Niederschrift angegeben werden.**
- 3. Das zahlenmäßige Ergebnis der Abstimmung ist mit der Anzahl der Ja- und Nein-Stimmen in die notarielle Niederschrift aufzunehmen. Werden statt der Anzahl der Ja- und Nein-Stimmen Prozentzahlen auf-**

**genommen, führt dieser Beurkundungsfehler nicht zur Nichtigkeit, wenn sich aus den Angaben in der Niederschrift das zahlenmäßige Abstimmungsergebnis so errechnen lässt, dass danach keine Zweifel über die Ablehnung oder Annahme des Antrags und die Ordnungsmäßigkeit der Beschlussfassung verbleiben (insoweit teilweise Aufgabe von BGH, Urteil vom 4.7.1994, II ZR 114/93, ZIP 1994, 1171, 1172 f.).**

- 4. Eine gerichtliche Ermächtigung zur Einberufung einer Hauptversammlung und Ergänzung der Tagesordnung ist nicht mit der Durchführung der vom ermächtigten Aktionär einberufenen Hauptversammlung verbraucht, wenn die dort gefassten Beschlüsse aufgrund eines formellen Einberufungsmangels nichtig sind.**

## 18. Streichung von Satzungsregelungen über Gründungsaufwand bei der GmbH

OLG Celle, Beschluss vom 2.2.2018, 9 W 15/18

*AktG § 26*  
*GmbHG §§ 5, 9 Abs. 2*

### LEITSATZ:

**Die Satzungsregelungen über die Tragung des Gründungsaufwandes in der Satzung der GmbH dürfen jedenfalls vor Ablauf von zehn Jahren nach erstmaliger Eintragung der Gesellschaft nicht gestrichen werden.**

### AUS DEN GRÜNDEN:

**1** Die Antragstellerin richtet sich mit ihrer Beschwerde dagegen, dass das Registergericht die Zurückweisung ihres Eintragungsantrages betreffend die Neufassung der Satzung mit der Begründung in Aussicht gestellt hat, ein Entfall der Regelungen zum Gründungsaufwand sei jedenfalls vor Ablauf von zehn Jahren nach erstmaliger Eintragung nicht zulässig.

**2** Der Senat teilt die Auffassung des Registergerichts, die im Einklang mit Erwägungen des Beschlusses des OLG Oldenburg vom 22.8.2016 (12 W 121/16, juris Rdnr. 16 ff.) steht: Vor Ablauf von weniger als zehn Jahren nach erstmaliger Eintragung der Gesellschaft dürfen Festsetzungen zum Gründungsaufwand aus der Satzung nicht gestrichen werden. Dabei ist auf die Informationsinteressen des Rechtsverkehrs, deren Erfüllung für eine Mindestdauer sicherzustellen ist, abzustellen und die Dauer der Frist wenigstens an im Recht der GmbH geltende Verjährungsfristen, etwa derjenigen aus § 9 Abs. 2 GmbHG, zu orientieren (vgl. auch LG Berlin, Beschluss vom 25.3.1993, 98 T 75/92, wobei die Frist des § 9 Abs. 2 GmbHG seinerzeit nur fünf Jahre betragen hat).

**3** Der Auffassung, dass die Karenzfrist für die Beibehaltung der Satzungsregelungen zum Gründungsaufwand nach Gesetzesänderung (mindestens) zehn Jahre zu betragen hat, hat sich die neuere Literatur angeschlossen (vgl. Scholz/Veil, GmbHG, 12. Aufl. 2018, § 5 Rdnr. 112; Baumbach/Hueck/

*Fastrich*, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 5 Rdnr. 57). Soweit andere Literaturstimmen eine Karenzfrist von nur fünf Jahren haben genügen lassen wollen (etwa *Wachter*, NZG 2010, 734, 737), verweisen diese auf den oben genannten Beschluss des LG Berlin aus dem Jahr 1993, ohne zu berücksichtigen, dass die dort zur Bemessung herangezogene Verjährungsfrist durch den Gesetzgeber mittlerweile auf zehn Jahre verlängert worden ist.

(...)

•

## 19. Aufnahme der Gesellschafterliste in den Registerordner

OLG Nürnberg, Beschluss vom 28.12.2017, 12 W 2005/17

*GmbHG* §§ 16, 40 Abs. 2

*HGB* § 12 Abs. 2

*BeurkG* § 44a Abs. 2, § 45 Abs. 1

### LEITSÄTZE:

1. Eine notarielle Gesellschafterliste kann auch noch nach Einreichung beim Handelsregister und Aufnahme in den Registerordner wegen offenkundiger Unrichtigkeit gemäß § 44a Abs. 2 BeurkG berichtigt werden.
2. Die Urschrift der entsprechend berichtigten Gesellschafterliste bleibt gemäß § 45 Abs. 1 BeurkG in Verwahrung des Notars. Die Berichtigung erfolgt durch Einreichung einer elektronisch beglaubigten Abschrift der berichtigten Gesellschafterliste beim Handelsregister. Hierfür reicht nicht aus, dass bei dem insoweit gemäß § 12 Abs. 2 HGB einzureichenden elektronischen Dokument die Berichtigung allein im Text der Urkunde vorgenommen wird; vielmehr muss auch die elektronisch beglaubigte Abschrift der berichtigten Gesellschafterliste einen Berichtigungsvermerk gemäß § 44a Abs. 2 BeurkG enthalten, der Umstand und Zeitpunkt der Berichtigung erkennen lässt.

•

## 20. Angabe des Geschäftsanteils eines Gesellschafters in der Gesellschafterliste

OLG Nürnberg, Beschluss vom 23.11.2017, 12 W 1866/17

*GmbHG* § 40 Abs. 1 Satz 1 und 3

### LEITSÄTZE:

1. Zur Zulässigkeit von Rundungen bei der nach § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG i. d. F. des Gesetzes vom 23.6.2017 (BGBl. 2017 Teil I, S. 1822, 1864) in der Gesellschafterliste anzugebenden „durch den jeweiligen Nennbetrag eines Geschäftsanteils vermittel-

ten jeweiligen prozentualen Beteiligung am Stammkapital“ wie auch bei dem nach § 40 Abs. 1 Satz 3 GmbHG in der genannten Fassung anzugebenden „Gesamtumfang der Beteiligung am Stammkapital als Prozentsatz“.

2. Die bloße Angabe des Nichtüberschreitens bestimmter Erheblichkeitsschwellen bei Kleinstbeteiligungen – hier: die Formulierung „< 1 %“ – in der Gesellschafterliste zur Bezeichnung der „durch den jeweiligen Nennbetrag eines Geschäftsanteils vermittelten jeweiligen prozentualen Beteiligung am Stammkapital“ ist – jedenfalls derzeit – unzulässig.

### SACHVERHALT:

1 I. Die Beteiligte zu 1 wurde am 8.4.2014 im Handelsregister des AG Fürth eingetragen. Zugleich wurde eine Gesellschafterliste – datierend auf 21.3.2014 – in den Registerordner aufgenommen. Nach Veränderung des Gesellschafterbestandes wurde am 19.8.2014 eine weitere Gesellschafterliste – datierend auf 11.8.2014 – in den Registerordner aufgenommen.

2 Aufgrund vom Notar mit Urkunden vom 31.7.2017 und vom 3.8.2017 beurkundeter Vorgänge ergaben sich weitere Veränderungen des Gesellschafterbestandes. Eine entsprechende neue notarielle Gesellschafterliste – datierend auf 4.9.2017 – wurde vom Notar unter dem 5.9.2017 auf elektronischem Wege beim Registergericht eingereicht.

3 Das Registergericht wies mit Verfügung vom 12.9.2017 darauf hin, dass in dieser Gesellschafterliste der Geschäftsanteil mit der laufenden Nr. (...) zweimal – bei verschiedenen Gesellschaftern – aufgeführt war. Zudem sei die jeweilige Angabe der durch den Nennbetrag des Geschäftsanteils vermittelten prozentualen Beteiligung mit „< 1 %“ nicht ausreichend, vielmehr jeweils ein konkreter Prozentsatz der Beteiligung aufzuführen.

4 Seitens des Notars wurde daraufhin am 12.9.2017 auf elektronischem Wege eine berichtigte Gesellschafterliste vom 4.9.2017 beim Registergericht eingereicht. Diese war zwar hinsichtlich der Angabe der Nummern der Geschäftsanteile dahin berichtigt worden, dass die laufende Nr. (...) nur noch einmal aufgeführt war, wies aber weiterhin hinsichtlich der durch den Nennbetrag des Geschäftsanteils vermittelten prozentualen Beteiligung bei sämtlichen Geschäftsanteilen jeweils die Angabe „< 1 %“ auf.

5 Mit Zwischenverfügung vom 15.9.2017 beanstandete das Registergericht, dass die vorgelegte Gesellschafterliste nicht dem § 40 GmbHG entspreche. Die darin hinsichtlich der durch den Nennbetrag des Geschäftsanteils vermittelten prozentualen Beteiligung allein enthaltene Angabe „< 1 %“ genüge nicht den gesetzlichen Anforderungen. Zudem müsse die erfolgte Berichtigung der notariellen Urkunde erkennbar sein. Das Registergericht hat zur Behebung der genannten Punkte weiter eine Frist von einem Monat gesetzt.

6 Gegen diese, dem Notar am 18.9.2017 zugestellte Zwischenverfügung richtet sich dessen am 2.10.2017 beim Registergericht eingegangene Beschwerde.

7 Mit Beschluss vom 5.10.2017 hat das Registergericht der Beschwerde nicht abgeholfen.

8 Auf Anfrage des Senats hat der Notar unter dem 13.11.2017 erklärt, die Beschwerde aus eigenem Beschwerderecht zu führen.

### AUS DEN GRÜNDEN:

9 II. Die Beschwerde ist zulässig.

10 1. Das Verfahren betrifft eine Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit gemäß dem FamFG. Es handelt sich um eine Registersache im Sinne des § 374 Nr. 1 FamFG.

**11** 2. Die Beschwerde ist statthaft gemäß § 11 Abs. 1 RPfG, § 59 Abs. 2 FamFG i. V. m. § 382 Abs. 4 Satz 2 FamFG, da es sich vorliegend bei der angefochtenen Entscheidung um eine die Aufnahme der Gesellschafterliste in den Registerordner ablehnende Zwischenverfügung des Registergerichts nach § 382 Abs. 4 Satz 1 FamFG handelt.

**12** Zwar erfasst § 382 Abs. 4 FamFG vom Wortlaut her nur Anmeldungen, die zu einer Eintragung in das Handelsregister führen sollen, mithin nicht die hier streitige Aufnahme der Gesellschafterliste in den Registerordner. Eine an dem Zweck der Einführung von § 382 Abs. 4 FamFG orientierte Auslegung ergibt aber, dass § 382 Abs. 4 FamFG über seinen Wortlaut hinaus auch die Aufnahme einer beim Handelsregister zur Aufnahme in den Registerordner eingereichten Gesellschafterliste erfasst (KG, FGPrax 2011, 242; *Bumiller/Harders/Schwamb*, FamFG, 11. Aufl., § 382 Rdnr. 15; MünchKomm-FamFG/*Krafka*, 2. Aufl., § 382 Rdnr. 19 m. w. N.).

**13** Insbesondere handelt es sich bei den durch das Registergericht geforderten Änderungen der Gesellschafterliste um behebbarere Eintragungshindernisse i. S. v. § 382 Abs. 4 Satz 1 FamFG.

**14** 3. Die Beschwerde ist frist- (§ 63 Abs. 1 und 3 FamFG) und formgerecht (§§ 64 Abs. 1 und 2 FamFG) eingelegt.

**15** 4. Die Beschwerde ist unabhängig von dem Beschwerdewert zulässig, da von einer nichtvermögensrechtlichen Angelegenheit auszugehen ist, § 61 Abs. 1 FamFG.

**16** 5. Der Notar ist beschwerdeberechtigt, § 59 Abs. 1 FamFG.

**17** Die Pflicht zur Einreichung einer aktualisierten Gesellschafterliste trifft grundsätzlich die Geschäftsführer einer GmbH, § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG. Hat allerdings – wie im Streitfall – ein Notar an Veränderungen des Gesellschafterbestandes mitgewirkt, so hat dieser „anstelle der Geschäftsführer“ die entsprechende Verpflichtung, § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG. In diesem Fall verdrängt die Notarpflicht zur Einreichung der Gesellschafterliste die entsprechende Pflicht des Geschäftsführers (Baumbach/Hueck/Noack, GmbHG, 21. Aufl., § 40 Rdnr. 57; KG, Beschluss vom 7.7.2015, 22 W 15/15, GmbHR 2016, 1159 = juris Rdnr. 39). Dem Notar steht gegen die Weigerung des Registergerichts, eine von ihm eingereichte Gesellschafterliste in den Registerordner aufzunehmen, ein eigenständiges Beschwerderecht zu (BGH, Beschluss vom 1.3.2011, II ZB 6/10, GmbHG 2011, 474 = juris Rdnr. 9 f.; Beschluss vom 20.9.2011, II ZB 17/10, BGHZ 191, 82 = juris Rdnr. 8).

**18** III. Die Beschwerde bleibt in der Sache ohne Erfolg.

**19** 1. Das Registergericht darf – obwohl es nur Verwahrstelle ist – die eingereichte Gesellschafterliste jedenfalls darauf prüfen, ob sie den Anforderungen des § 40 Abs. 1 GmbHG entspricht; ihm steht insoweit ein formelles Prüfungsrecht zu (BGH, Beschluss vom 20.9.2011, II ZB 17/10, BGHZ 191, 82 = juris Rdnr. 10; Beschluss vom 17.12.2013, II ZB 6/13, BGHZ 199, 270 = juris Rdnr. 8). Das Registergericht ist daher etwa berechtigt, eine Gesellschafterliste zurückzuweisen, die entgegen § 40 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1 GmbHG keine Veränderungen in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligung ausweist, sondern solche nur ankündigt. Es

darf weiter auch prüfen, ob die geänderten Eintragungen in der eingereichten Gesellschafterliste von dem Geschäftsführer (§ 40 Abs. 1 Satz 2 GmbHG) oder dem Notar stammen, der an den Veränderungen mitgewirkt hat (§ 40 Abs. 2 Satz 1 und 2 GmbHG) (BGH, a. a. O.).

**20** Teilweise wird zudem vertreten, dass dem Registergericht neben dem Recht, die formalen Voraussetzungen des § 40 GmbHG zu prüfen, auch ein begrenztes inhaltliches Prüfungsrecht dahin gehend zustehen soll, dass es die Aufnahme der Gesellschafterliste verweigern darf, wenn es sichere Kenntnis von ihrer inhaltlichen Unrichtigkeit hat (offen gelassen von BGH, Beschluss vom 17.12.2013, II ZB 6/13, BGHZ 199, 270 = juris Rdnr. 23).

**21** 2. § 40 GmbHG wurde durch Art. 14 des Gesetzes zur Umsetzung der Vierten EU-Geldwäscherichtlinie, zur Ausführung der EU-Geldtransferverordnung und zur Neuorganisation der Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen vom 23.6.2017 (BGBl. 2017 I, S. 1822) geändert. Nach § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG n. F. muss die Gesellschafterliste nunmehr auch „die durch den jeweiligen Nennbetrag eines Geschäftsanteils vermittelte jeweilige prozentuale Beteiligung am Stammkapital“ enthalten. Hält ein Gesellschafter mehr als einen Geschäftsanteil, so ist nach § 40 Abs. 1 Satz 3 GmbHG n. F. in der Liste der Gesellschafter zudem „der Gesamtumfang der Beteiligung am Stammkapital als Prozentsatz gesondert anzugeben“.

**22** Nach der amtlichen Gesetzesbegründung der Bundesregierung soll dies der „Übersichtlichkeit der Gesellschafterliste“ sowie – hinsichtlich des Gesamtumfangs der Beteiligung – der schnellen Ermittlung des wirtschaftlich Berechtigten dienen. Die Angabe der prozentualen Beteiligung mache die Gesellschafterliste „für die Praxis leichter lesbar und verbessere die Auskunft über die maßgeblichen Gesellschafter“ (BT-Drucks. 18/11155, S. 173 f.).

**23** Nach § 40 Abs. 4 GmbHG n. F. wird das BMJV ermächtigt, durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates nähere Bestimmungen über die Ausgestaltung der Gesellschafterliste zu treffen. Eine derartige Rechtsverordnung ist noch nicht ergangen.

**24** Das Gesetz zur Umsetzung der Vierten EU-Geldwäscherichtlinie, zur Ausführung der EU-Geldtransferverordnung und zur Neuorganisation der Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen vom 23.6.2017 ist nach seinem Art. 24 am 26.6.2017 in Kraft getreten. Nach der Übergangsvorschrift in § 8 EGGmbHG in der Fassung jenes Gesetzes findet § 40 GmbHG n. F. auf am 26.6.2017 im Handelsregister eingetragene Gesellschaften mit beschränkter Haftung „mit der Maßgabe Anwendung, dass die geänderten Anforderungen an den Inhalt der Liste der Gesellschafter erst dann zu beachten sind, wenn aufgrund einer Veränderung nach § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG in der vor dem 26.6.2017 geltenden Fassung eine Liste einzureichen ist“.

**25** Eine solche, auch nach § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG a. F. relevante Veränderung in den Personen der Gesellschafter war Anlass für die Einreichung der streitgegenständlichen neuen Gesellschafterliste. Für die hieran zu stellenden formellen Anforderungen ist mithin § 40 GmbHG n. F. maßgeblich.

**26 3.** Die danach erforderliche Angabe der „durch den jeweiligen Nennbetrag eines Geschäftsanteils vermittelten jeweiligen prozentualen Beteiligung am Stammkapital“ bedingt grundsätzlich die Angabe eines bestimmten Prozentsatzes. Bei der Beteiligten zu 1, deren Stammkapital von 100.000 € in 100.000 Geschäftsanteile zum Nennbetrag von jeweils 1 € aufgeteilt ist, beträgt die durch den Nennbetrag jeweils vermittelte prozentuale Beteiligung mithin jeweils 0,001 %.

**27 a)** Nach dem Gesetzeswortlaut ist die „prozentuale Beteiligung“, also ein Prozentsatz anzugeben. Dies erfordert die Angabe eines Anteils vom Hundert (Hundertstel). Eine solche Angabe kann entweder als Zahl (hier: 0,001 %) oder als Bruch, in dessen Nenner 100 steht (hier: 0,001/100) erfolgen (*Wachter*, GmbHR 2017, 1177, 1190).

**28 b)** Diese Darstellungsform kann, gerade bei „atomistischen Hinterkommastellen“, der Übersichtlichkeit der Gesellschafterliste entgegenstehen, deren Leser verwirren und damit dem Gesetzeszweck zuwiderlaufen.

**29 aa)** In diesen Fällen könnte eine Rundung des Prozentsatzes angezeigt sein, deren Zulässigkeit indes in der Literatur unterschiedlich beurteilt wird (vgl. *Wicke*, DB 2017, 2528 f.). Teils wird eine Rundung auf eine Stelle hinter dem Komma für zulässig gehalten (*Seibert/Bochmann/Cziupka*, GmbHR 2017, R241 f.), teils – unter Hinweis auf Üblichkeit im kaufmännischen Geschäftsverkehr und auf § 3 Abs. 4 Satz 2 EGAktG – eine Rundung auf zwei Stellen hinter dem Komma (*Wachter*, GmbHR 2017, 1177, 1190; *Leuering/Rubner*, NJW-Spezial 2017, 433; *Wegener*, notar 2017, 299, 305), teils – unter Hinweis auf die Darstellungsmöglichkeiten bei handelsüblichen Taschenrechnern – eine Rundung auf sechs Stellen nach dem Komma (*Böhringer*, BWNotZ 2017, 61, 63), teils wird jede Rundung für unzulässig gehalten (*Melchior*, NotBZ 2017, 281, 282).

**30** Im Streitfall scheidet eine Rundung auf den Prozentsatz 0,0 % oder 0 % indes aus, weil hierdurch der irreführende Eindruck einer nicht gegebenen Beteiligung erweckt würde.

**31 bb)** Gerade bei Kleinstbeteiligungen wie im Streitfall wird diskutiert, unterhalb einer bestimmten Erheblichkeitsschwelle von (meist) 1 % diese Angabe – etwa mittels der Formulierung „< 1 %“ – genügen zu lassen, da dies dem Gesetzeszweck mehr entspreche als die Angabe des exakten Prozentsatzes.

**32** So enthält der (im Internet abrufbare) Referentenentwurf einer Verordnung über die Ausgestaltung der Gesellschafterliste (GesLV) des BMJV in § 4 Abs. 5 Satz 1 die Formulierung „Beträgt der Anteil des Nennbetrags eines einzelnen Geschäftsanteils weniger als 1,0 Prozent vom Stammkapital, genügt diese Angabe“. In der Begründung wird hierzu ausgeführt, diese Erheblichkeitsschwelle diene gerade bei kleinen Stückelungen als Erleichterung für die Praxis; hier genüge es, statt der genauen oder gerundeten Prozentzahl schlicht „< 1 Prozent“ anzugeben.

**33** Eine entsprechende Verordnung gemäß § 30 Abs. 4 GmbHG n. F. ist indes noch nicht geltendes Recht. Gegen den Referentenentwurf wird eingewandt, er stehe insoweit in diametralem Gegensatz zum Gesetzeswortlaut, entbehre einer gesetzlichen Grundlage und verstoße gegen § 30 Abs. 1

GmbHG (Stellungnahme des Deutschen Notarvereins vom 30.10.2017 zum Referentenentwurf, Abschnitt 9.1.1; so auch *Wachter*, GmbHR 2017, 1177, 1190).

**34** Teilweise wird demgegenüber vertreten, nach Sinn und Zweck von § 40 Abs. 1 GmbHG n. F. sei die Darstellung „< 1 %“ schon jetzt zulässig (*Seibert/Bochmann/Cziupka*, GmbHR 2017, R241 f.; *Wicke*, DB 2017, 2528, 2529).

**35 c)** Der Senat hält – jedenfalls derzeit – die Angabe „< 1 %“ für nicht gesetzeskonform. Auch wenn dem Gesetzeszweck einer besseren Übersichtlichkeit und leichteren Lesbarkeit hierdurch Genüge getan ist, erfordert doch der Wortlaut des Gesetzes die Angabe der „prozentualen Beteiligung am Stammkapital“. Aufgrund dieses eindeutigen Gesetzeszwecks ist eine Auslegung dahin, dass die Angabe des Nichtüberschreitens einer bestimmten Erheblichkeitsschwelle ausreicht, nicht möglich. Die Bindung des Gerichts an Recht und Gesetz (Art. 20 Abs. 3 GG) steht einer diesbezüglichen Auslegung gegen den eindeutigen Gesetzeswortlaut entgegen.

**36** Hierbei kann dahinstehen, ob im Falle des Erlasses einer Gesellschafterlistenverordnung entsprechend dem Referentenentwurf eine andere Beurteilung gerechtfertigt wäre, da eine solche Verordnung derzeit nicht existiert und daher derzeit kein maßgebliches Recht setzt.

**37 d)** Das Registergericht hat deshalb mit zutreffender Begründung die Aufnahme der Gesellschafterliste in den Registerordner abgelehnt und dem Beschwerdeführer mit der angefochtenen Zwischenverfügung die Möglichkeit eröffnet, den Mangel der Gesellschafterliste zu beheben.

**38** Die hiergegen eingelegte Beschwerde erweist sich damit als unbegründet.

**39 4.** Auf die Problematik der vorgenommenen Berichtigung der Gesellschafterliste kommt es nicht mehr entscheidend an.

(...)

## 21. Angabe der prozentualen Beteiligung eines Geschäftsanteils am Stammkapital bei Einreichung der Gesellschafterliste

OLG München, Beschluss vom 12.10.2017, 31 Wx 299/17

*GmbHG § 40 Abs. 1 Satz 1*

### LEITSATZ:

**Zur Angabe der prozentualen Beteiligung eines Geschäftsanteils am Stammkapital bei Einreichung der Gesellschafterliste beim Registergericht.**

### AUS DEN GRÜNDEN:

**1 1.** Die Beschwerde ist zulässig, als sie sich gegen das von dem Registergericht beanstandete (behebbarer) Vollzugshindernis wendet, nämlich dass in der eingereichten Gesellschafterliste nicht für jeden Geschäftsanteil aufgeführt ist, welche

prozessuale Beteiligung er am Stammkapital vermittelt. Sie hat in der Sache jedoch keinen Erfolg.

**2 a)** Eine solche Pflicht zur Angabe ergibt sich entgegen der Meinung des Beschwerdeführers zwingend aus § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG. Danach haben die Geschäftsführer nach Wirksamwerden jeder Veränderung in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligung eine von ihnen unterschriebene Liste der Gesellschafter zum Handelsregister einzureichen, aus welcher u. a. die Nennbeträge und die laufenden Nummern der von einem jeden derselben übernommenen Geschäftsanteile sowie die durch den jeweiligen Nennbetrag eines Geschäftsanteils vermittelte jeweilige prozentuale Beteiligung am Stammkapital zu entnehmen sind. Gemäß § 40 Abs. 1 Satz 3 GmbHG ist zudem der Gesamtumfang der Beteiligung am Stammkapital als Prozentsatz gesondert anzugeben, sofern ein Gesellschafter mehr als einen Geschäftsanteil hält.

**3 b)** Für die von dem Beschwerdeführer vertretene Auffassung, aus einer systematisch-teleologischen Auslegung sei der Schluss zu ziehen, dass es der Angabe des Prozentsatzes pro Anteil nicht bedürfe, sofern das Stammkapital der Gesellschaft in Geschäftsanteile zu je 1 € eingeteilt sei, da ein solcher Prozentsatz keinen nennenswerten Erkenntniswert für das Transparenzregister vermittele, trifft nicht zu. Für eine solche Auslegung findet sich weder im Wortlaut noch in der Gesetzesbegründung überhaupt ein Ansatzpunkt.

**4 aa)** Eine Wertuntergrenze für die Angabe des Prozentsatzes pro Anteil sieht der Wortlaut der Vorschrift nicht vor. Vielmehr ergibt sich aus der Gesetzesbegründung (BT-Drucks. 18/11555, S. 174) eindeutig der Wille des Gesetzgebers, dass die prozentuale Angabe der Beteiligung am Stammkapital durch den Nennbetrag nach § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG für jeden Geschäftsanteil getrennt zu machen ist. Dies soll nach dem gesetzgeberischen Willen der Übersichtlichkeit der Gesellschafterliste dienen, in der schon bisher auch für jeden Geschäftsanteil der Nennbetrag mitsamt der zugehörigen Nummer anzuführen ist. Zugleich vereinfache die Pflicht zur Angabe der Beteiligungsquote für jeden Geschäftsanteil und für die jeweils von einem Gesellschafter gehaltenen Geschäftsanteile insgesamt die „Verlinkung“ im sog. „Transparenzregister“ mit jenen in der Gesellschafterliste; wesentliche Erleichterungseffekte seien diesbezüglich vor allem dann zu erwarten, falls die Gesellschafterliste künftig als strukturierte, weiterverarbeitungsfähige Datei zum Handelsregister einzureichen sein sollte (vgl. BT-Drucks. 18/11555, S. 174).

**5 bb)** Demgemäß ergibt sich aus diesen Ausführungen, dass der Gesetzgeber die Pflicht zur Angabe der Beteiligungsquote für jeden Geschäftsanteil und für die jeweils von einem Gesellschafter gehaltenen Geschäftsanteile insgesamt als eine Einheit verstanden hat und bereits deswegen von einem Absehen der Angabe der Beteiligungsquote für einen Geschäftsanteil, dessen Nennbetrag lediglich 1 € beträgt, von vornherein kein Raum ist. Demgemäß wird auch in der Literatur bei den Formulierungsmustern in Bezug auf einen Geschäftsanteil i. H. v. 1 € eine entsprechende prozentuale Beteiligung am Stammkapital ausgewiesen (vgl. nur *Wegener*, notar 2017, 299, 306; *Melchior*, NotBZ 2017, 281, 283).

**6 2.** Die von dem Beschwerdeführer eingereichte Liste vom 7.7.2017 blieb in ihrer Fassung im Übrigen von dem Registergericht unbeanstandet. Die vom Registergericht auf Anfrage des Notars bevorzugte Umsetzung der Vorgaben i. S. d. § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG (in der rechten Spalte wird – im Falle einer 1-€-Stückelung – der Gesamtvomhundertsatz ergänzt um einen Einzelvomhundertsatz mit den Worten „jeweils 0,0004 %“) entspricht einer von drei Möglichkeiten, die der beurkundende Notar selbst unterbreitet hat. Bereits deshalb ist der Inhalt des Schreibens des Registergerichts vom 13.7.2017 nicht geeignet, eine Beschwerde des Beschwerdeführers zu begründen. Im Übrigen ist nicht ersichtlich, inwiefern eine solche Art der Darstellung des Prozentsatzes überhaupt geeignet wäre, eine Rechtsbeeinträchtigung des Beschwerdeführers nach sich zu ziehen.

**7 3.** Die sonstigen im Rahmen seiner Anmeldung und der Beschwerdeschrift thematisierten Fragen sind nicht Gegenstand einer Zwischenverfügung des Registergerichts und somit nur von allgemeinem rechtstheoretischen Interesse.

(...)

## INTERNATIONALES PRIVATRECHT

### 22. Kein gesetzlicher Erwerb der Staatsangehörigkeit bei „schwacher Adoption“

BVerwG, Urteil vom 25.10.2017, 1 C 30.16 (Vorinstanz: OVG Münster, Urteil vom 26.7.2016, 19 A 1132/14)

*AdWirkG §§ 2, 3, 4*

*BGB §§ 1741, 1755, 1756*

*FamFG §§ 107, 108, 109*

*Haager Adoptionsübereinkommen Art. 2, 23*

*StAG § 6 Satz 1, §§ 10, 17, 30 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 Satz 1*

#### LEITSÄTZE:

- 1. Das für den Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit nach § 6 Satz 1 StAG zu erfüllende Tatbestandsmerkmal der „nach den deutschen Gesetzen wirksamen Annahme als Kind“ setzt voraus, dass eine im Ausland vollzogene Adoption in Deutschland wirksam ist und in den für den Erwerb der Staatsangehörigkeit wesentlichen Wirkungen einer Minderjährigendoption nach deutschem Recht gleichsteht.**
- 2. Die Wirkungsgleichheit einer Auslandsadoption mit einer Minderjährigendoption nach deutschem Recht setzt in der Regel voraus, dass das Eltern-Kind-Verhältnis des Adoptierten zu seinen leiblichen Eltern erlischt (§ 1755 BGB).**
- 3. Bei der Beurteilung der Wesensgleichheit einer Auslandsadoption bedarf es einer abstrakten Betrachtung, die die Rechtswirkungen nach dem ausländischen Recht denen nach deutschem Recht gegenüberstellt und nicht danach differenziert, ob im konkreten Fall die leiblichen Eltern noch leben.**

## ZWANGSVOLLSTRECKUNGS- UND INSOLVENZRECHT

### 23. Umstellung des Geschäftsjahres durch den Insolvenzverwalter

BGH, Beschluss vom 21.2.2017, II ZB 16/15 (Vorinstanz: OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 12.11.2015, 20 W 186/15)

*InsO § 155 Abs. 2 Satz 1*

#### LEITSATZ:

Die Entscheidung des Insolvenzverwalters, zum satzungsmäßigen Geschäftsjahr der Gesellschaft zurückzukehren, muss durch eine Anmeldung zur Eintragung im Handelsregister oder durch eine sonstige Mitteilung an das Registergericht jedenfalls noch während des ersten laufenden Geschäftsjahrs nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens nach außen erkennbar werden (Bestätigung von BGH, Beschluss vom 14.10.2014, II ZB 20/13, ZIP 2015, 88 Rdnr. 13).

•

### 24. Keine Prüfung der materiellen Richtigkeit der erteilten Vollstreckungsklausel durch das Vollstreckungsgericht

BGH, Beschluss vom 1.2.2017, VII ZB 22/16 (Vorinstanz: LG Karlsruhe, Beschluss vom 11.4.2016, 5 T 171/15)

*ZPO §§ 732, 766, 767, 788*  
*ZVG § 132 Abs. 2*

#### LEITSATZ:

Die materielle Richtigkeit der erteilten Vollstreckungsklausel ist grundsätzlich nicht zur Überprüfung des Vollstreckungsgerichts gestellt. Seiner Nachprüfung unterliegt es, ob eine Klausel vorhanden ist und ob sie ordnungsgemäß erteilt wurde, nicht hingegen, ob sie erteilt werden durfte (im Anschluss an BGH, Beschlüsse vom 25.10.2012, VII ZB 57/11, NJW-RR 2013, 437; vom 23.5.2012, VII ZB 31/11, NJW-RR 2012, 1148; vom 12.1.2012, VII ZB 71/09, NJW-RR 2012, 1146).

## BEURKUNDUNGS- UND NOTARRECHT

### 25. Besetzung einer Notarstelle

BGH, Beschluss vom 13.11.2017, NotZ (Brfg) 2/17  
(Vorinstanz: OLG München, Urteil vom 15.3.2017, VA-Not 1/16)

*BNotO § 4 Satz 1 und 2, § 6 Abs. 3 Satz 1-3, § 7 Abs. 1, § 10 Abs. 1 Satz 3*

#### LEITSÄTZE:

1. Der dreijährige Anwärterdienst stellt nach der Vorschrift des § 7 Abs. 1 BNotO keine zwingende Voraussetzung für die Bestellung zum (hauptberuflichen) Notar dar. Die zuständige Landesjustizverwaltung ist nicht gezwungen, im Falle eines Konkurrenzverhältnisses von Notaren und landesangehörigen Notarassessoren, die ihren dreijährigen Anwärterdienst noch nicht beendet haben, von vornherein dem Notar den Vorrang einzuräumen.
2. Ein bei der Auswahl mehrerer Bewerber um ein hauptberufliches Notaramt zur Anwendung kommendes 50-Punkte-System, bei dem die Leistungen in der Zweiten juristischen Staatsprüfung und das maßgeblich durch dienstliche Beurteilungen sowie etwaige Leistungsbilder und Geschäftsprüfungsberichte bestimmte Leistungsbild mit jeweils 35 % die Dauer notarspezifischer Tätigkeiten mit 12 %, das Ergebnis der Ersten juristischen Staatsprüfung und besondere notarspezifische Zusatzqualifikationen jeweils mit 4 % sowie der von den Bewerbern in einem Vorstellungsgespräch hinterlassene Gesamteindruck mit 10 % der Gesamtbewertung gewichtet werden, hält sich im Rahmen des der Justizverwaltung bei der Auswahlentscheidung zuzubilligenden Beurteilungsspielraums, sofern es nicht schematisch gehandhabt wird.

#### SACHVERHALT:

1 I. Der Kläger greift die Entscheidung des Beklagten über die Besetzung der im Bayerischen Justizministerialblatt Nr. 9/2015 vom 2.11.2015 ausgeschriebenen Notarstelle in L an, auf die sich unter anderem er und der Beigeladene zu 2 beworben haben. Die Ausschreibungsfrist endete am 25.11.2015. In der Ausschreibung hieß es, es werde Bewerbungen von Notarassessoren entgegengesehen, die zum 1.2.2016 eine dreijährige Mindestanwärterzeit (§ 7 Abs. 1 BNotO) vollendet hätten. Der genannte Stichtag gelte entsprechend hinsichtlich der Mindestverweildauer am bisherigen Amtssitz.

2 Für die Stelle in L bewarben sich neben dem Kläger, der als Notar in Nordrhein-Westfalen tätig ist, sechs bayerische Notarassessoren, darunter auch der Beigeladene zu 2. Die Frist im Sinne des § 7 Abs. 1 BNotO endete bezüglich des dienstältesten Notarassessors – des Beigeladenen zu 2 – am 28.2.2016.

3 Mit Bescheid vom 22.2.2016 kündigte der Beklagte dem Kläger an, dass er beabsichtige, die Notarstelle in L dem Beigeladenen zu 2 zu übertragen. Zur Begründung führte er aus, vorliegend erfülle keiner der Bewerber die Voraussetzungen nach § 7 Abs. 1 BNotO. Bei der Auswahlentscheidung unter ausschließlich auswärtigen Bewerbern ermittle er die Bewerberreihenfolge auf der Basis eines konkreten Eignungsvergleichs anhand der unterschiedlich gewichteten Kriterien eines 50-Punkte-Systems. Dieses konkretisiere die Auswahlkriterien



des § 6 Abs. 3 BNotO im Rahmen des ihm bei der Besetzungsentcheidung eingeräumten Beurteilungsspielraums. Auch für den vorliegenden Fall, in dem sich um eine Notarstelle neben dem Kläger als auswärtigem Bewerber ausschließlich bayerische Notarassessoren beworben hätten, die zum Stichtag noch keinen mindestens dreijährigen Anwärterdienst absolviert hätten, halte der Beklagte die Anwendung des 50-Punkte-Systems für sachgerecht. Dabei würden die Leistungen in der Zweiten juristischen Staatsprüfung und das maßgeblich durch dienstliche Beurteilungen sowie etwaige Leistungsbilder und Geschäftsprüfungsberichte bestimmte Leistungsbild mit jeweils 35 %, nämlich maximal 17,5 von 50 Punkten gewichtet. Die Dauer notarspezifischer Tätigkeiten werde mit 12 % (maximal 6 Punkten) bewertet. Das Ergebnis der Ersten juristischen Staatsprüfung und besondere notarspezifische Zusatzqualifikationen würden jeweils mit 4 % der Gesamtbewertung (maximal 2 Punkten) berücksichtigt. Schließlich gehe der von den Bewerbern in einem Vorstellungsgespräch hinterlassene Gesamteindruck mit 10 % (maximal 5 Punkten) in das Gesamtergebnis ein. Der anhand dieses Systems zwischen dem Kläger und dem dienstältesten bayerischen Notarassessor – dem Beigeladenen zu 2 – durchgeführte Vergleich führe zu dem Ergebnis, dass dem Beigeladenen zu 2 mit 42,67 Punkten gegenüber dem Kläger mit 40,425 Punkten der Vorzug zukomme.

**4** Mit der Klage vom 18.3.2016 beantragt der Kläger, den Bescheid des Beklagten vom 22.2.2016 aufzuheben und den Beklagten zu verpflichten, dem Kläger die im Bayerischen Justizministerialblatt Nr. 9/2015 vom 2.11.2015 ausgeschriebene Notarstelle in L zu übertragen, hilfsweise, den Kläger unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu verbescheiden.

**5** Das OLG hat die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, der von dem Kläger gerügte Verstoß gegen § 7 Abs. 1 BNotO liege nicht vor. Nach dieser Vorschrift solle in der Regel nur zum Notar bestellt werden, wer die dreijährige Anwärterzeit bereits abgeleistet habe und sich im Anwärterdienst des Landes befinde, in dem er sich um die Bestellung bewerbe. Bereits aus dem Wortlaut folge, dass Ausnahmen grundsätzlich möglich seien. Da weder der Beigeladene zu 2 noch der Kläger die Voraussetzungen des § 7 Abs. 1 BNotO erfüllt hätten, habe der Beklagte den Aspekt der Eignung als so übergeordnet angesehen, dass er eine Auswahlentscheidung nach dem Prinzip der Bestenauslese getroffen habe, § 6 Abs. 3 BNotO.

**6** Es stelle keinen Ermessensfehlergebrauch dar, dass der Beklagte in der Vergangenheit gegenüber dem Kläger auf der Einhaltung der Mindestverweildauer von fünf Jahren auf dem ihm in Nordrhein-Westfalen zugewiesenen Amtssitz bestanden habe, nun aber für den Beigeladenen zu 2 eine Ausnahme von § 7 Abs. 1 BNotO mache. Es fehle insoweit bereits an einer Vergleichbarkeit der Sachverhalte, weil die Beachtung der Mindestverweildauer in einem anderen Bundesland Ausfluss des in Art. 20 Abs. 1 GG verankerten Grundsatzes der Bundesstaatlichkeit und dem daraus folgenden Gebot des bundesfreundlichen Verhaltens sei.

**7** Die gemäß § 6 Abs. 3 BNotO getroffene Auswahlentscheidung sei vom Senat nur daraufhin zu überprüfen, ob ihr ein zutreffendes Verständnis des gesetzlichen Auswahlmaßstabs zugrunde liege, ob allgemein gültige Wertmaßstäbe beachtet und sachwidrige Erwägungen ausgeschlossen seien und ob schließlich der zu beurteilende Tatbestand verfahrensfreier festgestellt worden sei. Der Beklagte sei berechtigt, die Auswahlkriterien des § 6 Abs. 3 BNotO im Rahmen des ihm eingeräumten Beurteilungsspielraums durch ein ausdifferenziertes Punktesystem zu konkretisieren. Eine Beeinträchtigung der Rechte des Klägers bei dessen Anwendung liege nicht vor.

**8** Der Kläger beantragt, die Berufung gegen dieses Urteil zuzulassen.

## AUS DEN GRÜNDEN:

**9** II. Ein Grund zur Zulassung der Berufung (§ 124a Abs. 5 Satz 2, § 124 Abs. 2 VwGO i. V. m. § 111d Satz 2 BNotO) besteht nicht.

**10** Ernstliche Zweifel an der Richtigkeit der angefochtenen Entscheidung (§ 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO i. V. m. § 111d Satz 2 BNotO) oder besondere tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeiten (§ 124 Abs. 2 Nr. 2 VwGO i. V. m. § 111d Satz 2 BNotO) sind nicht ersichtlich. Der Rechtsache fehlt entgegen der Ansicht des Klägers auch die grundsätzliche Bedeutung (§ 124 Abs. 2 Nr. 3 VwGO i. V. m. § 111d Satz 2 BNotO).

**11** 1. Die Entscheidung des OLG begegnet unter Berücksichtigung des Auswahl- und Ermessensspielraums des Beklagten und der deshalb nach § 114 Satz 1 VwGO i. V. m. § 111b Abs. 1 Satz 1 BNotO eingeschränkten Nachprüfbarkeit der angefochtenen Entscheidung durch die Gerichte keinen Bedenken. Die vom Kläger geltend gemachten Gründe, auf die er die Unrichtigkeit des Urteils stützt, greifen nicht durch.

**12** Nach gefestigter Rechtsprechung hat die Justizverwaltung zunächst in Ausübung der ihr zustehenden Organisationsgewalt und Personalhoheit nach ihrem freien, allein organisationsrechtlich und personalwirtschaftlich bestimmten Ermessen darüber zu befinden, ob die frei gewordene Notarstelle durch (Neu-)Bestellung eines Notars oder durch die Verlegung des Amtssitzes eines bereits bestellten Notars (§ 10 Abs. 1 Satz 3 BNotO) besetzt werden soll. Dieser Entscheidungsspielraum ist an den Erfordernissen einer geordneten Rechtspflege (§ 4 Satz 1 BNotO), insbesondere dem Bedürfnis nach einer angemessenen Versorgung der Rechtsuchenden mit notariellen Leistungen unter Wahrung einer geordneten Altersstruktur des Notarberufs gemäß § 4 Satz 2 BNotO ausgerichtet. Er besteht auch dann, wenn – wie hier – ein sich bewerbender Notarassessor zum maßgeblichen Zeitpunkt den in § 7 Abs. 1 BNotO in der Regel geforderten dreijährigen Anwärterdienst noch nicht vollständig abgeleistet hat (Senatsbeschluss vom 28.7.2008, NotZ 3/08, NJW-RR 2009, 202 Rdnr. 11), und – wie hier – der Amtssitz des konkurrierenden Notars in einem anderen Bundesland liegt wie die zu besetzende Stelle (Senat, Beschlüsse vom 14.7.2003, NotZ 47/02, DNotZ 2004, 230 f.; vom 18.7.2011, NotZ (Brfg) 1/11, NJW-RR 2012, 53 Rdnr. 14).

**13** Allerdings sind diese organisatorischen und personalwirtschaftlichen Gesichtspunkte nicht allein ausschlaggebend. Vielmehr darf sich die Landesjustizverwaltung nicht schematisch auf die Privilegierung ihrer landeseigenen Notarassessoren berufen, sondern hat bei jeder einzelnen Auswahlentscheidung das Interesse an einer geordneten Rechtspflege (erneut) in den Blick zu nehmen und zu überprüfen, ob dieses Gemeinwohlziel ein Festhalten an dem Regelvorrang rechtfertigen kann (Senat, Beschluss vom 18.7.2011, NotZ (Brfg) 1/11, NJW-RR 2012, 53 Rdnr. 16 m. w. N.). Der Beurteilungsmaßstab ist deshalb dahin gehend modifiziert, dass bei auffälligen, erheblichen Eignungsunterschieden der Bewerber die Art. 3, 12 Abs. 1, Art. 33 Abs. 2 GG vorrangig zu berücksichtigen sind und damit das Prinzip der Bestenauslese durchgreift.

**14** Es kann hier indes dahinstehen, welche organisationsrechtlichen und personalwirtschaftlichen Erwägungen im Einzelnen geeignet wären, nach dem Rechtsgedanken des § 7 Abs. 1 BNotO einen Regelvorrang zugunsten eines landeseigenen Notarassessors, der den Anwärterdienst zum maßgeblichen Zeitpunkt nicht vollständig abgeleistet hat, gegenüber einem landesfremden Notar zu begründen. Denn der Beklagte

hat seine Auswahlentscheidung nicht auf einen dem Beigeladenen zu 2 zukommenden Regelvorrang gestützt, sondern ist in einen Eignungsvergleich eingetreten und hat eine Entscheidung nach dem Prinzip der Bestenauslese getroffen, § 6 Abs. 3 BNotO i. V. m. Art. 33 Abs. 2 GG. Zutreffend hat das OLG angenommen, dass gegen die getroffene Auswahlentscheidung Bedenken nicht bestehen. Eine Überschreitung des dem Beklagten bei der Auswahl eingeräumten Beurteilungsspielraums zeigt der Beschwerdeführer nicht auf und ist auch sonst nicht ersichtlich.

**15 a)** Maßstab für die Auswahl unter mehreren geeigneten Bewerbern für das Amt des Notars ist gemäß § 6 Abs. 3 Satz 1 BNotO die persönliche und fachliche Eignung unter Berücksichtigung der die juristische Ausbildung abschließenden Staatsprüfung und der bei der Vorbereitung auf den Notarberuf gezeigten Leistungen. Dabei ist bei der Auswahl hauptberuflicher Notare (§ 3 Abs. 1 BNotO) gemäß § 6 Abs. 3 Satz 2 BNotO die Dauer des Anwärterdienstes angemessen zu berücksichtigen. Diese gesetzliche Regelung wird den verfassungsrechtlichen Anforderungen gerecht (BVerfG, NJW 2004, 1935, 1936 f.; Senat, Beschluss vom 14.3.2005, NotZ 27/04, NJW-RR 2006, 55, 56; jeweils zu § 6 Abs. 3 BNotO a. F.).

**16 b)** Entgegen der Ansicht des Klägers schließt der nicht vollständig abgeleitete Anwärterdienst die Eignung des Beigeladenen zu 2 gemäß § 6 Abs. 1 BNotO und damit seine Berücksichtigung im Rahmen der gemäß § 6 Abs. 3 BNotO zu treffenden Entscheidung – wie bereits oben ausgeführt – nicht von vornherein aus (Senatsbeschluss vom 28.7.2008, NotZ 3/08, NJW-RR 2009, 202 Rdnr. 11; BVerfG, DNotZ 2005, 473, 476).

**17 aa)** Der dreijährige Anwärterdienst stellt nach dem klaren Wortlaut der Vorschrift des § 7 Abs. 1 BNotO („soll in der Regel“) keine zwingende Voraussetzung für die Bestellung zum Notar dar. Das ergibt sich auch aus einem Vergleich mit dem Wortlaut der – zwingende Bestellungsbedingungen enthaltenden – Vorschriften der §§ 5, 6 Abs. 1 BNotO („darf nur“, „Nur solche Bewerber sind“, „können nicht“). Die zuständige Landesjustizverwaltung ist nicht gezwungen, im Falle eines Konkurrenzverhältnisses von Notaren und landesangehörigen Notarassessoren, die ihren dreijährigen Anwärterdienst noch nicht beendet haben, von vornherein dem Notar den Vorrang einzuräumen. Der dreijährige Anwärterdienst hat, wie der Regelvorrang für „Landeskinder“, nur insoweit Bedeutung, als er dem Interesse an einer geordneten Rechtspflege dient. Es handelt sich ebenfalls nur um eine Regelvoraussetzung, weshalb im Einzelfall geprüft werden muss, ob sie im Hinblick auf die Grundrechte der Bewerber zur Geltung kommen kann (BVerfG, DNotZ 2005, 473, 476). Der von dem Kläger für seine Ansicht herangezogene Entscheidung des BVerfG vom 20.9.2002 (DNotZ 2002, 891 ff.) lässt sich schon deshalb nichts anderes entnehmen, weil in der dieser zugrunde liegenden Fallgestaltung Bewerbungen von Notarassessoren aus dem fraglichen Bundesland (gar) nicht vorlagen.

**18 bb)** Soweit der Kläger in diesem Zusammenhang ferner geltend macht, bei früheren Bewerbungen sei ihm von dem Beklagten die fehlende Mindestverweildauer auf seiner bisherigen Stelle entgegengehalten worden, und er könne nicht umhin, angesichts des Abgehens von dem ebenfalls formalen

Kriterium der dreijährigen Anwärterzeit zugunsten des Beigeladenen zu 2 den Eindruck zu gewinnen, dies erfolge nur, um ihn als Bewerber auszuschalten, stellt er damit die Richtigkeit des angegriffenen Urteils nicht in Frage. Zutreffend hat das OLG insoweit auf die mangelnde Vergleichbarkeit der Sachverhalte abgestellt, weil die Berücksichtigung der Mindestverweildauer durch den Beklagten – auf die sich in früheren Bewerbungsverfahren des Klägers die Rheinische Notarkammer nach Abstimmung mit der Justizverwaltung Nordrhein-Westfalen berufen hatte (Senat, Beschlüsse vom 25.11.2013, NotZ (Brfg) 9/13, DNotZ 2014, 307 Rdnr. 1; vom 20.7.2015, NotZ (Brfg) 1/15, DNotZ 2015, 876 Rdnr. 3, 4) – im Rahmen der gebotenen Abstimmung, Rücksichtnahme und Zusammenarbeit der Länder erfolgt war (vgl. BVerfG, NJW-RR 2005, 1431, 1432 f.). Dem ist der Kläger nicht entgegengetreten.

**19 c)** Das von dem Beklagten im Rahmen seiner Auswahlentscheidung verwendete 50-Punkte-System (zu dessen verfassungsrechtlicher Zulässigkeit vgl. BVerfG, Beschluss vom 18.12.2007, 1 BvR 2177/07, juris Rdnr. 41 ff.) hält sich im Rahmen des dem Beklagten eröffneten Beurteilungsspielraums und begegnet auch im Hinblick auf seine Anwendung im vorliegenden Einzelfall keinen Bedenken. Insbesondere hat der Beklagte das Punkte-System nicht schematisch angewendet, sondern eine abschließende Gesamtabwägung im Sinne eines umfassenden individuellen Eignungsvergleichs vorgenommen.

**20 aa)** Zutreffend ist das OLG davon ausgegangen, dass das Vorgehen des Beklagten bei der Auswahlentscheidung nach § 6 Abs. 3 Satz 1 BNotO wegen des ihm zuzubilligenden Beurteilungsspielraums nur einer eingeschränkten gerichtlichen Kontrolle unterliegt. Das angerufene Gericht hat bei der Rechtskontrolle den Charakter der Auswahlentscheidung als Akt wertender Erkenntnis zu beachten. Dieser ist vom Gericht nicht zu wiederholen, sondern nur darauf zu überprüfen, ob ihm ein zutreffendes Verständnis des gesetzlichen Auswahlmaßstabes zugrunde liegt, ob allgemein gültige Wertmaßstäbe beachtet und sachwidrige Erwägungen ausgeschlossen sind und ob schließlich der zu beurteilende Tatbestand verfahrensfehlerfrei festgestellt wurde (st. Rspr., Senat, Beschlüsse vom 13.12.1993, NotZ 56/92, BGHZ 124, 327, 331; vom 22.3.2004, NotZ 20/03, NJW-RR 2004, 859, 860; vom 14.3.2005, NotZ 27/04, NJW-RR 2006, 55, 56; vom 23.7.2012, NotZ (Brfg) 4/12, DNotZ 2013, 224 Rdnr. 28 m. w. N.; BVerfG, NJW-RR 2005, 1433, 1434). Dabei war der Beklagte im Rahmen seines Beurteilungsspielraums befugt, die Auswahlkriterien des § 6 Abs. 3 BNotO durch ein ausdifferenziertes Punkte-System zu konkretisieren, sofern dieses (ausschließlich) Gesichtspunkte berücksichtigt, die für die persönliche und fachliche Eignung des Bewerbers von Belang sind (Senat, Beschluss vom 14.3.2005, NotZ 27/04, NJW-RR 2006, 55, 56).

**21 bb)** Soweit der Kläger meint, das von dem Beklagten mit beiden Bewerbern durchgeführte und bei der Bewertung im Rahmen des 50-Punkte-Systems mit 10 %, mithin mit maximal 5 möglichen Punkten, gewichtete Vorstellungs- und Fachgespräch stelle eine im Gesetz nicht vorgesehene mündliche Prüfung dar, die einer gesonderten Ermächtigung bedürfe, kann der Senat dem nicht folgen. Nach gefestigter Rechtspre-

chung des Senats bestehen auch ohne ausdrückliche Regelung im Hinblick auf die allgemeinen Grundsätze des öffentlichen Dienstrechts gegen die Durchführung eines Vorstellungsgesprächs insbesondere dann keine Bedenken, wenn der Bewerber – wie hier – den Anwärterdienst bei einer anderen Landesjustizverwaltung durchlaufen hat (Senat, Beschlüsse vom 22.3.2004, NotZ 20/03, NJW-RR 2004, 859, 860; vom 12.7.2004, NotZ 4/04, DNotZ 2005, 149, 150; vom 14.3.2005, NotZ 27/04, NJW-RR 2006, 55, 57; vgl. auch BVerfG, NJW-RR 2005, 1433, 1434). Der Beklagte war daher berechtigt, sich im Rahmen eines solchen Gesprächs einen persönlichen und unmittelbaren Eindruck von der Persönlichkeit und den Fähigkeiten der Bewerber zu verschaffen. Die eingeschränkte Bedeutung solcher Gespräche, die nur eine „Momentaufnahme“ vermitteln können (vgl. Senat, Beschlüsse vom 22.3.2004 und 12.7.2004, a. a. O.), hat der Beklagte ausdrücklich berücksichtigt und mit dieser Begründung eine Gewichtung von lediglich 10 % vorgenommen.

**22** Der Beklagte hat ferner ein Verfahren gewählt, das die im Hinblick auf Art. 12 Abs. 1 i. V. m. Art. 33 Abs. 2 GG erforderliche Chancengleichheit und Transparenz (vgl. BVerfG, Beschluss vom 18.12.2007, 1 BvR 2177/07, juris Rdnr. 34 f.) gewährleistet. Den unmittelbar nacheinander angehörten Bewerbern sind zunächst persönliche und organisatorische sowie sodann gleiche fachliche Fragen gestellt worden. Die Antworten der Bewerber hat die Kommission ausführlich dokumentiert und ihre zusammenfassende Bewertung – gegen die sich der Kläger nicht wendet – nachvollziehbar begründet. Zu Unrecht meint demgegenüber der Kläger, die Chancengleichheit beider Bewerber könne nur dann gewährleistet werden, wenn sie sich ähnlich wie bei einer mündlichen Prüfung in einem (einigen) Termin einem Fachgespräch unterzögen. Denn (exakt) gleiche Fragen könnten den Bewerbern bei gleichzeitiger Anwesenheit nicht gestellt werden, ohne die Gefahr, einzelne Bewerber zu benachteiligen oder zu bevorzugen.

**23** Im Übrigen käme dem Beigeladenen zu 2 nach den Punktwerten selbst dann der Vorzug zu, wenn die für das Vorstellungsgespräch vergebenen Punkte aus der Bewertung herausgerechnet würden.

**24** cc) Eine fehlerhafte Gewichtung der von dem Beklagten berücksichtigten, für die Eignung der Bewerber maßgeblichen Gesichtspunkte zeigt der Kläger nicht auf und ist auch sonst nicht ersichtlich. Soweit der Kläger meint, seine praktische Berufserfahrung und die über einen Zeitraum von mehr als 20 Jahren gezeigten guten beruflichen Leistungen seien zu seinen Lasten nicht ausreichend berücksichtigt worden, während zugunsten des Beigeladenen zu 2 dem Ergebnis des Zweiten juristischen Staatsexamens zu hohes Gewicht eingeräumt worden sei, greift das nicht durch. Die nur eingeschränkt überprüfbaren Erwägungen des Beklagten befassen sich hinreichend mit den maßgeblichen Umständen und wägen sie umfassend ab. Ihnen setzt der Kläger lediglich eine in seinem Sinne günstigere Gewichtung entgegen. Der Beurteilung des Beklagten, dass Umstände, die im Rahmen der nach § 6 Abs. 3 BNotO zu treffenden Entscheidung eine Abweichung von dem erzielten Ergebnis erforderten, nicht vorlägen, ist der Kläger indes nicht entgegengetreten.

**25** (1) Der Beklagte war nicht daran gehindert, Leistungsgesichtspunkten bei der Entscheidung ein größeres Gewicht einzuräumen als der Dauer der notarspezifischen Tätigkeiten. Die Erwägung des Beklagten, dass der jährliche Zugewinn an Erfahrung und fachlicher Qualifikation in den ersten Berufsjahren erheblich höher ist als nach einer bereits langjährigen notariellen Tätigkeit, steht mit der Senatsrechtsprechung in Einklang und liegt innerhalb des dem Beklagten zustehenden Beurteilungsspielraums (Senat, Beschluss vom 18.7.2011, NotZ (Brfg) 1/11, NJW-RR 2012, 53 Rdnr. 29 m. w. N.). Die von dem Kläger geforderte deutlich stärkere Berücksichtigung der (bloßen) Dauer der Notartätigkeit gegenüber den bei dieser Tätigkeit und bei den juristischen Staatsprüfungen gezeigten Leistungen der Bewerber würde den Vergleich zwischen Notarassessor und amtierendem Notar stets zugunsten des letzteren ausgehen lassen und dem Assessor damit jede Chance auf Bestellung nehmen (Senat, Beschlüsse vom 14.7.2003, NotZ 47/02, DNotZ 2004, 230, 234; vom 14.4.2008, NotZ 114/07, juris Rdnr. 21; vom 11.8.2009, NotZ 4/09, DNotZ 2010, 467 Rdnr. 17 m. w. N.; vgl. auch BVerfG, NJW-RR 2005, 1433, 1434 f.). Es ist daher nicht zu beanstanden, dass der Beklagte nicht entscheidend auf die (bloße) Dauer der notarspezifischen Tätigkeit abgestellt, sondern den dadurch bewirkten Zuwachs an Erfahrung und fachlicher Qualifikation durch die Vergabe degressiver Einzelpunktwerte berücksichtigt und insgesamt mit 12 % gewichtet hat.

**26** (2) Die generelle Berücksichtigung der Note des Zweiten juristischen Staatsexamens mit 35 % und damit mit gleichem Gewicht wie das Leistungsbild der Bewerber begegnet keinen Bedenken. Die Erwägung des Beklagten, dem Ergebnis des Zweiten juristischen Staatsexamens, das wesentlich auf der Beurteilung namentlich nicht gekennzeichnete Arbeiten beruhe und von einem finanziellen Interesse der prüfenden Stelle an der Nachfrage nach Prüfungsleistungen frei sei, komme eine besondere Aussagekraft beim fachlichen Eignungsvergleich der Bewerber als Nachweis der Leistungsfähigkeit zu, steht mit der Rechtsprechung des Senats im Einklang (Senat, Beschlüsse vom 3.12.2001, NotZ 20/01, NJW-RR 2002, 705 f.; vom 14.3.2005, NotZ 27/04, NJW-RR 2006, 55, 56; vgl. auch Beschlüsse vom 14.7.2003, NotZ 47/02, DNotZ 2004, 230, 234; vom 25.11.2013, NotZ (Brfg) 9/13, DNotZ 2014, 307 Rdnr. 11).

**27** Der Beklagte ist zutreffend davon ausgegangen, dass sich in der Note des Zweiten juristischen Staatsexamens widerspiegelt, was die Bewerber unter Anspannung aller Kräfte fachlich zu leisten vermögen, und darin die – ihre Bedeutung unabhängig vom Zeitablauf behaltende – Fähigkeit des Prüflings zum Ausdruck kommt, in juristischen Kategorien zu denken und unbekannte Sachverhalte innerhalb vertretbarer Zeit einer angemessenen Lösung zuzuführen. Er hat aber auch berücksichtigt, dass ein schlechteres Zweites juristisches Staatsexamen als Kriterium der fachlichen Eignung mit zunehmender Berufspraxis an Bedeutung hinter den Beurteilungen aufgrund der Amtstätigkeit als Notar zurücktreten kann (vgl. Senat, Beschlüsse vom 11.8.2009, NotZ 4/09, DNotZ 2010, 467, 472; vom 23.7.2012, NotZ (Brfg) 4/12, DNotZ 2013, 224 Rdnr. 12 m. w. N.).

**28** Vor diesem Hintergrund hat er eine Gewichtung mit 35 % für angemessen gehalten. Diese Würdigung liegt innerhalb des dem Beklagten eingeräumten Beurteilungsspielraums (vgl. auch BVerfG, NJW-RR 2005, 1433, 1434), zumal – worauf das OLG zu Recht hingewiesen hat – die Kriterien „Leistungsbild der notarspezifischen Tätigkeit“, „Dauer der notarspezifischen Tätigkeit“ und „notarspezifische Zusatzqualifikationen“ zusammen eine Gewichtung von 51 % ergeben, und den Bewerbern bei dem mit weiteren 10 % bewerteten Vorstellungsgespräch Fragen aus dem notarspezifischen Fachwissen gestellt wurden, sodass auch insoweit die Möglichkeit bestanden hat, das durch eine lange Berufspraxis erworbene Wissen einzubringen und das Ergebnis der Staatsprüfungen zu relativieren.

**29** 2. Auch der Zulassungsgrund der besonderen tatsächlichen und rechtlichen Schwierigkeiten der Rechtssache liegt nicht vor. (...)

**30** 3. Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung. (...)

(...)

## 26. Beurkundung einer GmbH-Gründung durch schweizerischen Notar

KG, Beschluss vom 24.1.2018, 22 W 25/16

*BeurkG §§ 8, 13 Abs. 1, § 17*

*GmbHG § 2 Abs. 1 Satz 1, § 9c Abs. 1 Satz 1, § 15 Abs. 3 EGBGB Art. 11 Abs. 1 Satz 2*

### LEITSATZ:

**Die Beurkundung der Gründung einer deutschen GmbH durch einen Schweizer Notar mit Amtssitz im Kanton Bern erfüllt jedenfalls dann die Anforderungen nach § 2 Abs. 1 GmbHG und kann im Eintragungsverfahren durch das Registergericht nicht beanstandet werden, wenn die Niederschrift in Gegenwart des Notars den Beteiligten vorgelesen, von ihnen genehmigt und eigenhändig unterschrieben worden ist.**

### SACHVERHALT:

**1** I. Der Verfahrensbevollmächtigte der Beteiligten übermittelte mit Schriftsatz vom 2.11.2015 die von der Lübecker Notarin Dr. S beglaubigte Anmeldung vom 9.9.2015 durch den Geschäftsführer der am 5.8.2015 gegründeten Beteiligten. Der Anmeldung beigelegt war eine mit Apostille versehene öffentliche Gründungsurkunde vom 5.8.2015 des Schweizer Notars W mit Sitz in T und eingetragen im Notariatsregister des Kantons Bern. Dieser ist zu entnehmen, dass sowohl der Gesellschaftsvertrag – als Gegenstand der Urkunde – als auch die Urkunde selbst vom Notar dem Gesellschaftsgründer vorgelesen worden sind.

**2** Mit Beschluss vom 22.1.2016 hat das AG Charlottenburg die Anmeldung auf Eintragung der Gesellschaft zurückgewiesen. Seine Entscheidung hat es im Wesentlichen darauf gestützt, dass die Beurkundung der Gründung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung durch einen Schweizer Notar nicht ausreiche, um die Form des § 2 Abs. 1 Satz 1 GmbHG zu wahren. Es sei deutsches Recht

anwendbar und allein die Einhaltung der Schweizer „Ortsform“ i. S. d. Art. 11 Abs. 1 Alt. 2 EGBGB nicht ausreichend, sodass es auf die „Geschäftsform“ i. S. d. Art. 11 Abs. 1 Alt. 1 EGBGB ankomme. Diese sei jedoch nicht gewahrt, da das in dem Schweizer Kanton Bern zu beachtende Beurkundungsverfahren derart von deutschen Rechtsstandards abweiche, dass nicht von einer Gleichwertigkeit der Beurkundung durch den Berner Notar gesprochen werden könne.

**3** Gegen den ihr am 25.1.2016 zugestellten Beschluss hat die Beteiligte Beschwerde eingelegt. Sie ist der Ansicht, dass die einzig zu wählende Form diejenige sei, die in der Schweiz notwendig sei, um eine GmbH zu gründen. Für die in Rede stehende Gründung einer deutschen GmbH reiche mithin die Ortsform des Kantons Bern aus. Die Beteiligte sei allein schon wegen der Wahrung dieser Ortsform antragsgemäß in das Berliner Handelsregister einzutragen. Überdies sei auch die Geschäftsform des Art. 11 Abs. 1 Alt. 1 EGBGB gewahrt, da Gleichwertigkeit mit der Beurkundung durch einen deutschen Notar vorliege, sodass die Eintragung selbst dann erfolgen müsse, wenn der Ansicht des AG, dass allein die Einhaltung der Ortsform nicht ausreiche, gefolgt werde.

**4** Das AG Charlottenburg hat der Beschwerde mit Beschluss vom 23.2.2016 nicht abgeholfen und sie dem Senat als Beschwerdegericht zur Entscheidung vorgelegt. Zur Begründung hat es angeführt, dass die Einhaltung der Ortsform nicht allein entscheidend sei. Es käme vielmehr maßgeblich auf die Einhaltung der Geschäftsform an. Diese sei jedoch insbesondere deshalb nicht gewahrt und das Verfahren nicht einer deutschen Beurkundung gleichwertig, weil die Verfahrensordnung des Kantons Bern keine vollständige Verlesung der notariellen Urkunde inklusive der Anlagen vorschreibe und somit keine Beurkundung i. S. d. § 3 Abs. 1 GmbHG vorliege.

### AUS DEN GRÜNDEN:

**5** II. Die Beschwerde ist erfolgreich; sie ist zulässig und begründet.

**6** 1) Die Beschwerde ist statthaft und nach §§ 63, 64 FamFG form- und fristgemäß eingelegt und gemäß § 65 FamFG begründet. Die Beteiligte ist nach Zurückweisung ihres Eintragungsantrages gemäß § 59 Abs. 2 FamFG beschwerdebe-rechtigt. Der Beschwerwert ist erreicht.

**7** 2) Die Beschwerde ist auch begründet.

**8** Das AG Charlottenburg hat den Eintragungsantrag der Beteiligten vom 9.9.2015 zu Unrecht zurückgewiesen, weil die Beteiligte angeblich nicht ordnungsgemäß im Sinne des § 9c Abs. 1 Satz 1 GmbHG errichtet worden ist. Diese Annahme des Registergerichts trifft jedoch im vorliegenden Fall nicht zu.

**9** Nach § 2 Abs. 1 GmbHG bedarf der Gesellschaftsvertrag einer GmbH der notariellen Form. Dieser Form ist hier – entgegen der Auffassung der Beteiligten – durch die Beurkundung der Gründung der Beteiligten, einer deutschen Gesellschaft mit beschränkter Haftung, durch einen Schweizer Notar ge-nügt.

**10** a) Wie das AG Charlottenburg zutreffend festgestellt hat, ist eine Beurkundung von Vorgängen einer GmbH deutschen Rechts durch einen ausländischen Notar nicht grundsätzlich ausgeschlossen.

**11** aa) Ein solcher Ausschluss folgt vorliegend nicht aus Art. 1 Abs. 2 lit. f der Verordnung (EG) Nr. 593/2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I-VO) (vom 17.6.2008, ABI. EU 2008, 177/6), da durch Art. 1 Abs. 2 lit. f Rom I-VO das internationale Gesellschafts-

recht aus dem Anwendungsbereich der Verordnung ausgenommen ist.

**12 bb)** Der Ausschluss einer ausländischen Beurkundung folgt hier ebensowenig aus Art. 11 EGBGB.

**13** Das deutsche Beurkundungsrecht enthält keine Regelung über die örtliche Zuständigkeit für eine Beurkundung, sodass sich die Beteiligte grundsätzlich an einen beliebigen Notar zur Beurkundung ihres Gesellschaftsstatuts wenden konnte (vgl. auch OLG Frankfurt, Urteil vom 25.1.2015, 11 U 8/04, GmbHR 2005, 764 = juris Rdnr. 76). Gemäß Art. 11 Abs. 1 EGBGB ist ein Rechtsgeschäft grundsätzlich dann formgültig, wenn es die Formerfordernisse des Rechts erfüllt, das auf das seinen Gegenstand bildende Rechtsverhältnis anzuwenden ist (Alt. 1, Wirkungsstatut) oder die Formerfordernisse des Rechts des Staates erfüllt, in dem es vorgenommen wird (Alt. 2, Ortsstatut).

**14** Allerdings ist die Frage, ob Art. 11 EGBGB auch auf gesellschaftsrechtliche Verträge Anwendung findet, umstritten (vgl. BGH, Urteil vom 4.11.2004, III ZR 172/03, GmbHR 2005, 53 = juris Rdnr. 8 m. w. N.). Auf bestimmte gesellschaftsrechtliche Sachverhalte hatte die Rechtsprechung vor dem Inkrafttreten des IPR-Gesetzes vom 25.7.1986 (BGBl. I, S. 1142) den Art. 11 EGBGB angewendet (vgl. die Nachweise bei BGH, a. a. O.). Der BGH hatte außerdem für die Auffassung, Art. 11 Abs. 1 Satz 2 EGBGB gelte auch für gesellschaftsrechtliche Vorgänge, eine zustimmende Tendenz erkennen lassen (vgl. BGH, Beschluss vom 16.2.1981, II ZB 8/80, BGHZ 80, 76 = juris Rdnr. 5; BGH, Beschluss vom 4.11.2004, III ZR 172/03, GmbHR 2005, 53 = juris Rdnr. 8; vgl. auch *Jakobs*, MittRhNotK 1985, 57, 59).

**15** Der Senat geht jedoch mit dem AG Charlottenburg und der absolut herrschenden Meinung davon aus, dass die Einhaltung der Ortsform i. S. d. Art. 11 Abs. 1 Alt. 2 EGBGB bei statusrelevanten gesellschaftsrechtlichen Vorgängen, die die Verfassung der Gesellschaft betreffen, wie die Gründung, Satzungsänderung, Spaltung, Umwandlung oder Verschmelzung, nicht ausreicht, um den jeweiligen Vorgang formwirksam vorzunehmen (vgl. dazu *Goette*, DStR 1996, 709, 711; *Baumbach/Hueck/Fastrich*, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 2 Rdnr. 9; vgl. ferner die Nachweise bei *MünchKomm-GmbHG/J. Mayer*, 2. Aufl. 2015, § 2 Rdnr. 44 Fn. 232; dazu offenbar kritisch: BGH, Beschluss vom 4.11.2004, III ZR 172/03, GmbHR 2005, 53 = juris Rdnr. 9). Dafür spricht, dass der Gesetzgeber in seiner Begründung des IPR-Gesetzes vom 25.7.1986 ausdrücklich festgestellt hat, dass sowohl Art. 11 EGBGB als auch der gesamte Gesetzesentwurf das Gesellschaftsrecht überhaupt nicht erfasst (vgl. BT-Drucks. 10/504, S. 49). Ausdrücklich stellt der Gesetzgeber zudem klar, dass Art. 11 Abs. 1 EGBGB „nicht die Form von Vorgängen regelt, die sich auf die Verfassung von Gesellschaften und juristischen Personen beziehen“ (BT-Drucks. 10/504, S. 49). Aus dieser Gesetzesbegründung sowie aus der Systematik der Regelung des IPR-Gesetzes vom 25.7.1986 (BGBl. I, S. 1142) wird deutlich, dass der Gesetzgeber für die die Verfassung von Gesellschaften und juristischen Personen betreffenden Angelegenheiten Art. 11 EGBGB nicht anwenden will (vgl. *Goette*, DStR 1996, 709, 711). Nach alledem scheidet die Anwendung von Art. 11 EGBGB auf gesellschaftsrechtliche Vorgänge, die die Verfassung der Gesellschaft betreffen, die insbesondere durch das

Erfordernis der Eintragung des Vorgangs ins Handelsregister gekennzeichnet sind (*Goette*, DStR 1996, 709, 711) und damit die Anwendung der Ortsform gemäß Art. 11 Abs. 1 Alt. 2 EGBGB aus (*Goette*, DStR 1996, 709, 711; *MünchKomm-GmbHG/J. Mayer*, § 2 Rdnr. 44, Fn. 232).

**16** Soweit die Beschwerdeführerin die Auslegung des Art. 11 EGBGB streng nach dem Wortlaut damit begründet, dass die vom Registergericht aus dem Gesetzesentwurf entnommene Intention des Gesetzgebers, die Vorschrift solle eben nicht die Verfassung einer Gesellschaft betreffen, eindeutig nicht in Art. 11 EGBGB manifestiert worden sei, ist dem jedoch entgegenzuhalten, dass der Gesetzgeber auch keine Veranlassung dazu gesehen hat. Aus der Gesetzesbegründung geht eindeutig hervor, dass der Gesetzgeber davon ausging, der gesamte Gesetzesentwurf erfasse das Gesellschaftsrecht überhaupt nicht. Zur weiteren Argumentation des Gesetzgebers wird auf die vorstehenden Ausführungen verwiesen. Vor diesem Hintergrund sah der Gesetzgeber offenbar keinen Grund, die Geltung der Vorschrift für gesellschaftsrechtliche Vorgänge ausdrücklich auszuschließen. Vielmehr ging er davon aus, dass sich dies ohne besondere Regelung ergebe. Der Fall liegt daher nicht so, dass eine ursprüngliche Intention letztlich keine Niederlegung im Gesetz gefunden hat, sodass die Vorschrift streng nach dem Wortlaut auszulegen wäre, sondern so, dass der Gesetzgeber keinerlei Anlass sah, dies explizit zu regeln.

**17** Soweit sich die Beschwerdeführerin für ihre Auffassung auf höchstrichterliche Entscheidungen stützt, ist dem entgegenzuhalten, dass die Frage, ob die Gründung einer deutschen GmbH durch einen Schweizer Notar beurkundet werden kann, höchstrichterlich noch nicht entschieden worden ist. Der BGH hat zwar in der von der Beschwerdeführerin zitierten Entscheidung vom 16.2.1981 (BGH, Beschluss vom 16.2.1981, II ZB 8/80, BGHZ 80, 76 = juris Rdnr. 5) formuliert, dass viel für die Ansicht spreche, Art. 11 Abs. 1 Satz 2 EGBGB gelte generell, also auch für gesellschaftsrechtliche Vorgänge, allerdings hat der für das Gesellschafts- und das Registerrecht zuständige II. Zivilsenat die Frage ausdrücklich nicht entschieden. Bei seiner Prüfung hat er allein auf das Wirkungsstatut des Art. 11 Abs. 1 Satz 1 EGBGB abgestellt. Des Weiteren betraf die Entscheidung die Beurkundung einer Änderung des Gesellschaftervertrags durch einen Zürcher Notar. In seiner Entscheidung vom 22.5.1989 zeigt sich der BGH schon zurückhaltender und beantwortet die Frage der Wirksamkeit einer Abtretung von GmbH-Anteilen ganz unabhängig von der Frage, ob zur Wahrung der Form des § 15 Abs. 3 GmbHG die Ortsform des Art. 11 Abs. 1 Alt. 2 EGBGB genügt (BGH, NJW-RR 1989, 1259, 1261). Auch hier ging es nicht um eine Gesellschaftsgründung.

**18** Soweit die Beschwerdeführerin einen Vergleich zur Abtretung von Gesellschaftsanteilen zieht, ist dem entgegenzuhalten, dass Art. 11 Abs. 1 EGBGB im Interesse des internationalen Rechtsverkehrs eine möglichst weitgehende Wirksamkeit von im Ausland vorgenommen Rechtsgeschäften ermöglichen soll. Dazu hat der Gesetzgeber auch bewusst eine Beeinträchtigung der mit den nationalen Formvorschriften verfolgten Zwecke in Kauf genommen (*MünchKomm-BGB/Spellenberg*, 7. Aufl. 2015, Art. 11 EGBGB Rdnr. 177). Abweichungen von diesem Grundsatz lassen sich jedoch bei organi-

sationsrechtlichen Vorgängen, die unmittelbar in die Struktur der Gesellschaft eingreifen, wie etwa die Gründung an sich, rechtfertigen. Dies trifft jedoch nicht auf die Anteilsabtretung zu. Sie betrifft unmittelbar nur die an ihr beteiligten Personen. Zwar ändert sich damit auch der Gesellschafterkreis, was insbesondere auch Folgen für die Beschlussfassung in der Gesellschafterversammlung haben kann. Jedoch sind diese Auswirkungen auf die Gesellschaftsstruktur nur mittelbarer Natur (*Gätsch/Schulte*, ZIP 1999, 1954, 1956; *Kröll*, ZGR 2000, 111, 123).

**19** Sofern die Beschwerdeführerin anführt, Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Ortsform sei, dass die Rechtsordnung des Staates vor Ort ein dem jeweils entsprechendes Rechtsgeschäft vorsieht, ist dem zuzustimmen. Gleichwohl bedeutet dies nicht, dass die vom AG beispielhaft angeführte Gründung einer deutschen GmbH in den USA bei Anwendung der Ortsform daher nicht möglich wäre. Die Unterschiede der Rechtsformen in den USA bzw. in der Schweiz oder Österreich zur deutschen GmbH sind derart ausgestaltet, dass auf dieser Grundlage keine unterschiedliche Behandlung zu erfolgen hätte. Eine GmbH nach dem deutschen GmbHG existiert in keinem dieser Länder, sodass jeweils lediglich ein materieller Vergleich zwischen den Rechtsformen zu ziehen ist (vgl. BGH, Beschluss vom 4.11.2004, III ZR 172/03, GmbHR 2005, 53 = juris Rdnr. 9). Soweit die Beschwerdeführerin die jeweiligen Formerfordernisse zur Gründung dieser Rechtsformen heranzieht, ist dem entgegenzuhalten, dass dies keine Rolle spielen darf. Es kommt allein auf die Ausgestaltung der Rechtsform an sich an. Um dann den verschiedenen Formerfordernissen Rechnung zu tragen, besteht ja gerade die Vorschrift des Art. 11 Abs. 1 Alt. 2 EGBGB. Dementsprechend sind nicht bloß die schweizerische oder österreichische GmbH mit der deutschen vergleichbar, sondern auch jene Formen, die in den USA etc. existieren.

**20 b)** Im vorliegenden Fall ist aber dem notariellen Formerfordernis gemäß § 2 Abs. 1 GmbHG genügt, weil die von dem Schweizer Notar mit Sitz im Kanton Bern am 5.8.2015 vorgenommene Beurkundung – entgegen der Auffassung des AG Charlottenburg im angefochtenen Beschluss – mit der Beurkundung durch einen deutschen Notar gleichwertig ist (Art. 11 Abs. 1 Alt. 1 EGBGB).

**21** Die Form des Wirkungsstatuts kann auch durch eine Beurkundung außerhalb seines räumlichen Geltungsbereiches im Ausland erfüllt werden, wenn Urkundsperson und Beurkundungsvorgang gleichwertig sind (BGH, Beschluss vom 17.12.2013, II ZB 6/13, NZG 2014, 219 = juris Rdnr. 14 f.; OLG München, Urteil vom 19.11.1997, 7 U 2511/97, NJW-RR 1998, 758 = juris Rdnr. 38; *Goette*, a. a. O., S. 712). Gleichwertigkeit ist nach der Rechtsprechung des BGH stets dann gegeben, wenn die ausländische Urkundsperson nach Vorbildung und Stellung im Rechtsleben eine der Tätigkeit des deutschen Notars entsprechende Funktion ausübt (vgl. unten aa)) und für die Errichtung der Urkunde ein Verfahrensrecht zu beachten ist, das den tragenden Grundsätzen des Beurkundungsrechts entspricht (vgl. unten bb)) (BGH, Beschluss vom 16.2.1981, II ZB 8/80, BGHZ 80, 76 = juris Rdnr. 5; vgl. auch die Nachweise bei *Jakobs*, MittRhNotK, 1985, 57, 61 zu Fn. 67 und 68).

**22 aa)** Hinsichtlich der persönlichen Anforderungen an den ausländischen Notar wird vielfach pauschal unterschieden einerseits zwischen den kontinental-europäischen und lateinamerikanischen Notaren, die beide zusammen das „lateinische Notariat“ bilden, bei denen eine Gleichwertigkeit gegeben sei und andererseits den Notaren des anglo-amerikanischen Rechtskreises, deren Gleichwertigkeit generell abgelehnt wird (*Winkler*, NJW 1972, 981, 985 m. w. N.; *Jakobs*, MittRhNotK 1985, 57, 61 m. w. N.).

**23** Diese pauschale Annahme der persönlichen Gleichwertigkeit der Schweizer als kontinental-europäischer Notare trägt jedoch nicht, weil gemäß Art. 55 des Schlusstitels zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch die einzelnen Kantone bestimmen, „in welcher Weise auf ihrem Gebiet die öffentliche Beurkundung hergestellt wird“ und damit gerade keine bundeseinheitliche Regelung des Notariatswesens in der Schweiz besteht. Damit haben die Kantone das Recht und die Pflicht, für ihr jeweiliges Hoheitsgebiet das Beurkundungswesen zu ordnen und damit die zur Errichtung einer öffentlichen Urkunde zuständigen Organe zu bezeichnen. Dieser Pflicht sind sämtliche Kantone in den Jahren 1907 bis 1912 nachgekommen und haben in ihren jeweiligen Einführungsgesetzen zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch die Grundsätze des Beurkundungsrechtes niedergelegt (vgl. *Santschi*, DNotZ 1962, 626).

**24** Der hier beurkundende Notar W aus dem Kanton Bern übt eine nach Vorbildung und Stellung im Rechtsleben der Tätigkeit des deutschen Notars entsprechende Funktion aus. Dies folgt bereits aus § 1 des Berner Notariatsgesetzes (NG) vom 22.11.2006 (Stand: 1.1.2012). Nach dieser Vorschrift übt der Berner Notar einen freien, wissenschaftlichen und öffentlichen Beruf aus, den er nach Art. 3 NG unabhängig und auf eigene Rechnung betreibt. Gemäß Art. 5 NG wird das für die Ausübung des Notarberufs erforderliche Notariatspatent nur einer Person erteilt, die handlungsfähig ist und die bernische Notariatsprüfung bestanden hat. Nach Art. 5 Abs. 2 NG wird zur bernischen Notariatsprüfung nur zugelassen, wer a) das juristische Lizentiat oder Masterdiplom einer schweizerischen Hochschule oder ein gleichwertiges Hochschuldiplom eines Staates, mit dem die Schweiz die gegenseitige Anerkennung vereinbart hat und welcher für die Zulassung zur Notariatsprüfung Gegenrecht erhält, erworben hat und b) eine 24-monatige (vgl. Art. 7) praktische Ausbildung im Kanton Bern absolviert hat. Laut Art. 5 der Verordnung über die Notariatsprüfung (NPV) vom 25.10.2006 wird im Kanton Bern zur praktischen Notar-Ausbildung nur zugelassen, wer das juristische Lizentiat oder Masterdiplom einer schweizerischen Hochschule erworben hat.

**25** Die praktische Ausbildung beträgt gemäß Art. 11 NG für Personen, die das bernische Anwaltspatent besitzen, nur 18 Monate, Nach Art. 5 Abs. 5 NG darf die Inhaberin oder der Inhaber des Notariatspatents die Berufsbezeichnung Notarin oder Notar führen. Hier hat der beurkundende Berner Notar W ausweislich der Angaben auf der Website der Notariatskanzlei B & W Notariat in T, Kanton Bern in der Schweiz, ein juristisches Hochschulstudium und langjährige Praktika absolviert und anschließend ein Staatsexamen abgelegt, was den deutschen Anforderungen an einen deutschen Notar gleichwertig ist.

**26 bb)** Zudem ist für die Errichtung einer notariellen Urkunde im Kanton Bern ein Verfahrensrecht zu beachten, das den tragenden Grundsätzen des deutschen Beurkundungsrechts entspricht.

**27** Zwar bestimmen gemäß Art. 55 des Schlusstitels zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch die einzelnen Kantone, „in welcher Weise auf ihrem Gebiet die öffentliche Beurkundung hergestellt wird“, weshalb gerade keine bundeseinheitliche Regelung des Notariatswesens in der Schweiz besteht (siehe oben aa). Jedoch regelt das kantonale Recht nicht abschließend das Beurkundungswesen und die Pflichten der kantonalen Urkundspersonen (Schweizerisches Bundesgericht, BGE 99 II 159, S. 161 Erwägung 2; vgl. auch OLG Frankfurt, Urteil vom 25.1.2005, 11 U 8/04 (Kart), GmbHR 2005, 764 = juris Rdnr. 81). Vielmehr sind der kantonalen Regelung durch das schweizerische Bundesrecht Grenzen gesetzt.

**28** So beurteilt sich nach dem Bundesrecht, was unter der öffentlichen Beurteilung zu verstehen ist und welchen Mindestanforderungen sie zu genügen hat (Schweizerisches Bundesgericht, BGE 90 II 274, 280 f. Erwägung 5). Der durch das schweizerische Bundesrecht vorgegebene Beurkundungsbegriff und der deutsche Beurkundungsbegriff stimmen ebenso im Wesentlichen überein, wie der Zweck der notariellen Form in der Schweiz und der in Deutschland der notariellen Form beigemessene Zweck (so auch OLG Frankfurt, Urteil vom 25.1.2005, 11 U 8/04 (Kart), GmbHR 2005, 764 = juris Rdnr. 80; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 2.3.2011, NJW 2011, 1370 = juris Rdnr. 17).

**29** So bedeutet auch im Schweizer Recht die öffentliche Beurkundung „das Herstellen eines Schriftstücks, das den Vertrag enthält, durch eine vom Staat mit dieser Aufgabe betraute Person, in der vom Staat geforderten Form und dem von ihm vorgeschrieben Verfahren“ (Schweizerisches Bundesgericht, BGE 90 II 274, 281 Erwägung 6). Ist nach Schweizer Bundesrecht die öffentliche Beurkundung eines Vertrages erforderlich, so wird damit der Zweck verfolgt, „die Vertragsparteien vor unüberlegten Entschlüssen zu bewahren und dafür zu sorgen, dass sie die Tragweite ihrer Verpflichtungen erkennen und dass ihr Wille klar und vollständig zum Ausdruck kommt“ (Schweizerisches Bundesgericht, BGE 90 II 274, 282 Erwägung 6). Das Schweizer Bundesrecht verlangt deshalb von der Urkundsperson, dass sie in der von ihr zu errichtenden Urkunde alle rechtserheblichen Tatsachen und rechtsgeschäftlichen Erklärungen feststellt, die für den materiellrechtlichen Inhalt des zu beurkundenden Inhalt des zu beurkundenden Rechtsgeschäfts wesentlich sind (Schweizerisches Bundesgericht, BGE 99 II 159, 161 Erwägung 5; BGE 106 II 147, 148; vgl. so auch OLG München, Urteil vom 19.11.1997, 7 U 2511/97, GmbHR 1998, 46 = juris Rdnr. 40; OLG Frankfurt, Urteil vom 25.1.2005, 11 U 8/04 (Kart), GmbHR 2005, 764 = juris Rdnr. 81).

**30** Zu den Anforderungen des Schweizer Bundesrechts, die die Beurkundung durch einen Schweizer Notar einer deutschen gleichwertig machen, gehören auch die persönliche Mitwirkung der Urkundsperson, die Pflicht zur wahrheitsgemäßen Beurkundung sowie die weitgehenden Interessen-gewährungspflichten bezüglich der Beteiligten, zum Beispiel betreffend die Unparteilichkeit, die Pflicht zur Ermittlung der

Identität der Beteiligten oder auch eine Beratungspflicht, die sich auch auf ausländisches Recht bezieht (OLG München, Urteil vom 19.11.1997, 7 U 2511/97, GmbHR 1998, 46 = juris Rdnr. 40), weshalb der Einwand des AG Charlottenburg hinsichtlich der mangelnden deutschen Rechtskenntnisse (Beschluss vom 22.1.2016, 99 AR 9466/15, GmbHR 2016, 223 = juris Rdnr. 27) nicht durchgreift. Verfügt ein Berner Notar nicht über deutsche Rechtskenntnisse, beurkundet er aber dennoch einen deutsch-rechtlichen Vorgang, setzt er sich auch nach Berner Recht Haftpflichtansprüchen der Beteiligten aus, da er laut Art. 59 NG zur Deckung „allfälliger Ansprüche“ aus seiner vermögensrechtlichen Verantwortlichkeit eine Sicherheit zu stellen und außerdem eine Berufshaftpflichtversicherung in angemessener Höhe abzuschließen hat.

**31** Entscheidend für die Zulässigkeit der Beurkundung durch eine ausländische Urkundsperson sind die mit der Beurkundung verbundenen Zwecke. Sie dient in erster Linie der Rechtssicherheit und Transparenz, damit keine Unklarheiten über Annahme oder Ablehnung von Anträgen und die gestellten Anträge bestehen (BGH, Urteil vom 21.10.2014, II ZR 330/13, NJW 2015, 336 = juris Rdnr. 17). Mit der Fertigung einer notariellen Urkunde geht auch eine bessere Beweissicherung einher. Diesen Zwecken kann auch eine unabhängige ausländische Urkundsperson, deren Stellung mit der eines deutschen Notars vergleichbar ist, genügen (BGH, Urteil vom 21.10.2014, II ZR 330/13, NJW 2015, 336 = juris Rdnr. 17).

**32** Die sachliche Zuständigkeit der Berner Notare erstreckt sich auch auf die Ausübung staatlicher Befugnisse, wie die Vornahme von Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, soweit diese nicht durch die Gesetzgebung anderen Organen zugewiesen sind. Zu den Aufgaben der Berner Notare zählen ferner die Errichtung von im Privatrecht vorgesehenen öffentlichen Urkunden über Rechtsgeschäfte sowie Feststellungs-urkunden. Nach Art. 35 NG belehren Notarin oder Notar die Urkundsparteien über Form und Inhalt der Urkunde und ihre rechtlichen Wirkungen. Sie sind laut Art. 36 NG zur Geheimhaltung und nach Art. 37 zur Interessenwahrung verpflichtet. Gemäß Art. 57 NG haften sie den Beteiligten für den Schaden, den sie oder er in Ausübung hauptberuflicher Pflichten rechtswidrig verschuldet haben, wobei sich die Haftung nach Art. 57 Abs. 5 NG bei Beglaubigungen von Unterschriften, Kopien und Abschriften nicht auf den Inhalt der Urkunden erstreckt. Laut Art. 59 NG haben die Notarin oder der Notar zur Deckung „allfälliger Ansprüche“ aus ihrer oder seiner vermögensrechtlichen Verantwortlichkeit eine Sicherheit zu stellen und außerdem eine Berufshaftpflichtversicherung in angemessener Höhe abzuschließen.

**33** Zu den Aufgaben der Berner Notare gehört ferner die Verlesung der Urkunde, soweit sie Willenserklärungen enthält (Art. 46 Notariatsverordnung – NV – vom 24.6.2006 – BAG 06-059). Soweit das Registergericht dies für nicht ausreichend hält, kann hier im konkreten Fall festgestellt werden, dass es darauf nicht ankommt, weil laut Urkunde die gesamte Urkunde nebst Anlagen vorgelesen worden sind. Dies ist durch das Berner Recht nicht ausgeschlossen, sodass die Beurkundung nach Berner Recht rechtmäßig ist und auch dem deutschen Recht (§§ 13, 17 BeurkG) voll gerecht wird. Mit seiner Ansicht fehlender Gleichwertigkeit lässt das Registergericht im Übr-

gen außer Acht, dass auch den Schweizer Notar nach Schweizer Bundesrecht eine sich auch auf ausländisches – und damit auch deutsches – Recht beziehende Beratungspflicht bezieht (vgl. OLG München, Urteil vom 19.11.1997, 7 U 2511/97, GmbHR 1998, 46 = juris Rdnr. 40), was im Übrigen auch für die aus Art. 35 NG folgende Belehrungspflicht des Notars über den Inhalt der Urkunde gilt.

**34** Nach alledem war der angefochtene Beschluss aufzuheben und das Registergericht anzuweisen, die von der Beteiligten beantragte Eintragung in das Handelsregister vorzunehmen.

#### HINWEIS DER SCHRIFTFLEITUNG:

Siehe zu dieser Entscheidung auch den Aufsatz von **Weber**, MittBayNot 2018, 215 (in diesem Heft).

## KOSTENRECHT

### 27. Geschäftswert – Kaufvertrag mit der Verpflichtung zur Herstellung gewerblicher Wohnimmobilien

BGH, Beschluss vom 16.11.2017, V ZB 124/17 (Vorinstanz: OLG Köln, Beschluss vom 12.5.2017, 2 Wx 104/17)

*GNotKG § 50 Nr. 3 lit. a*

#### LEITSATZ:

**Der Geschäftswert einer schuldrechtlichen Verpflichtung zur Errichtung von Wohngebäuden entspricht auch dann gemäß § 50 Nr. 3 lit. a GNotKG 20 % des Verkehrswerts des unbebauten Grundstücks, wenn es sich um sog. gewerbliche Wohngebäude handelt, wenn also der Verpflichtete die zu errichtenden Wohngebäude zum Beispiel verkaufen oder vermieten will.**

#### SACHVERHALT:

**1** I. Mit einem von dem beteiligten Notar beurkundeten Vertrag vom 10.11.2015 kaufte die Rechtsvorgängerin der Beteiligten zu 2 (fortan: einheitlich Käuferin bzw. Kostenschuldnerin) für 3,585 Mio. € von der Stadt Köln Grundstücke. In dem Kaufvertrag verpflichtete sich die Käuferin, die Grundstücke nur mit Wohnhäusern zu bebauen, solche Wohnhäuser zu errichten und die Grundstücke nur zu Wohnzwecken zu nutzen. Sie beabsichtigte den gewerblichen Weiterverkauf der zu errichtenden Wohnhäuser.

**2** Am 30.12.2015 erteilte der Notar der Käuferin die angegriffene Kostenrechnung. Darin hat er als Geschäftswert für die Bauverpflichtung 20 % der voraussichtlichen Herstellungskosten – das ergibt 3 Mio. € – angesetzt. Die Käuferin hält diesen Ansatz für überhöht. Sie meint, der Geschäftswert für die Bauverpflichtung sei nach § 50 Nr. 3 lit. a GNotKG nur mit 20 % des Verkehrswerts der unbebauten Grundstücke – das ergibt 717.000 € – zu bemessen, da sie aufgrund der Bauverpflichtung Wohngebäude und nicht gewerblich genutzte Bauwerke zu errichten habe.

**3** Auf Antrag der Käuferin auf gerichtliche Entscheidung hat das LG die Kostenrechnung aufgehoben und neu gefasst, wobei es für die Berechnung des Werts der übernommenen Bauverpflichtung 20 % des Verkehrswerts der unbebauten Grundstücke zugrunde gelegt hat. Die Beschwerde des Notars hat das OLG zurückgewiesen.

**4** II. Nach Auffassung des Beschwerdegerichts, dessen Entscheidung unter anderem in ZNotP 2017, 202 veröffentlicht worden ist, bestimmt sich der Geschäftswert einer Verpflichtung zur Errichtung von Wohngebäuden stets nach § 50 Nr. 3 lit. a GNotKG, unabhängig davon, ob die Wohngebäude von dem Erwerber selbst genutzt oder ob sie verkauft oder vermietet werden sollen. Im Schrifttum werde zwar die Auffassung vertreten, der Geschäftswert einer Verpflichtung zur Errichtung sog. gewerblich genutzter Wohnimmobilien sei nicht nach § 50 Nr. 3 lit. a GNotKG, sondern nach § 50 Nr. 3 lit. b GNotKG zu bestimmen. Dafür werde aber keine nachvollziehbare Begründung gegeben. Der Wortlaut der Vorschrift sei eindeutig. Danach komme es allein darauf an, ob das errichtete Bauwerk als Wohngebäude oder gewerblich genutzt werden solle, nicht aber, ob die Wohnnutzung zu eigenen Zwecken oder zu Investitionszwecken beabsichtigt sei. Auch den Gesetzesmaterialien lasse sich eine Privilegierung nur der privaten Wohnnutzung nicht entnehmen.

#### AUS DEN GRÜNDEN:

**5** III. Diese Erwägungen halten einer rechtlichen Prüfung stand.

(...)

**9** 2. Das Rechtsmittel ist im Wesentlichen unbegründet.

**10** a) Der beteiligte Notar hat den Geschäftswert der in dem beurkundeten Kaufvertrag enthaltenen Verpflichtung zur Errichtung von Wohnhäusern auf den verkauften Grundstücken und zur Nutzung der Grundstücke zu Wohnzwecken zu Unrecht mit 20 % der Herstellungskosten angesetzt. Das Beschwerdegericht hat zutreffend entschieden, dass der Geschäftswert einer schuldrechtlichen Verpflichtung zur Errichtung von Wohngebäuden auch dann gemäß § 50 Nr. 3 lit. a GNotKG 20 % des Verkehrswerts des unbebauten Grundstücks entspricht, wenn es sich um sog. gewerbliche Wohngebäude handelt, wenn also der Verpflichtete die zu errichtenden Wohngebäude zum Beispiel verkaufen oder vermieten will.

**11** b) Wie die schuldrechtliche Verpflichtung zur Herstellung sog. gewerblicher Wohnimmobilien rechtlich einzuordnen ist, ist allerdings umstritten. Nach einer Ansicht entspricht der Geschäftswert einer Verpflichtung zur Errichtung solcher Wohnimmobilien stets 20 % der voraussichtlichen Herstellungskosten entsprechend § 50 Nr. 3 lit. b GNotKG (Bormann/Diehn/Sommerfeldt/Diehn, GNotKG, 2. Aufl., § 50 Rdnr. 10; Korintenberg/Tiedtke, GNotKG, 20. Aufl., § 50 Rdnr. 21; Fackelmann, ZNotP 2017, 203 f.; Wilsch, ZfIR 2017, 681, 682). Nach einer zweiten Ansicht ist das jedenfalls dann der Fall, wenn die voraussichtlichen Herstellungskosten den Wert des unbebauten Grundstücks übersteigen (Fackelmann/Heinemann/Fackelmann, NK-GNotKG, § 50 Rdnr. 11). Nach einer dritten, von dem Beschwerdegericht geteilten Ansicht beträgt der Geschäftswert einer Bauverpflichtung bei allen Wohnimmobilien einheitlich 20 % des Werts des unbebauten Grundstücks (Rohs/Wedewer/Waldner, GNotKG, Stand: Dezember 2016, § 50 Rdnr. 5; ohne Problematisierung: Leipziger GNotKG/Zapf, § 50 Rdnr. 11 und BeckOK-KostR/Lutz/Mattes, Stand: 15.8.2017, § 50 Rdnr. 13, 15; offenbar auch NK-GK/Fackelmann, § 50 GNotKG Rdnr. 10).

**12** c) Die dritte Ansicht ist zutreffend.

**13** aa) Für sie spricht schon der Wortlaut der Vorschrift in § 50 Nr. 3 GNotKG. Sie stellt dem „Wohngebäude“ in lit. a das „gewerblich genutzte Bauwerk“ gegenüber und stellt in beiden Fälle auf die der Bauart des Gebäudes oder Bauwerks ent-



sprechende Nutzung ab. Demgegenüber unterscheidet sie weder danach, welches Interesse der Verkäufer mit der Vereinbarung der Bauverpflichtung verfolgt, noch danach, aus welchen Gründen sich der Käufer auf die Verpflichtung einlässt und was er mit dem zu errichtenden Gebäude bezweckt.

**14** bb) Argumente für eine einschränkende Auslegung von § 50 Nr. 3 lit. a GNotKG lassen entgegen der Ansicht der Vertreter der anderen Ansichten weder aus der Entstehungsgeschichte der Norm noch aus ihrem Zweck oder den Vorstellungen des Gesetzgebers ableiten.

**15** (1) Der Gesetzgeber hat mit § 50 GNotKG eine Norm geschaffen, die im früheren Notarkostenrecht ohne Vorbild ist. Ziel war es, die Schwierigkeiten zu beheben, die sich bei der Bestimmung des Geschäftswerts bestimmter schuldrechtlicher Verpflichtungen in Grundstückskaufverträgen ergeben hatten, darunter auch bei schuldrechtlichen Bauverpflichtungen (Entwurfsbegründung in BT-Drucks. 17/11471 (neu), S. 170 linke Spalte).

**16** (2) Bei der Konzeption der Regelungen für Bauverpflichtungen in der Vorschrift ist der Gesetzgeber von dem gesicherten Stand der Rechtsprechung zu dem früheren § 20 KostO ausgegangen (BT-Drucks. 17/11471 (neu), S. 170 rechte Spalte). Danach waren solche Verpflichtungen auch dann als vermögensrechtliche Angelegenheit anzusehen, wenn der Verkäufer damit ideelle Ziele verfolgte (Senat, Beschluss vom 24.11.2005, V ZB 103/05, BGHZ 165, 125, 130 f.). Als geeignetes Kriterium für die Bewertung einer Verpflichtung zur Errichtung von Gebäuden wurden der Kaufpreis bzw. Rückkaufpreis angesehen, speziell bei einer Verpflichtung zur Errichtung gewerblicher Objekte aber auch die Herstellungskosten (Senat, Beschluss vom 24.11.2005, V ZB 103/05, BGHZ 165, 125, 131; OLG Zweibrücken, OLGR 2000, 444, 445 f.; Bay. Notarkasse, MittBayNot 2006, 259, 260). Wenn der Verkauf unter dem Verkehrswert erfolgte, sollte der Wert der Bauverpflichtung dagegen auf der Grundlage des dem Käufer von dem Verkäufer gewährten Preisnachlasses oder auf der Grundlage der Differenz zwischen dem Ankaufs- und einem Rückkaufpreis bestimmt werden (Senat, Beschluss vom 24.11.2005, V ZB 103/05, BGHZ 165, 125, 131 f.). Dagegen hatte die Bayerische Notarkasse eingewandt, dabei könne im Einzelfall ein krasses Missverhältnis entstehen. Bei einem nur geringfügigen Preisnachlass bestimme dieser den Wert der Bauverpflichtung, während ohne diesen Nachlass ein Prozentsatz von 30-40 % des Kaufpreises oder Rückkaufpreises maßgeblich wären (MittBayNot 2006, 259, 260). Diese Kritik wollte der Gesetzgeber aufgreifen (BT-Drucks. 17/11471 (neu), S. 170 linke Spalte).

**17** (3) Bei der auf dieser Grundlage entwickelten Regelung hat sich der Gesetzgeber zwar von der früheren Rechtsprechung auch der Instanzgerichte inspirieren lassen, aber im Ergebnis doch eine eigenständige Regelung getroffen. Er hat sich bei der Ausgestaltung der Vorschrift von der Rechtsprechung gelöst (im Ergebnis auch *Wilsch*, ZfIR 2017, 681, 682: „moduliert konservativer Rekurs“ auf die bisherige Rechtsprechung) und einen einfach zu handhabenden neuen Ansatz gewählt, der die Anwendungsschwierigkeiten vermeidet, um deren Auflösung willen sich der Gesetzgeber zur ausdrücklichen gesetzlichen Regelung des Geschäftswerts schuldrechtlicher Bau-

verpflichtungen entschlossen hatte. Die Vereinfachung besteht zunächst darin, den Geschäftswert mit einem Prozentsatz von 20 % von gesetzlich bestimmten Referenzgrößen festzuschreiben und auf eine Schätzung unter Bildung unterschiedlicher Prozentsätze (vgl. dazu: OLG Zweibrücken, OLGR 2000, 444, 445 f.; Bay. Notarkasse, MittBayNot 2006, 259, 260) zu verzichten.

**18** (4) Bei der Festlegung dieser Referenzgrößen ist der Gesetzgeber zwar inhaltlich von dem Maßstab ausgegangen, der bis dahin bestimmend war: dem Interesse des Verkäufers an der Bauverpflichtung (vgl. etwa Senat, Beschluss vom 24.11.2005, V ZB 103/05, BGHZ 165, 125, 131 f.). Er stellt aber in § 50 Nr. 3 GNotKG nicht auf dieses Interesse, sondern auf die Gebäude ab, deren Errichtung staatliche oder staatsnahe Verkäufer normalerweise mit Bauverpflichtungen sicherstellen wollen: Wohngebäude zur Schaffung von Wohnraum und gewerblich genutzte Bauwerke zur Ansiedlung von Gewerbe. Danach legt er auch die maßgebliche Referenzgröße fest: den Verkehrswert des unbebauten Grundstücks bei Wohngebäuden und den voraussichtlichen Herstellungsaufwand bei gewerblich genutzten Bauwerken. Dieser Regelungsansatz führt zwar dazu, dass das von dem Verkäufer angestrebte öffentliche Interesse je nach dem Konzept des Erwerbers nicht schon in seiner Person verwirklicht wird, sondern unter Umständen erst durch einen späteren Erwerber. Er erreicht aber mit geringem Aufwand die angestrebte Erleichterung und Vereinheitlichung der Anwendung. Die maßgebliche Referenzgröße ergibt sich unmittelbar aus der vertraglichen Vereinbarung, in der bestimmt werden muss, welche Gebäude der Verpflichtete zu errichten hat. Diese Vereinfachung führt auch nicht dazu, dass die mit der niedrigeren Referenzgröße bezweckte Privilegierung verfehlt würde. Der Gesetzgeber hat diese Privilegierung nicht auf den Bau von Eigenheimen durch interessierte Bürger begrenzt, sondern – sich an die frühere Rechtsprechung eben nur anlehnd (BT-Drucks. 17/11471 (neu), S. 170 rechte Spalte) – schlechthin für Verpflichtungen zur Errichtung von Wohngebäuden vorgesehen. Ihr Zweck wird auch bei der Errichtung von sog. gewerblichen Wohnimmobilien erreicht. Denn auch die kostenrechtliche Privilegierung von Erwerbern, die Wohnraum errichten, um ihn weiterzuveräußern, ist tendenziell geeignet, die Kosten der späteren Nutzer zu senken.

(...)

## ÖFFENTLICHES RECHT

### 28. Vertretungsmacht des ersten Bürgermeisters einer bayerischen Gemeinde

OLG München, Beschluss vom 12.10.2017, 34 Wx 325/17

*BayGO Art. 29, 37, 38 Abs. 1*

#### LEITSATZ:

**Die organschaftliche Vertretungsmacht des ersten Bürgermeisters einer bayerischen Gemeinde ist im Außenverhältnis allumfassend und unbeschränkt; infol-**

**gedessen wird die Gemeinde auch durch solche Rechtshandlungen des ersten Bürgermeisters berechtigt und verpflichtet. Der Vorlage eines Gemeinderatsbeschlusses zur Grundbucheintragung bedarf es daher nicht (Anschluss an BGH, NJW 2017, 2412).**

## SACHVERHALT:

**1** I. Im Grundbuch ist die Beteiligte zu 2 als Eigentümerin von Grundbesitz eingetragen.

**2** Diesen veräußerte sie mit notariellem Kaufvertrag vom 20.6.2017 an die Beteiligte zu 1, eine bayerische Gemeinde. Bei Beurkundung war die Beteiligte zu 1 vertreten durch den zweiten Bürgermeister, der dabei die Verhinderung des ersten Bürgermeisters angezeigt hatte.

**3** In Ziffer VI. 1. Auflassung ist vereinbart:

**4** „Hinsichtlich der dinglichen Einigung gelten die in der beige-fügten Anlage 2 enthaltenen Erklärungen. Auf die mitverlesene Anlage wird verwiesen.

**5** Die Vertragsteile weisen den Notar übereinstimmend an, die Eigentumschreibung unter Vorlage dieser Anlage beim Grundbuchamt erst zu veranlassen, wenn entweder der Veräußerer dem schriftlich zustimmt oder der Erwerber nachgewiesen hat, dass der gesamte vorstehend bezeichnete Kaufpreis – ohne Zinsen – bezahlt worden ist (...).“

**6** Am 10.8.2017 legte der Notar eine beglaubigte Abschrift der Anlage 2 zur zuvor schon im Auszug vorgelegten Urkunde vom 20.6.2017 dem Grundbuchamt vor und beantragte den Gesamtvollzug sämtlicher noch nicht vollzogener Eintragungsanträge.

**7** Daraufhin erließ das Grundbuchamt am 18.8.2017 fristsetzende Zwischenverfügung, wonach ein Gemeinderatsbeschluss zu dem Geschäft fehle.

**8** Dagegen wenden sich die Beteiligten mit der Beschwerde vom 23.8.2017, mit der sie auf die Entscheidung des BGH vom 18.11.2016, V ZR 266/14, verweisen. Neben der Aufhebung der Zwischenverfügung beantragen sie die Anweisung an das Grundbuchamt, die Auflassung einzutragen.

**9** Das Grundbuchamt hat der Beschwerde nicht abgeholfen.

## AUS DEN GRÜNDEN:

**10** II. 1. Das nach § 11 Abs. 1 RPflG, § 71 Abs. 1 GBO statthafte und auch im Übrigen zulässige (§§ 73, 15 Abs. 2 GBO) Rechtsmittel der Beteiligten gegen die formal unbedenkliche Zwischenverfügung des Grundbuchamts (§ 18 Abs. 1 GBO) ist überwiegend erfolgreich.

**11** 2. Soweit sich die Beschwerde gegen das vom Grundbuchamt angenommene Eintragungshindernis wendet, hat die Beschwerde Erfolg, da ein Gemeinderatsbeschluss zum Grundstücksgeschäft nicht erforderlich ist.

**12** a) Die bisherige Rechtsprechung des BayObLG und des Senats hat zwar bislang eine unbeschränkte Vertretungsmacht des ersten Bürgermeisters verneint (vgl. BayObLGZ 1952, 271 ff.; 1974, 81, 84; 1974, 374, 376; 1997, 37, 41; Senat vom 4.2.2009, 34 Wx 114/08, MittBayNot 2009, 222 f.; Senat vom 18.6.2010, 34 Wx 65/10, juris Rdnr. 7; Senat vom 28.1.2013, 34 Wx 390/12, juris Rdnr. 9). Art. 38 Abs. 1 BayGO begründe lediglich das Vertretungsrecht des ersten Bürgermeisters, nicht aber seine Vertretungsmacht. Letztere ergebe sich aus Art. 37 BayGO, sofern das Rechtsgeschäft unter den dort genannten Voraussetzungen in dessen eigenen Zuständigkeitsbereich falle. Soweit dagegen der Gemeinderat als willensbildendes Organ der Gemeinde zu entscheiden habe

(Art. 29 BayGO), werde die Vertretungsmacht des ersten Bürgermeisters erst durch einen entsprechenden Gemeinderats- oder Ausschussbeschluss begründet (vgl. nur BayObLGZ 1974, 81, 84). Der erste Bürgermeister sei dann lediglich Vollzugsorgan (Art. 36 Satz 1 BayGO).

**13** Der BGH hat allerdings zum zutreffenden Gesetzesverständnis am 18.11.2016 (BGH, NJW 2017, 2412 ff.) und erneut am 1.6.2017 (NJW-RR 2017, 917 ff.) entschieden, dass die organschaftliche Vertretungsmacht des ersten Bürgermeisters einer bayerischen Gemeinde gemäß Art. 38 Abs. 1 BayGO im Außenverhältnis allumfassend und unbeschränkt ist; infolgedessen wird die Gemeinde auch durch solche Rechtshandlungen des ersten Bürgermeisters berechtigt und verpflichtet, die dieser ohne die erforderliche Beschlussfassung des Gemeinderats vorgenommen hat. Ob Beschränkungen Außenwirkung haben, ist durch Auslegung der die Vertretung regelnden Normen zu ermitteln; die Regelungen der BayGO weisen keine Besonderheiten auf, die eine von der Rechtslage in den anderen Bundesländern abweichende Reichweite der Vertretungsmacht des ersten Bürgermeisters rechtfertigen könnten. Entscheidend für die Auslegung des Art. 38 Abs. 1 BayGO als Einräumung einer umfassenden Vertretungsmacht im Außenverhältnis spricht – wie in den anderen Bundesländern auch – das Bedürfnis nach Rechtssicherheit und angemessenem Verkehrsschutz.

**14** Die Erklärungsempfänger – in der Regel der Bürger, aber auch die Grundbuchämter – müssen sich auf die Vertretungsbefugnis des für die Gemeinde nach außen handelnden Organs verlassen können. Demgegenüber bleibt es der Gemeinde unbenommen, gegen ihr pflichtwidrig handelndes Organ beamtenrechtliche Sanktionen zu verhängen bzw. Schadensersatzforderungen geltend zu machen.

**15** Soweit die Grundbuchämter bisher Eintragungen in das Grundbuch nur dann vorgenommen haben, wenn die Vertretungsbefugnis des ersten Bürgermeisters in der Form des § 29 GBO nachgewiesen war und in diesem Zusammenhang Gemeinderatsbeschlüsse vorlagen, ist ein solcher Nachweis nach der vom BGH vorgenommenen Auslegung des Art. 38 Abs. 1 BayGO entbehrlich; es ist nicht Aufgabe der Grundbuchämter, die Einhaltung der gemeindlichen Zuständigkeitsordnung zu überwachen.

**16** b) Der Senat schließt sich der Rechtsprechung des BGH an.

**17** Soweit das Grundbuchamt anführt, der BGH habe am 18.11.2016 (NJW 2017, 2412 ff.) das Verfahren nur zu einer neuen Entscheidung zurückverwiesen, hat es verkannt, dass sich die Zurückverweisung allein auf eine vom Berufungsgericht nicht entschiedene andere Rechtsfrage bezogen hat.

**18** Auch der Gesetzesentwurf der Bayerischen Staatsregierung zur Änderung des Gemeinde- und Landkreiswahlgesetzes und anderer Gesetze vom 6.12.2016 ist nicht geeignet, die bisherige Ansicht des Senats zu stützen. Zwar soll danach Art. 38 Abs. 1 BayGO geändert und ein Satz 2 eingefügt werden, der lautet: „Der Umfang der Vertretungsmacht ist auf seine Befugnisse beschränkt.“ Die Gesetzesinitiative begründet der Gesetzgeber damit, dass anlässlich der Rechtsprechung des BGH der Umfang der Vertretungsmacht des ersten

Bürgermeisters „klargestellt“ werden solle. Die Gesetzesmaterialien zeigen allerdings keinerlei Gesichtspunkt auf, der bei der Auslegung der Norm in ihrer derzeit geltenden Fassung durch den BGH nicht oder ungenügend berücksichtigt worden wäre. Der Senat hat daher mit Blick auf die Gesetzesinitiative und deren Begründung keinen Anlass, der überzeugenden Entscheidung des BGH nicht zu folgen. Die Gesetzesänderung wiederum ist noch nicht in Kraft.

**19** Auch Verträge, die Bürgermeister von bayerischen Gemeinden ohne den intern erforderlichen Gemeinderatsbeschluss abgeschlossen haben, sind somit nach der gegenwärtigen Gesetzeslage nicht schwebend unwirksam, sondern aufgrund im Außenverhältnis bestehender Vertretungsmacht wirksam (*Grziwotz*, MittBayNot 2017, 302, 303).

**20 c)** Nichts anderes gilt, wenn der zweite Bürgermeister – wie hier – in Vertretung des ersten Bürgermeisters handelt, vgl. Art. 39 Abs. 1 Satz 1 BayGO.

(...)

## STEUERRECHT

### 29. Überschreiten privater Vermögensverwaltung – Verklammerung auch bei unbeweglichen Wirtschaftsgütern und Überschreiten der zehnjährigen Haltefrist

BFH, Urteil vom 28.9.2017, IV R 50/15 (Vorinstanz:  
FG Niedersachsen, Urteil vom 6.10.2015, 16 K 10021/14)

*EStG § 15 Abs. 2 Satz 1, Abs. 3 Nr. 1, § 21 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, Abs. 3*

*ErbbaurG § 12 Abs. 1 und 3*

#### LEITSÄTZE:

- 1. Die Rechtsprechung, wonach der Ankauf, die Vermietung und der Verkauf von Wirtschaftsgütern zu einer einheitlichen, die private Vermögensverwaltung überschreitenden Tätigkeit verklammert sein können, ist nicht auf bewegliche Wirtschaftsgüter beschränkt, sondern gilt gleichermaßen für unbewegliche Wirtschaftsgüter.**
- 2. Eine Verklammerung kann auch dann zu bejahen sein, wenn die (beweglichen oder unbeweglichen) Wirtschaftsgüter veräußert werden, nachdem die in § 23 Abs. 1 Satz 1 EStG genannten Haltefristen abgelaufen sind.**

#### SACHVERHALT:

**1** Die Klägerin und Revisionsbeklagte (Klägerin) ist die im Jahr 1978 gegründete A-GbR, an der B, C und D zu je 1/3 als Gesellschafter beteiligt sind.

**2** Im Jahr 2003 (Streitjahr) erklärte die Klägerin – wie in den Vorjahren – aus der Vermietung bebauter Grundstücke Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung nach § 21 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG. Zu diesen Einkünften gehörten unter anderem solche aus der Vermietung

eines Rathausesweiterungsgebäudes und eines Straßenverkehrsamts (nachfolgend auch Dienstgebäude). Daneben erklärte die Klägerin aus der Beteiligung an einer GbR weitere Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung, zudem noch geringe Einkünfte aus Kapitalvermögen. Den erklärten Mieteinnahmen aus den Dienstgebäuden lagen folgende Sachverhalte zugrunde:

**3** Die Stadt E räumte der Klägerin mit notariellem Erbbaurechtsvertrag (Erbbaur-Vertrag) vom 22.4.1986 an einem bestimmten Grundstück ein Erbbaurecht mit der Pflicht ein, hierauf ein Dienstgebäude für die Stadt E an das vorhandene Rathaus anzubauen. Das Erbbaurecht wurde auf die Dauer von 20 Jahren vereinbart. Nutzen und Lasten am Grundstück gingen auf die Klägerin mit Beginn des Baus über. Die Klägerin musste auf dem Erbbaugrundstück spätestens 18 Monate nach Erteilung der Baugenehmigung ein konkret bezeichnetes Bauwerk errichtet haben (§ 4 Erbbaur-Vertrag). Es war vereinbart, dass für den Fall des Erlöschens des Erbbaurechts durch Zeitablauf die Stadt E der Klägerin eine Entschädigung zu leisten hatte (§ 9 Erbbaur-Vertrag). Die Stadt E konnte von der Klägerin die Übertragung des Erbbaurechts an sich selbst unter anderem dann verlangen, wenn der Mietvertrag, durch den die Klägerin das Gebäude an die Stadt E vermietete, unwirksam wäre oder werde oder endete (§ 8 Erbbaur-Vertrag). Der Klägerin war das Vorrecht auf Erneuerung des Erbbaurechts nach § 2 Nr. 6 und § 31 ErbbaurVO (nunmehr ErbbaurG) eingeräumt (§ 10 Erbbaur-Vertrag). Bei dem in § 8 Erbbaur-Vertrag erwähnten Mietvertrag handelte es sich um den von der Klägerin und der Stadt E abgeschlossenen Vertrag vom 22.4.1986, mit welchem das Rathausesweiterungsgebäude auf die Dauer von 20 Jahren an die Stadt E vermietet wurde. Das Mietverhältnis verlängerte sich um die Zeit, um die das Erbbaurecht über eine Dauer von 20 Jahren hinaus gewährt wurde (§ 3 Abs. 2 des Mietvertrages). Die Klägerin ließ das Bauwerk durch die F-GmbH errichten, an der sie selbst zu 6 % beteiligt ist. Das Erbbaurecht endete entsprechend der ursprünglichen Vereinbarung im Jahr 2007. Die Klägerin erhielt von der Stadt E eine Entschädigung.

**4** Der Landkreis G bestellte der Klägerin mit notariellem Vertrag vom 7.10.1992 ein Erbbaurecht an einem näher bezeichneten Grundstück. Das Erbbaurecht begann vertragsgemäß mit der Eintragung im Grundbuch und endete am 31.12.2013. Nutzen und Lasten am Grundstück wurden auf die Klägerin zum 1.1.1993 übertragen. Die Klägerin verpflichtete sich, auf dem Grundstück ein Straßenverkehrsamt für den Landkreis G zu errichten. Der Klägerin stand mit Erlöschen des Erbbaurechts nach Ablauf der vereinbarten Zeitdauer am 31.12.2013 eine Entschädigung zu (§ 15 Erbbaur-Vertrag). Die Klägerin vermietete durch Mietvertrag vom 8.10.1992 das Grundstück an den Landkreis G. Das Ende des Mietverhältnisses war zum 31.12.2013 vereinbart. Die Klägerin beauftragte die F-GmbH als Generalbauunternehmer mit der Errichtung des Gebäudes. Die Vertragsparteien verhielten sich sodann vertragsgemäß und erfüllten die Verträge.

**5** Der Beklagte und Revisionskläger (FA) stellte die Einkünfte der Klägerin zunächst erklärungsgemäß fest. Auch in den Vorjahren hatte das FA – selbst nach Durchführung einer die Jahre 1997 bis 2001 betreffenden Außenprüfung – die erklärten Vermietungseinkünfte als Einkünfte nach § 21 EStG festgestellt. Für die Jahre 2003 bis 2009 erfolgte eine weitere Außenprüfung. Der Prüfer vertrat nunmehr die Auffassung, dass die Klägerin bei den beiden Dienstgebäuden den Rahmen der privaten Vermögensverwaltung überschritten habe. Danach sei die Klägerin auch gewerblich tätig gewesen, sodass sie nach § 15 Abs. 3 Nr. 1 EStG in vollem Umfang einen Gewerbebetrieb unterhalten habe.

**6** Dem folgte das FA. Mit dem nach § 164 Abs. 2 AO geänderten Feststellungsbescheid 2003 vom 22.12.2011 stellte das FA Einkünfte aus Gewerbebetrieb fest und erhöhte die Einkünfte um die zuvor in Anspruch genommenen Abschreibungen für die Gebäude, weil es diese nunmehr dem Umlaufvermögen zuordnete. Der hiergegen eingelegte Einspruch (Einspruchsentscheidung vom 23.12.2013) war nur insoweit erfolgreich, als das FA die Bemessungsgrundlage für die Abschreibungen hinsichtlich der sonstigen vermieteten Grundstücke

nach den Teilwerten zum Zeitpunkt des Beginns der vermeintlichen gewerblichen Betätigung durch die Klägerin ermittelte. Im Übrigen beurteilte es die Tätigkeit der Klägerin in Bezug auf die Dienstgebäude weiterhin als eine originär gewerbliche, sodass insgesamt gewerbliche Einkünfte gegeben seien.

**7** Die Klage, mit der sich die Klägerin gegen die Qualifikation der von ihr erzielten Einkünfte als solche aus Gewerbebetrieb wandte, hatte Erfolg. (...) Die Tätigkeiten der Klägerin im Zusammenhang mit den Dienstgebäuden hätten den Rahmen der privaten Vermögensverwaltung nicht überschritten. Insbesondere könne die bisher allein zu beweglichen Wirtschaftsgütern ergangene sog. Verklammerungsrechtsprechung des BFH nicht auf den Streitfall übertragen werden. (...)

## AUS DEN GRÜNDEN:

**12** Die Revision des FA hat Erfolg. Das Urteil des FG ist aufzuheben und die Sache an das FG zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen (§ 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 FGO).

(...)

**17** II. Die Entscheidung des FG, wonach die Tätigkeit der Klägerin bei den beiden Dienstgebäuden nicht den Rahmen der privaten Vermögensverwaltung überschritten und die Klägerin deshalb nicht einen Gewerbebetrieb nach § 15 Abs. 3 Nr. 1 EStG unterhalten habe, beruht auf fehlerhaften Rechtsgrundsätzen.

**18** 1. Nach § 15 Abs. 3 Nr. 1 EStG gilt in vollem Umfang als Gewerbebetrieb die mit Einkünfteerzielungsabsicht unternommene Tätigkeit einer oHG, KG oder einer anderen Personengesellschaft, wenn die Gesellschaft auch eine Tätigkeit i. S. d. § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG ausübt. Es muss sich um eine eigenständige gewerbliche Tätigkeit i. S. d. § 15 Abs. 2 Satz 1 EStG handeln, die von mindestens einer weiteren Tätigkeit der Personengesellschaft, die isoliert betrachtet zu einer anderen Einkunftsart (Gewinn- oder Überschusseinkunftsart) führen würde und auf die sich die Abfärbung auswirken soll, getrennt werden kann (BFH, Urteil vom 29.11.2012, IV R 37/10, Rdnr. 28; Kirchhof/Reiß, EStG, 16. Aufl., § 15 Rdnr. 143).

**19** 2. Im Streitfall erzielte die Klägerin – eine GbR und damit eine „andere Personengesellschaft“ i. S. d. § 15 Abs. 3 Nr. 1 EStG (zum Beispiel BFH, Urteil vom 29.11.2012, IV R 37/10, Rdnr. 27, m. w. N.) – zum einen Einkünfte aus der entgeltlichen Überlassung der beiden Dienstgebäude. Nach den Feststellungen des FG bedingten sich bei diesen beiden Objekten die abgeschlossenen Erbbaurechts- und Mietverträge gegenseitig. Zum anderen erzielte die Klägerin – wie sich dem FG-Urteil entnehmen lässt – u. a. noch Einkünfte aus der entgeltlichen Überlassung weiterer bebauter Grundstücke. Es ist nicht erkennbar, dass im Rahmen dieser üblichen Vermietungstätigkeit vergleichbare besondere Umstände wie bei den beiden Dienstgebäuden vorgelegen hätten. Danach kann die „besondere“ Vermietungstätigkeit bei den beiden Dienstgebäuden ohne Weiteres von der üblichen Vermietungstätigkeit der Klägerin getrennt werden.

**20** 3. Entgegen der Auffassung des FG können die bei den Dienstgebäuden gegebenen besonderen Umstände dazu führen, dass die diesbezügliche Tätigkeit der Klägerin – anders als ihre „übliche“ Vermietungstätigkeit nach § 21 Abs. 1 Satz 1

Nr. 1 EStG – als eine gewerbliche i. S. d. § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, Abs. 2 Satz 1 EStG zu beurteilen ist. Insbesondere ist es nicht ausgeschlossen, dass die Klägerin insoweit über den Rahmen der privaten Vermögensverwaltung hinausgegangen ist.

**21** a) Nach § 15 Abs. 2 Satz 1 EStG erfordert ein Gewerbebetrieb eine selbstständige, nachhaltige Betätigung, die mit der Absicht, Gewinne zu erzielen, unternommen wird, sich als Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr darstellt und keine land- und forstwirtschaftliche, freiberufliche oder andere selbstständige Tätigkeit ist. Ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal des Gewerbebetriebs ist nach der Rechtsprechung des BFH, dass die Betätigung den Rahmen einer privaten Vermögensverwaltung überschreitet (st. Rspr., zum Beispiel BFH, Urteil vom 19.1.2017, IV R 50/14, BFHE 257, 35 = BStBl. II 2017, S. 456 Rdnr. 26). Eine Personengesellschaft erzielt – als Subjekt der Einkünfteermittlung – gewerbliche Einkünfte, wenn die Gesellschafter in ihrer Verbundenheit als Personengesellschaft ein gewerbliches Unternehmen betreiben (§ 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 i. V. m. Abs. 2 EStG).

**22** b) Die Grenze der privaten Vermögensverwaltung zum Gewerbebetrieb wird bei der Vermietung von Grundstücken überschritten, wenn nach dem Gesamtbild der Betätigung und unter Berücksichtigung der Verkehrsauffassung die Ausnutzung substantieller Vermögenswerte durch Umschichtung gegenüber der Nutzung des Grundbesitzes im Sinne einer Fruchtziehung aus zu erhaltenden Substanzwerten (zum Beispiel durch Selbstnutzung oder Vermietung) entscheidend in den Vordergrund tritt (st. Rspr., zum Beispiel BFH, Urteil vom 24.6.2009, X R 36/06, BFHE 225, 407 = BStBl. II 2010, S. 171 Rdnr. 27). Bei dieser Abgrenzung ist auf das Gesamtbild der Verhältnisse und die Verkehrsanschauung abzustellen (zum Beispiel BFH-Urteil in BFHE 257, 35 = BStBl. II 2017, S. 456 Rdnr. 28).

**23** c) Das FG ist im Ergebnis zutreffend davon ausgegangen, dass die Klägerin nicht allein wegen den von vornherein geplanten Veräußerungen (entgeltlichen Übertragungen) der beiden Dienstgebäude infolge Erlöschens der Erbbaurechte (vgl. § 12 Abs. 1 und Abs. 3 ErbbauRG) gegen Zahlung einer Entschädigung durch die Grundstückseigentümer den Rahmen der privaten Vermögensverwaltung überschritten und damit ggf. ab Errichtung dieser Gebäude eine gewerbliche Vermietungstätigkeit ausgeübt hat (vgl. § 21 Abs. 3 EStG).

**24** aa) Anhaltspunkte dafür, dass die Klägerin die Drei-Objekt-Grenze (dazu zum Beispiel BFH-Urteile in BFHE 225, 407 = BStBl. II 2010, S. 171 Rdnr. 28; vom 5.5.2011 IV R 34/08, BFHE 234, 1 = BStBl. II 2011, S. 787 Rdnr. 31 m. w. N.) überschritten hat, bestehen nicht.

**25** bb) Es liegt auch keiner der Fälle vor, in denen ein gewerblicher Grundstückshandel gegeben ist, ohne dass die Drei-Objekt-Grenze überschritten wurde.

**26** Nach der Rechtsprechung des BFH kommt der Drei-Objekt-Grenze nur Indizwirkung zu. Steht aufgrund objektiver Umstände fest, dass der Grundbesitz mit der unbedingten Absicht erworben oder bebaut worden ist, ihn innerhalb kurzer Zeit zu verkaufen, ist ausnahmsweise ein gewerblicher Grundstückshandel selbst dann zu bejahen, wenn weniger als vier Objekte veräußert werden (zum Beispiel BFH-Urteil in BFHE

225, 407 = BStBl. II 2010, S. 171 Rdnr. 29 m. w. N.). Der BFH hat in solchen Fällen einen gewerblichen Grundstückshandel allerdings nur dann in Betracht gezogen, wenn ein zeitlicher Zusammenhang zwischen Erwerb/Errichtung und Veräußerung des Objekts besteht (zum Beispiel BFH-Urteile vom 18.9.2002, X R 183/96, BFHE 200, 293 = BStBl. II 2003, S. 238 bei Veräußerung unmittelbar nach Fertigstellung oder bereits während Bauphase; vom 24.1.1996, X R 255/93, BFHE 180, 51 = BStBl. II 1996, S. 303 bei Haltedauer von ca. zwei Jahren; vom 14.1.1998, X R 1/96, BFHE 185, 242 = BStBl. II 1998, S. 346 bei Haltedauer von unter zwei Jahren; vom 9.12.2002, VIII R 40/01, BFHE 201, 180 = BStBl. II 2003, S. 294 bei Haltedauer von bis zu acht Jahren; vom 1.12.2005, IV R 65/04, BFHE 212, 106 = BStBl. II 2006, S. 259 bei Veräußerung eines kurz zuvor erworbenen Grundstücks mit einer vom Veräußerer noch zu errichtenden Einkaufspassage; in BFHE 234, 1 = BStBl. II 2011, S. 787 bei Haltedauer von ca. zehn Monaten). Wird das Gebäude hingegen bis zu der ggf. von Anfang an unbedingt beabsichtigten Veräußerung – ebenfalls von vornherein beabsichtigt – langjährig durch Vermietung genutzt, lässt sich in diesen Fällen allein durch den Verkauf keine gewerbliche Tätigkeit begründen. Denn ein derartiges Verhalten ist für einen Grundstückshändler, der auf (zeitnahen) Umschlag seiner Ware bedacht ist, unüblich. Dies gilt jedenfalls dann, wenn – wie im Streitfall – bis zur entgeltlichen Übertragung eine Vermietung von 20 Jahren erfolgt. Dieses Rechtsverständnis bestätigt § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG. Diese Norm enthält die erkennbare Wertung, dass die Veräußerung von Grundstücken oder Rechten, die den Vorschriften des bürgerlichen Rechts über Grundstücke unterliegen (zum Beispiel Erbbaurechte), nach einer Haltedauer von über zehn Jahren – jedenfalls im Grundsatz – privater Natur ist (vgl. BFH, Urteil vom 5.4.2017, X R 6/15, BFHE 258, 289 Rdnr. 19).

**27 d)** Im Streitfall könnte die Tätigkeit der Klägerin aber über den Rahmen der privaten Vermögensverwaltung hinausgegangen sein, wenn ihr Geschäftskonzept darin bestanden haben sollte, auf den Erbbaugrundstücken Bauwerke zu errichten, diese Bauwerke an die Grundstückseigentümer zu vermieten und jene sodann nach Ablauf der 20-jährigen Vermietungszeit auf die Grundstückseigentümer gegen Erhalt einer von vornherein fest vereinbarten Entschädigung „entgeltlich zu übertragen“, und bereits bei Aufnahme der Tätigkeit festgestanden haben sollte, dass sich das erwartete positive Gesamtergebnis nur unter Einbeziehung der Entschädigung erzielen lasse.

**28 aa)** Nach der Rechtsprechung des Senats überschreitet ein Einkünfteerzielungssubjekt die Grenze der privaten Vermögensverwaltung, wenn dessen Geschäftskonzept darin besteht, bewegliche Wirtschaftsgüter zu kaufen, zwischenzeitlich zu vermieten und zu verkaufen, und bereits bei Aufnahme dessen Tätigkeit festgestanden hat, dass sich das erwartete positive Gesamtergebnis nur unter Einbeziehung des Erlöses aus dem Verkauf der vermieteten Wirtschaftsgüter erzielen lässt (zum Beispiel BFH, Urteil vom 8.6.2017, IV R 30/14, BFHE 258, 403 Rdnr. 33). In einem solchen Fall sind die Einzeltätigkeiten einer derart gemischten Tätigkeit nicht getrennt zu würdigen, sondern zu einer einheitlichen, über den Rahmen der privaten Vermögensverwaltung hinausgehenden Tätigkeit zu verklammern.

**29 bb)** Diese sog. Verklammerungsrechtsprechung ist – entgegen der Auffassung des FG und der Klägerin – auf unbewegliche Wirtschaftsgüter übertragbar.

**30** Es ist kein Grund ersichtlich, diese Rechtsprechung auf bewegliche Wirtschaftsgüter zu beschränken. Lässt sich nämlich das erwartete positive Gesamtergebnis nur unter Berücksichtigung des Veräußerungserlöses der vermieteten Wirtschaftsgüter erzielen, tritt die Umschichtung der Vermögenswerte – unabhängig davon, ob es sich um bewegliche oder unbewegliche Wirtschaftsgüter handelt – gegenüber der Fruchtziehung aus zu erhaltenden Substanzwerten entscheidend in den Vordergrund. Ebenso kann nicht angenommen werden, dass die Rechtsprechung des BFH zum gewerblichen Grundstückshandel abschließenden Charakter hat. Die Frage, ob die Ausnutzung substanzialer Vermögenswerte durch Umschichtung gegenüber der Nutzung des Grundbesitzes im Sinne einer Fruchtziehung aus zu erhaltenden Substanzwerten entscheidend in den Vordergrund tritt, bleibt im Grundsatz eine Einzelfallentscheidung. So stellt zum Beispiel auch die Drei-Objekt-Grenze keine Freigrenze für den Steuerpflichtigen dar (Beschluss des Großen Senats des BFH vom 10.12.2001, GrS 1/98, BFHE 197, 240 = BStBl. II 2002, S. 291 unter C. III. 5.).

**31 cc)** Eine Anwendung der „Verklammerungsrechtsprechung“ auf den Streitfall ist auch nicht aus sonstigen Gründen ausgeschlossen.

**32 (1)** Diese Rechtsprechung ist nicht auf solche Fälle beschränkt, bei denen zwischen An- und Verkauf nur eine kurzfristige zwischenzeitliche Vermietung erfolgt. Unerheblich ist auch, ob die veräußerten Wirtschaftsgüter angeschafft oder hergestellt worden sind. Der Senat braucht daher insbesondere nicht darüber zu entscheiden, welcher Zeitraum mit dem Wort „kurzfristig“ gemeint sein könnte. Allerdings wird bei kürzeren Vermietungsphasen eher die Voraussetzung erfüllt sein, dass sich ein positives Gesamtergebnis nur unter Einbeziehung des Veräußerungserlöses erzielen lässt. Einer Verklammerung der Teilakte zu einer einheitlichen Tätigkeit steht auch nicht von vornherein entgegen, dass die in § 23 Abs. 1 Satz 1 EStG genannten Haltefristen für die dort genannten Veräußerungsgegenstände überschritten sind. Grundsätzlich ist zwar – wie erwähnt (dazu B. II. 3. c bb) – die Veräußerung von Grundstücken oder grundstücksgleichen Rechten nach Ablauf der in § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG genannten Haltedauer von zehn Jahren privater Natur. Die Ausnutzung des Vermögenswertes durch Umschichtung ist aber auch noch nach Ablauf der dort genannten Fristen möglich. Folgerichtig hat der BFH bei beweglichen Wirtschaftsgütern eine Verklammerung der genannten Einzeltätigkeiten auch dann für möglich erachtet, wenn im Zeitpunkt der Veräußerung die in § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG genannte Haltefrist bereits abgelaufen war (vgl. zum Beispiel BFH-Urteile vom 22.1.2003, X R 37/00, BFHE 201, 264 = BStBl. II 2003, S. 464 betreffend 18 Monate vermietete Wohnmobile; in BFHE 258, 403 betreffend ca. sechs Jahre vermietete Schiffscontainer).

**33 (2)** Ebenso ist die Reinvestition des Veräußerungserlöses in ein nämliches Objekt keine Voraussetzung dafür, dass der Rahmen der privaten Vermögensverwaltung überschritten wird. Hierbei handelt es sich jedoch um einen Umstand, der

ggf. im Rahmen des Tatbestandsmerkmals „Nachhaltigkeit“ Bedeutung gewinnen kann.

**34 dd)** Unter Beachtung dieser Grundsätze ist die vom FG gegebene Begründung, wonach der Rahmen der privaten Vermögensverwaltung nicht überschritten sei, weil die „Verklammerungsrechtsprechung“ des BFH zum einen wegen der 20-jährigen Vermietung der Bauwerke, zum anderen wegen der nicht beabsichtigten Reinvestition des Veräußerungserlöses in andere Vermietungsobjekte nicht anwendbar sei, rechtsfehlerhaft.

**35 III.** Die Sache ist nicht spruchreif. Das FG hat zwar ausgeführt, es könne angenommen werden, dass sich bei beiden Dienstgebäuden die abgeschlossenen Miet- und Erbbaurechtsverträge gegenseitig bedingten. Hieraus ließe sich folgern, dass die Klägerin ein einheitliches Geschäftskonzept – gerichtet auf Errichtung, zwischenzeitliche Vermietung und entgeltliche Übertragung der Dienstgebäude – verfolgt hat. Das FG hat aber – aus seiner Sicht zutreffend – keine Feststellungen dazu getroffen, ob bereits im Zeitpunkt der Aufnahme der jeweiligen Tätigkeit im Zusammenhang mit den Dienstgebäuden festgestanden hat, dass sich das jeweils erwartete positive Gesamtergebnis nur unter Einbeziehung der vereinbarten Entschädigung für die zu errichtenden Dienstgebäude erzielen lässt.

**36** Dem FG wird hiermit die Gelegenheit gegeben, im zweiten Rechtsgang die hierfür erforderlichen tatsächlichen Feststellungen nachzuholen und die bisher unterlassene Prognose über das zu erwartende Gesamtergebnis anzustellen.

**37 IV.** Der Senat weist ohne Bindungswirkung auf Folgendes hin:

**38 1. a)** Stichtag für die erforderliche – für jedes Objekt (Rathausenerweiterungsgebäude, Straßenverkehrsamt) jeweils getrennt durchzuführende – Prognose ist der Beginn der jeweiligen Tätigkeit. Erklärt das Einkünfteerzielungssubjekt – so wie hier die Klägerin – infolge einer tatsächlich erfolgten Nutzungsüberlassung Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung nach § 21 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG, ist im Rahmen der Prognose zu prüfen, ob für den Zeitraum der tatsächlichen Vermögensnutzung ein Totalüberschuss erzielt wird. Bei der Ermittlung des Totalüberschusses ist von den Ergebnissen auszugehen, die sich nach den einkommensteuerrechtlichen Vorschriften voraussichtlich ergeben werden. Es muss beabsichtigt sein, durch die Vermögensnutzung ein positives Ergebnis, d. h. einen (Total-)Überschuss der steuerpflichtigen Einnahmen über die Erwerbsaufwendungen zu erzielen (BFH, Urteil vom 9.5.2000, VIII R 77/97, BFHE 192, 445 = BStBl. II 2000, S. 660 unter A. I. 3. a). Diese Überschussprognose folgt im Grundsatz denselben Regeln, die auch sonst im Rahmen des § 21 EStG zur Feststellung der Einkünfteerzielungsabsicht Anwendung finden. Entgegen der Auffassung des FA kommt es daher nicht darauf an, ob die bei Aufnahme der Tätigkeit vorhersehbaren (vereinbarten) steuerpflichtigen Mieteinnahmen sämtliche Investitionen der Klägerin überstiegen. Von den steuerpflichtigen Mieteinnahmen sind nur die bei Mietbeginn vorhersehbaren Werbungskosten, insbesondere die während der vereinbarten Vermietungsdauer anfallenden Abschreibungen, Fremdfinanzierungszinsen und laufenden Kosten abzu-

ziehen. Sollte diese Prognose zu einem Totalüberschuss führen, wäre die Grenze der privaten Vermögensverwaltung nicht überschritten.

**39 b)** Das Erfordernis, eine Totalüberschussprognose durchzuführen, ist nicht deshalb entbehrlich, weil bei auf Dauer angelegten Vermietungen das Erzielen eines Totalüberschusses vermutet wird. Denn die nach einem Konzept – wie hier – nur 20 Jahre umfassende Vermietungsdauer ist keine auf Dauer angelegte Vermietungstätigkeit (vgl. BFH, Beschluss vom 2.7.2008, IX B 46/08, BFHE 222, 387 = BStBl. II 2008, S. 815 unter II. 2. a).

**40 2.** Sollte hingegen die Tätigkeit der Klägerin über den Bereich der privaten Vermögensverwaltung hinausgegangen sein, bleibt zu den übrigen Tatbestandsmerkmalen des § 15 Abs. 2 Satz 1 EStG Folgendes anzumerken:

**41 a)** Entgegen der Auffassung der Klägerin hat sie am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr teilgenommen. Die Teilnahme am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr erfordert eine Tätigkeit, die gegen Entgelt am Markt erbracht und für Dritte äußerlich erkennbar angeboten wird (BFH, Urteil vom 30.9.2010, IV R 44/08, BFHE 233, 28 = BStBl. II 2011, S. 645 Rdnr. 37 m. w. N.). Dabei können auch Leistungen an einen einzigen Abnehmer eine Marktteilnahme begründen (BFH, Urteil vom 16.5.2002, IV R 94/99, BFHE 199, 261 = BStBl. II 2002, S. 565). Die Klägerin hat nach Einräumung der Erbbaurechte auf den Erbbaugrundstücken Bauwerke errichten lassen und diese an die Grundstückseigentümer vermietet. Als Folge des Erlöschens der Erbbaurechte durch Zeitablauf ging das Eigentum an den Bauwerken gegen Zahlung einer von vornherein fest vereinbarten Entschädigung auf die Grundstückseigentümer über. Dieses Verhalten erfüllt die Voraussetzungen einer entgeltlichen, auf Güter- und Leistungsaustausch gerichteten Marktteilnahme.

**42 b)** Die Annahme einer nachhaltigen Tätigkeit wäre nicht deshalb ausgeschlossen, weil zwischen dem Durchführungsbeginn beider Objekte ein Zeitraum von mehr als sechs Jahren gelegen hat.

**43** Eine Tätigkeit ist grundsätzlich nachhaltig, wenn sie auf Wiederholung angelegt ist, also eine Wiederholungsabsicht in der Weise besteht, dass weitere Geschäfte geplant sind (zum Beispiel BFH-Urteil in BFHE 201, 180 = BStBl. II 2003, S. 294 unter 2. a m. w. N.). Die tatsächliche Wiederholung ist die häufigste, aber nicht die einzige Form, in der eine Wiederholungsabsicht zum Ausdruck kommen kann (Schmidt/Wacker, EStG, 36. Aufl., § 15 Rdnr. 17).

**44** Wären bei beiden Dienstgebäuden die Teilakte zu einer einheitlichen Tätigkeit zu verklammern, müsste infolge tatsächlicher Wiederholung des Geschäfts die Nachhaltigkeit bejaht werden. Dem stünde der Zeitraum von mehr als sechs Jahren zwischen dem Beginn beider Objekte nicht entgegen. Denn eine Nachhaltigkeit kann auch dann angenommen werden, wenn sich die Tätigkeiten nur in größeren Zeitabständen wiederholen (BFH, Urteil vom 21.8.1985, I R 60/80, BFHE 145, 33 = BStBl. II 1986, S. 88 unter 2. b (2.2)). Außerdem wäre im Streitfall zu berücksichtigen, dass mit dem „zweiten Geschäft“ (Errichtung, Vermietung und „entgeltliche Übertragung“ des Straßenverkehrsamts) zu einem Zeitpunkt

begonnen wurde, als das „erste Geschäft“ (Errichtung, Vermietung und „entgeltliche Übertragung“ des Rathausesweiterungsbaus) noch längst nicht beendet war.

(...)

•

### 30. Einordnung des Handels mit Vorratsgesellschaften als gewerblich

BFH, Urteil vom 27.6.2017, IX R 3/17 (Vorinstanz:  
FG Niedersachsen, Urteil vom 6.12.2016, 8 K 123/16)

*EStG §§ 15, 17, 18 Abs. 1 Nr. 1*

*AO § 14 Satz 3*

#### LEITSATZ:

Die wiederholte Gründung und Veräußerung von sog. Vorratsgesellschaften – hier: Gründung und Veräußerung von insgesamt 40 GmbHs – überschreitet die Grenzen der privaten Vermögensverwaltung.

## SONSTIGES

### HINWEISE FÜR DIE PRAXIS

# Notar und (missbräuchliche) Anerkennung der Vaterschaft

Von Notar Prof. Dr. Dr. **Herbert Grziwotz**, Regen

## 1. Familienrechtliche Zurechnung

### a) Keine Feststellung der biologischen Vaterschaft

Die Anerkennung der Vaterschaft (§ 1592 Nr. 2 BGB) stellt neben der Zurechnung eines Kindes aufgrund einer bestehenden Ehe (§ 1592 Nr. 1 BGB) und eines familiengerichtlichen Beschlusses (§ 1592 Nr. 3 BGB) die dritte Form der Begründung eines Kindschaftsverhältnisses dar. Es handelt sich um eine höchstpersönliche, einseitige, formbedürftige, aber nicht empfangsbedürftige Willenserklärung. Die Motivation des anerkennenden Vaters ist dabei gleichgültig.<sup>1</sup> Es geht bei der Vaterschaftsanerkennung nicht um die Bestätigung einer biologischen oder konsentierten Vaterschaft, sondern um die Begründung eines Statusverhältnisses zu dem betreffenden Kind. Die Vaterschaft kann deshalb sogar noch anerkannt werden, wenn das Kind nach der Geburt gestorben ist.<sup>2</sup> Auch eine Adoption steht einer wirksamen Anerkennung, die das Adoptionsverhältnis freilich unberührt lässt, nicht entgegen.<sup>3</sup> Die Anerkennung des Vaters bedarf, um wirksam zu werden, im Regelfall der Zustimmung der Mutter (§ 1595 Abs. 1 BGB).<sup>4</sup> Hat diese die Auswahl unter mehreren „Bewerbern“, entscheidet sie, wer der rechtliche Vater ihres Kindes wird. Sie kann dadurch sogar die rechtliche Vaterschaft des biologischen Vaters verhindern.<sup>5</sup> Diesem bleibt nur die Klärung seiner Vaterschaft im Rahmen des Umgangs- und Auskunftsrechts (§ 167a Abs. 2 FamFG i. V. m. § 1686a BGB). Statusrechtliche Folgen sind damit nicht verbunden.

### b) Form und Richtigkeit der Vaterschaftsanerkennung

Die Anerkennung der Vaterschaft bedarf der öffentlichen Beurkundung (§ 1597 Abs. 1 BGB), für die unter anderem die Notare zuständig sind (§ 20 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BNotO). Formzwecke sind die sachgerechte Beratung des Anerkennenden über die mit seiner Erklärung verbundenen zivilrechtlichen Folgen, der Schutz vor einer übereilten Anerkennung und schließlich, wie auch die Mitteilungspflichten und das Verbot

der Inkognito-Anerkennung<sup>6</sup> zeigen, die Beweisfunktion.<sup>7</sup> Nicht Aufgabe des Notars und damit Funktion der öffentlichen Beurkundung war es bisher, nachzuprüfen, ob eine Anerkennung der Vaterschaft oder die Zustimmung der Mutter unter bewusstem Widerspruch zu den Tatsachen, d. h. durch den (biologischen) Nichtvater wissentlich falsch erfolgte. Der Notar durfte die Beurkundung auch dann nicht ablehnen, wenn er positive Kenntnis (zum Beispiel wegen eines Auslandsaufenthalts, aus der früheren Beurkundung der Einwilligung in eine heterologe Insemination bei einem nicht verheirateten Paar) davon hatte, dass der Mann, dessen Vaterschaft anerkannt wurde, nicht der biologische Vater des Kindes ist. Nicht Formzweck war es somit, unrichtige Vaterschaftsanerkennungen zu verhindern. Auch das bewusst unrichtige Vaterschaftsanerkennnis ist nämlich bei Vorliegen der sonst erforderlichen Erklärungen, insbesondere der Zustimmung der Mutter, statusrechtlich wirksam.<sup>8</sup> Es kann, zum Beispiel später vom Kind, nur angefochten werden.

Aus § 4 BeurkG, § 14 Abs. 2 BNotO folgt die Pflicht des Notars, die Beurkundung von Scheingeschäften abzulehnen.<sup>9</sup> Lediglich *Lerch*<sup>10</sup> gibt im Zusammenhang mit einer Vaterschaftsanerkennung als Beispiel die Anerkennung durch eine Person an, die offensichtlich nicht der Vater ist und für die Anerkennung eine Zahlung erhält, wobei gleichzeitig noch ein Anerkennungsbeitrag an den Notar neben den gesetzlichen Gebühren bezahlt wird.<sup>11</sup> Die bisher herrschende Meinung hat demgegenüber auch bei aufenthaltsrechtlich motivierten Vaterschaftsanerkennnissen den Notar nicht für verpflichtet und wohl auch nicht berechtigt gehalten, die Beurkundung abzulehnen, da die Motivation für den familienrechtlichen Status keine Rolle spielt und lediglich die mittelbar mit der Abstammung verknüpften Folgen aus dem öffentlichen Recht,

1 Ebenso *Dethloff*, Familienrecht, 31. Aufl. 2015, § 10 Rdnr. 14.

2 BayObLG, Beschluss vom 17.7.2000, 1 Z BR 96/00, BayObLGZ 2000, 205.

3 MünchKomm-BGB/*Wellenhofer*, 7. Aufl. 2017, § 1594 Rdnr. 35.

4 Zur ausnahmsweisen Zustimmung des Kindes siehe § 1595 Abs. 2 BGB.

5 Für verfassungsrechtlich bedenklich hält dies *Gaul*, FamRZ 1997, 1441, 1450.

6 BayObLG, Beschluss vom 27.7.1978, 3 Z 100/76, BayObLGZ 1978, 235.

7 Palandt/*Brudermüller*, 77. Aufl. 2018, § 1597 Rdnr. 1.

8 Siehe nur BVerfG, Beschluss vom 17.12.2013, 1 BvL 6/10, BVerfGE 135, 48, 52 Rdnr. 2 = FamRZ 2014, 449. Vgl. auch Würzburger Notarhandbuch/*G. Müller*, 4. Aufl. 2014, Teil 3 Kap. 4 Rdnr. 10 und Beck'sches Notarhandbuch/*Grziwotz*, 6. Aufl. 2015, Kap B V Rdnr. 9.

9 Siehe nur *Winkler*, BeurkG, 18. Aufl. 2017, § 4 Rdnr. 28.

10 *Lerch*, BeurkG, 5. Aufl. 2016, § 4 Rdnr. 16. Weitergehend *Balzer*, NZFam 2018, 5, 6 Fn. 9.

11 Allerdings ist das Vaterschaftsanerkennnis gebührenfrei (§ 62 Abs. 1 BeurkG); vgl. *Notarkasse A. d. ö. R.*, Streifzug durch das GNotKG, 12. Aufl. 2017, Rdnr. 3121 und 3123.



nämlich dem Staatsangehörigkeits- und dem Aufenthaltsrecht, betroffen sind.<sup>12</sup>

## 2. Zweistufiges Anerkennungsverfahren bei Ausländerbeteiligung

### a) Neuer Unwirksamkeitsgrund

Bereits bisher musste der Notar bei der Beurkundung eines Vaterschaftsanerkennnisses beachten, dass dieses nicht unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung erfolgt (§ 1594 Abs. 3 BGB) und kein Bevollmächtigter die Erklärung abgibt (§ 1596 Abs. 4 BGB).<sup>13</sup> Aufgrund des Verbots der missbräuchlichen Anerkennung der Vaterschaft (§ 1597a Abs. 1 und 4 BGB) muss der Notar seit 29.7.2017 auch prüfen, ob ein derartiger Fall vorliegt, und zwar auch bei einer vorgeburtlichen Anerkennung.<sup>14</sup> Zusätzlich muss er beachten, dass eine Anerkennung der Vaterschaft durch dieselben Beteiligten bei Aussetzung des Verfahrens durch eine andere Urkundsperson oder Behörde während der Dauer des Behördenverfahrens unzulässig ist (§ 1597a Abs. 3 Satz 1 BGB) und er nach der behördlichen Feststellung des Vorliegens einer missbräuchlichen Anerkennung die Beurkundung nach dem Gesetzeswortlaut ablehnen muss (§ 1597a Abs. 3 Satz 2 i. V. m. Abs. 2 Satz 4 BGB). Diese Fälle sind allerdings nur relevant, wenn die Vaterschaftsanerkennung durch Personen erfolgt, bei denen durch die Vaterschaftsanerkennung die rechtlichen Voraussetzungen für die erlaubte Einreise oder den erlaubten Aufenthalt des Kindes, des Anerkennenden oder der Mutter sowie beim Kind auch durch den mit der Vaterschaftsanerkennung verbundenen Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit (§ 4 Abs. 1 oder 3 StAG) geschaffen werden können. Dies bedeutet umgekehrt, dass bei Vorliegen der deutschen Staatsangehörigkeit von Vater, Mutter und (künftigem) Kind sowie bei EU-Bürgern aufgrund der §§ 2 und 4a FreizügG/EU keine diesbezügliche Prüfung veranlasst ist.<sup>15</sup> Gleiches gilt für drittstaatsangehörige Elternteile von Kleinkindern, die die Unionsbürgerschaft besitzen.<sup>16</sup>

12 So zum Beispiel VG Göttingen, Urteil vom 28.6.2017, 1 A 241/16, FamRZ 2018, 71 = NZFam 2017, 774; Beck'sches Notarhandbuch/*Grziwotz*, Kap B V Rdnr. 9.

13 Zu den weiteren Anforderungen bei einem geschäftsunfähigen oder beschränkt geschäftsfähigen Anerkennenden siehe § 1596 Abs. 1 BGB.

14 Rundschreiben des BMI und des BMJV zur Anwendung der Gesetzesregelungen zur Verhinderung missbräuchlicher Vaterschaftsanerkennungen vom 21.12.2017, Ziffer 0.7 (1).

15 Zu weiteren Personen mit unbefristetem Aufenthaltsrecht siehe Rundschreiben des BMI und des BMJV zur Anwendung der Gesetzesregelungen zur Verhinderung missbräuchlicher Vaterschaftsanerkennungen vom 21.12.2017, Ziffer 1.1.4. Zur möglichen Unwirksamkeit des § 1597a BGB wegen dieser Diskriminierung siehe nur *Kaesling*, NJW 2017, 3686, 3688 und *Stern*, NZFam 2017, 740, 741.

16 EuGH, Urteil vom 13.9.2016, C-304/14, NVwZ 2017, 223 (Secretary of State/CS) und EuGH, Urteil vom 13.9.2016, C 165/14, NVwZ 2017, 218 (Rendón Marín/Spanien); vgl. auch EuGH, Urteil vom 8.3.2011, C-34/09, NVwZ 2011, 545 (Gerardo Ruiz Zambrano/Office national de l'emploi) und EuGH, Urteil vom 24.4.2012, C-571/10, NVwZ 2012, 950 (Servet Kamberaj/IPES).

### b) Die Feststellung der biologischen Vaterschaft durch den Notar (§ 1597a Abs. 5 BGB)

Keine missbräuchliche Anerkennung der Vaterschaft kann (selbstverständlich) vorliegen, wenn der Anerkennende der leibliche Vater des Kindes ist. Es handelt sich dabei um den biologischen Vater. Auf die Art der Zeugung („Beiwohnung“, medizinisch assistierte oder privat vorgenommene homologe Insemination) kommt es nicht an.<sup>17</sup> Unbeachtlich ist auch, ob der Mann nur als Samenspender agieren wollte. Auch der Samenspender, dessen Vaterschaft nach dem 1.7.2018 nicht festgestellt werden kann (§ 1600d Abs. 4 BGB n. F.), kann selbstverständlich die Vaterschaft anerkennen. Ob die konsentrierte Vaterschaft durch eine heterologe Insemination aufgrund der Wertung des § 1600 Abs. 5 BGB, der eine Anfechtung durch die beteiligten Wunscheltern ausschließt, entsprechend wie eine biologische Vaterschaft behandelt werden muss, ist derzeit offen.<sup>18</sup>

Umstritten ist, wie dem Notar die biologische Vaterschaft nachgewiesen werden kann. Der Notar kann einen Nachweis der biologischen Vaterschaft nicht fordern.<sup>19</sup> Die Beteiligten können ihm allerdings einen Vaterschaftstest vorlegen. Dabei muss es sich nicht um einen Nachweis handeln, der zu einer Wahrscheinlichkeit von 99,99998 % führt.<sup>20</sup> Auch ein privater Vaterschaftstest kann genügen, um etwaige Verdachtsmomente des Notars hinsichtlich einer missbräuchlichen Vaterschaftsanerkennung auszuräumen. Nachdem der mit der Mutter des Kindes nicht verheiratete Vater keinen gesetzlichen Anspruch auf Abstammungsklärung nach § 1598a Abs. 1 BGB hat, kann er seine Vaterschaft teilweise nur mittels eines diskreten („heimlichen“) Vaterschaftstests nachweisen; trotz der diesbezüglichen Ordnungswidrigkeit (§§ 17, 26 GenDG) besteht im notariellen Beurkundungsverfahren insoweit kein Verwertungsverbot. Gleiches gilt bei einem vorgeburtlichen Anerkenntnis für die im Inland unzulässigen vorgeburtlichen genetischen Untersuchungen zur Klärung der Abstammung (§ 17 Abs. 1 GenDG),<sup>21</sup> wenn diesbezüglich ein Nachweis aufgrund eines im Ausland durchgeführten Tests vorgelegt wird. Gleichstehen dürfte aufgrund § 1600 Abs. 5 BGB ein Nachweis über die Durchführung einer heterologen Insemination mit Zustimmung von Vater und Mutter unter Inanspruchnahme einer Samenbank und einer ärztlich unterstützten Befruchtung (§ 1 Abs. 2 SaRegG). Ungeklärt bleibt das Nachweisproblem in den Fällen der sog. Becherspende sowie der Eizellen- und Embryonenspende.<sup>22</sup>

### c) Nachfrage- und Nachforschungspflichten des Notars

Eine Nachforschungspflicht des Notars zur Ermittlung der in § 1597a Abs. 2 Satz 2 BGB nur beispielhaft und nicht ab-

17 Vgl. nur BGH, Urteil vom 15.5.2013, XII ZR 49/11, BGHZ 197, 242 = FamRZ 2013, 1209.

18 Bejahend *Grziwotz*, FamRB 2018 (erscheint demnächst).

19 Ähnlich *Balzer*, NZFam 2018, 5, 6; *Kemper*, FamRB 2017, 438, 440.

20 Str., a. A. *Erman/Hammermann*, BGB, 15. Aufl. 2017, § 1597a Rdnr. 42.

21 Eine Ausnahme besteht nur bei Vorliegen eines Sexualdelikts nach §§ 176 bis 178 StGB.

22 Siehe dazu nur *Helms*, FamRZ 2017, 1537, 1539.

schließlich<sup>23</sup> aufgeführten „Anzeichen“ für eine mögliche missbräuchliche Anerkennung der Vaterschaft besteht nach überwiegender Meinung<sup>24</sup> nicht. Vom Vorliegen einer vollziehbaren Ausreisepflicht (§ 1597a Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 BGB) und der Stellung eines Asylantrags (§ 1597a Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 BGB),<sup>25</sup> aber bereits davon, ob Vater oder Mutter aus einem sicheren Herkunftsland kommen, wird der Notar regelmäßig keine Kenntnis haben. Auch das Fehlen persönlicher Beziehungen zwischen dem Anerkennenden und der Mutter oder (richtig wohl: und, da jedenfalls eine genügen muss) dem Kind (§ 1597a Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 BGB) wird dem Notar, wenn nur eine Person zur Anerkennung oder Zustimmung bei ihm erscheint, nicht offensichtlich sein. Gemeinsame Sorgeerklärungen werden häufig als Zeichen für das Vorliegen einer persönlichen Beziehung gewertet,<sup>26</sup> setzen aber ein Vaterschaftsanerkennnis voraus;<sup>27</sup> die gemeinsame Beurkundung dürfte somit diesbezügliche Zweifel im Regelfall ausräumen. Unstrittig ist, dass auch eine zum Zeitpunkt der Anerkennung gescheiterte Beziehung genügt.<sup>28</sup> Bereits erfolgte mehrfache Anerkennungen (§ 1597a Abs. 2 Satz 2 Nr. 4 BGB), wenn sie nicht zufällig beim selben Notar erfolgten, und die Gewährung von Vermögensvorteilen (§ 1597a Abs. 2 Satz 2 Nr. 5 BGB) werden die Beteiligten dem Notar – selbst auf Nachfragen – kaum offenbaren.<sup>29</sup> Unabhängig davon, ob man den Generalverdacht unter den Familien, von denen eine Person aus einem Drittstaat kommt, durch die gesetzliche Regelung gestellt werden, als rechtswidrig einstuft<sup>30</sup> oder als „menschlich un schön“ akzeptiert<sup>31</sup>: Umfassende Nachforschungspflichten obliegen dem Notar zum Aufspüren von Missbrauchsfällen nicht.<sup>32</sup> Deshalb muss er auch nicht – wie bei der Anmeldung von GmbH-Geschäftsführern, bei denen eine diesbezügliche

gesetzliche Pflicht besteht (§ 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 und 3, Satz 3, § 8 Abs. 3 Satz 2 und § 39 Abs. 3 GmbHG) – eine Negativliste fertigen, wonach er bei Bestehen eines Aufenthaltsrechtlichen Gefälles generell Versicherungen des anerkennenden Vaters über das Nichtvorliegen der „Anhaltspunkte“ nach § 1597a Abs. 2 Satz 2 Nr. 1-5 BGB aufnimmt.<sup>33</sup> Trotz der gesetzlichen Vermutungen bleibt nämlich die Beweislast der Behörde unberührt.<sup>34</sup> Eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage für eine diesbezügliche Negativklärung fehlt. Diesbezügliche Nachfragen dürften dem Notar als Träger eines öffentlichen Amtes, soweit sie sich auf die „Entstehung“ des Kindes beziehen, wegen des Ausforschens der Intimsphäre der Betroffenen sogar verboten sein. Der Umstand des Vorliegens einer schlechten und wohl im Hinblick auf die Rechte des betroffenen Kindes auch nicht verhältnismäßigen gesetzlichen Regelung kann insoweit nicht als Rechtfertigungsgrund für einen diesbezüglichen Eingriff in diesen Kernbereich der Persönlichkeit dienen.<sup>35</sup>

Muster für eine Negativliste entsprechend der Empfehlung des DNotI:

Die Beteiligten erklären, dass sie nicht sämtlich die deutsche Staatsangehörigkeit besitzen (oder EU-Bürger sind) und dass kein Nachweis über die biologische Vaterschaft von ... für das Kind ... geführt werden kann oder soll. Deshalb versichern sie weiter, dass

weder für Vater noch Mutter noch Kind (nachstehend „Beteiligte“ genannt) eine Ausreisepflicht besteht,

kein Beteiligter einen Asylantrag gestellt hat und die Beteiligten folgende Staatsangehörigkeiten besitzen: ... (darunter darf kein sicherer Herkunftsstaat eines Asylantragstellers sein),

zwischen dem Anerkennenden und der Mutter und dem Kind persönliche Beziehungen bestehen oder bestanden, und zwar ...,

der Vater nur folgende Vaterschaften anerkannt hat ... (nicht mehrfach von Kindern verschiedener Mütter mit Schaffung von Verbleibens- oder Einreisevoraussetzungen) sowie

Vater/Mutter ein Vermögensvorteil für die in dieser Urkunde abgegebene Anerkennungs-/Zustimmungserklärung gewährt oder versprochen wurde.

Der Notar hat die Beteiligten darauf hingewiesen, dass keine gesetzliche Pflicht besteht, diese Erklärungen abzugeben.

#### d) Verfahrensaussetzung durch den Notar

Der Notar ist bei Vorliegen von Anzeichen für eine missbräuchliche Anerkennung der Vaterschaft verpflichtet, das Anerken-

23 Allgemeine Ansicht („insbesondere“), siehe nur *Kemper*, FamRB 2017, 438, 440.  
 24 Unklar *Balzer*, NZFam 2018, 5, 6 (Verdachtsprüfung, keine umfassende Ermittlungstätigkeit); a. A. Rundschreiben des BMI und des BMJV zur Anwendung der Gesetzesregelungen zur Verhinderung missbräuchlicher Vaterschaftsanerkennungen vom 21.12.2017, Ziffer 1.1.1.  
 25 Zu Anzeichen aus dem vorgelegten Ausweis siehe Rundschreiben des BMI und des BMJV zur Anwendung der Gesetzesregelungen zur Verhinderung missbräuchlicher Vaterschaftsanerkennungen vom 21.12.2017, Ziffer 1.2.1.  
 26 *Kaesling*, NJW 2017, 3686, 3689.  
 27 BGH, Beschluss vom 16.3.2011, XII ZB 407/10, NJW 2011, 2360, 2361.  
 28 Ähnlich Palandt/*Brudermüller*, § 1597a Rdnr. 3; zu Nachfragen beim Fehlen einer häuslichen Gemeinschaft siehe Rundschreiben des BMI und des BMJV zur Anwendung der Gesetzesregelungen zur Verhinderung missbräuchlicher Vaterschaftsanerkennungen vom 21.12.2017, Ziffer 1.2.3.  
 29 Zum Auskunftsersuchen an das Standesamt, das den Geburteintrag des Anerkennenden führt, siehe Rundschreiben des BMI und des BMJV zur Anwendung der Gesetzesregelungen zur Verhinderung missbräuchlicher Vaterschaftsanerkennungen vom 21.12.2017, Ziffer 1.2.4.  
 30 Vgl. die Nachweise bei Fn. 15.  
 31 So *Sanders*, FamRZ 2017, 1189, 1193.  
 32 *Knittel*, JAmt 2017, 339, 341 f.; unklar *Balzer*, NZFam 2018, 5, 6; a. A. wohl Rundschreiben des BMI und des BMJV zur Anwendung der Gesetzesregelungen zur Verhinderung missbräuchlicher Vaterschaftsanerkennungen vom 21.12.2017, Ziffer 1.2.

33 So aber die Empfehlung DNotI-Report 2017, 153, 155 f.; ausgenommen bei deutscher Staatsangehörigkeit der Beteiligten. Dies diskriminiert auf jeden Fall EU-Bürger.

34 So auch BT-Drucks. 18/12415, S. 17; Palandt/*Brudermüller*, § 1597a Rdnr. 4; a. A. wohl Rundschreiben des BMI und des BMJV zur Anwendung der Gesetzesregelungen zur Verhinderung missbräuchlicher Vaterschaftsanerkennungen vom 21.12.2017, Ziffer 1.3. (Darlegungslast der Beteiligten).

35 BVerfG, Beschluss vom 24.2.2015, 1 BvR 472/14, BVerfGE 138, 377, 386 = FamRZ 2015, 729.

nungsverfahren auszusetzen. Ein Ermessen ist ihm diesbezüglich nicht eingeräumt. Die Aussetzung ist jedoch erst nach Anhörung von Vater und Mutter zulässig (§ 1597a Abs. 2 Satz 1 BGB). Diese Anhörungspflicht besteht unabhängig davon, wer den Beurkundungsauftrag erteilt hat. Das Kind wird nicht gehört, egal, wie alt es ist; allerdings dürfte seine Beteiligung auch nicht unzulässig sein. Gleiches gilt für eine Übersendung an einen eingeschalteten Dolmetscher, wenn der Antragsteller dies wünscht.<sup>36</sup> Hinsichtlich der Form der Anhörung enthält das Gesetz keine Regelung. Auch eine schriftliche Anhörung ist deshalb zulässig und wohl der Regelfall. Der Notar wird die Beteiligten auf seine Anhaltspunkte und eventuell darauf hinweisen, dass sich diese durch einen freiwillig beizubringenden Vaterschaftsnachweis ausräumen lassen; ohne die diesbezüglichen Hinweise ergäbe die Anhörung keinen Sinn, da sie dazu dient, eventuell unbegründete Verdachtsmomente zu entkräften. Eine Unterrichtung über die umstrittene Frage der Antragsrücknahme durch den Antragsteller<sup>37</sup> ist nicht erforderlich. Demgegenüber wird der Notar unter Setzung einer angemessenen Frist den weiteren Verfahrenfortgang, nämlich die Aussetzung des Beurkundungsverfahrens und das Fehlen von Rechtsbehelfen gegen diese Zwischenentscheidung sowie die diesbezüglichen Mitteilungspflichten, kurz darlegen.

Muster für ein Anhörungsschreiben

Betreff: Anerkennung der Vaterschaft durch Herrn ... für das Kind ..., geb. am ...

Sehr geehrte Frau ..., sehr geehrter Herr ...,

Sie, Herr..., haben am ... bei mir den Antrag auf Beurkundung der Anerkennung Ihrer Vaterschaft für das am ... geborene Kind ... gestellt. Die Mutter ... hat ihre Zustimmung zu diesem Anerkenntnis bereits am ... zur Urkunde ... erteilt. Aus dieser mir in Ablichtung übersandten Erklärung ergibt sich, dass Sie sowohl den Namen der Mutter und ihr Geburtsdatum als auch den Namen des Kindes und sein Geburtsdatum falsch angegeben haben. Ihre Adresse und die der Mutter des Kindes sind ca. 500 km auseinanderliegend. Zudem haben Sie gegenüber meinen Angestellten erklärt, die Angelegenheit würde eilen, da Ihr Asylantrag abgelehnt worden wäre und Sie deshalb mit einer Rückkehr in Ihre Heimat rechnen müssten. Dies sind nach dem Gesetz Anzeichen für das Vorliegen einer missbräuchlichen Vaterschaftsanerkennung, die nur dazu dient, Ihnen einen Aufenthalt in Deutschland zu ermöglichen. Selbstverständlich können Sie Angaben machen, die diese Anzeichen entkräften. Auch ist es möglich, dass Sie einen Nachweis darüber vorlegen, dass Sie, Herr ....., der biologische Vater des Kindes sind.<sup>38</sup>

36 Die Übersetzung ist nicht Aufgabe des Notars; wenn er allerdings die Beurkundung in einer fremden Sprache bisher vorgenommen hat, hat er auch die Anhörung des Antragstellers in dieser Sprache und für den anderen nicht beteiligten Elternteil in deutscher Sprache vorzunehmen, wenn ihm dieser nicht mitteilt, dass er ebenfalls die Mitteilung in der Fremdsprache der Beurkundung wünscht.

37 Siehe einerseits *Knittel*, JAmt 2017, 339, 343 und *Kaesling*, NJW 2017, 3686, 3690 sowie andererseits *Balzer*, NZFam 2018, 5, 6 f.

38 Nicht bei noch nicht geborenem Kind.

Sollte ich bis zum Ablauf des ... keine diesbezüglichen Informationen erhalten, die die Anhaltspunkte für eine missbräuchliche Vaterschaftsanerkennung ausräumen, werde ich das Beurkundungsverfahren aussetzen, bis die zuständige Ausländerbehörde entschieden hat. Die Anerkennung der Vaterschaft kann während der Aussetzung auch nicht wirksam vor einer anderen Urkundsperson oder Behörde beurkundet werden. Rechtsmittel gegen diese Anhörung und die eventuelle Aussetzung sind nicht gegeben; Sie können nur gegen eine für Sie ungünstige Entscheidung der Ausländerbehörde Rechtsmittel einlegen.

Mit freundlichen Grüßen

..., Notar

Werden keine Umstände vorgetragen, die zur Überzeugung des Notars die Anzeichen für das Vorliegen konkreter Anhaltspunkte für eine missbräuchliche Vaterschaftsanerkennung entkräften, muss der Notar dies der Ausländerbehörde mitteilen. Er hat ferner das Beurkundungsverfahren auszusetzen und dies dem Anerkennenden, der Mutter und dem Standesamt mitzuteilen (§ 1597a Abs. 2 Satz 1 und 3 BGB). Damit ruht das Beurkundungsverfahren. Eine Form für die Aussetzung und die Mitteilung ist nicht vorgeschrieben. Insbesondere ist kein Beschluss, wie im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit (§ 21 FamFG), notwendig. Eine analoge Anwendung dieser Bestimmung kommt, da der Notar gegenüber der Ausländerbehörde und einem späteren verwaltungsgerichtlichen Verfahren nicht erste Instanz ist, auch nicht in Betracht. Es handelt sich bei der Aussetzung ferner nicht um eine Niederschrift über Erklärungen der Beteiligten, die beurkundet werden. Ebenso liegt keine sonstige Beurkundung, zum Beispiel über tatsächliche Feststellungen vor; der Notar begründet lediglich, wieso er Anzeichen für das Bestehen konkreter Anhaltspunkte nach den Regelbeispielen oder ähnliche Verdachtsmomente im Hinblick auf eine missbräuchliche Anerkennung der Vaterschaft für gegeben erachtet. Insofern bietet sich die Niederlegung in einem Aktenvermerk mit abschließender Feststellung der Aussetzung des Beurkundungsverfahrens oder ein Schreiben an den Antragsteller mit Datum und Uhrzeit<sup>39</sup> an, da die Aussetzung des Verfahrens seinen Beurkundungsauftrag und -anspruch betrifft. Im letztgenannten Fall kann die Information der Ausländerbehörde durch Übersendung einer Ablichtung des entsprechenden Schreibens erfolgen. Hinsichtlich der Mitteilung an die Mutter und das Standesamt empfiehlt sich die Einhaltung der Schriftform, auch wenn der Notar seine Meinung dem Vater und der Mutter in einem persönlichen Anhörungstermin erläutert. Die Aufnahme einer Niederschrift über die Aussetzung des Verfahrens<sup>40</sup> ist weder vorgeschrieben noch ergibt sie im Hinblick auf die Eintragung in die Urkundenrolle (künftig: Urkundenverzeichnis) einen rechten Sinn.

Probleme bereitet die vorgeburtliche Vaterschaftsanerkennung, da das Standesamt, das für die Führung des Geburts-

39 Vgl. Rundschreiben des BMI und des BMJV zur Anwendung der Gesetzesregelungen zur Verhinderung missbräuchlicher Vaterschaftsanerkennungen vom 21.12.2017, Ziffer 2.1.1.

40 Bergmann/Dienelt/*Samel*, Ausländerrecht, 12. Aufl. 2018, § 85a AufenthG Rdnr. 9. Siehe auch *Balzer*, NZFam 2018, 5, 6.

eintrags des Kindes zuständig ist (§ 9 Abs. 1, § 27 Abs. 1 und 4 PStG, § 56 Abs. 4, 5 und 6 PStV), noch nicht feststeht. In diesem Fall empfiehlt es sich, die Aussetzung des Verfahrens dem Standesamt der Mutter mitzuteilen, wenn man nicht davon ausgeht, dass in diesem Fall keine Mitteilungspflicht an das (noch nicht vorhandene) Standesamt besteht.<sup>41</sup> Handelt es sich um ein ausländisches Standesamt, entfällt die Mitteilungspflicht ohnehin.

Eine weitere Schwierigkeit ergibt sich, wenn der Antragsteller nach der Anhörung den Beurkundungsauftrag zurücknimmt. Geht man aufgrund des Zwecks der notariellen Vorprüfung – entgegen zutreffender Ansicht<sup>42</sup> – davon aus, dass dies nicht mehr möglich ist, wird der Notar einen Vorbescheid über sein weiteres Vorgehen erlassen, wenn er das (nach seiner Meinung weiterlaufende) Beurkundungsverfahren aussetzen und die Ausländerbehörde unterrichten möchte, da er, falls die Rücknahme (nach der auch hier vertretenen Auffassung) zulässig ist, gegen seine Pflicht zur Amtsverschwiegenheit verstößt. In diesem Fall dürfte ausnahmsweise das notarielle Beschwerdeverfahren (§ 15 Abs. 2 BNotO) analog anwendbar sein.

Musterformulierung für einen entsprechenden Vorbescheid:

Betreff: Anerkennung der Vaterschaft durch Herrn ... für das Kind ..., geb. am ...

Sehr geehrter Herr ...,

Sie haben am ... bei mir den Antrag auf Beurkundung der Anerkennung Ihrer Vaterschaft für das am ... geborene Kind ... gestellt. Sie haben aufgrund der Durchführung der Anhörung nach § 1597a Abs. 2 Satz 1 BGB den Antrag zurückgenommen. Aufgrund des Zwecks des notariellen Verdachtsprüfungsverfahrens gehe ich davon aus, dass eine Antragsrücknahme nicht mehr in Betracht kommt. Ich kündige Ihnen deshalb an, dass ich, wenn Sie nicht fristgerecht Beschwerde gegen diesen

#### Vorbescheid

einlegen, die Ausländerbehörde (§ 85a AufenthG) von der beabsichtigten Vaterschaftsanerkennung unterrichten und die Beurkundung aussetzen werde. Ich werde ferner die nach § 1597a Abs. 2 Satz 3 BGB vorgesehenen Mitteilungen von der Aussetzung an das Standesamt, an Sie selbst und die Mutter machen. Die Anerkennung der Vaterschaft kann während der Aussetzung auch nicht wirksam vor einer anderen Urkundsperson oder Behörde beurkundet werden.

Gegen diesen Vorbescheid können Sie Beschwerde nach § 15 BNotO einlegen. Über die Beschwerde, die bei mir, Notar ... in (Adresse/n der Geschäftsstelle/n) in deutscher

Sprache<sup>43</sup> schriftlich oder zur Niederschrift eingelegt werden muss, entscheidet das LG ... Dies ist nur zulässig, wenn sie binnen eines Monats nach schriftlicher Bekanntgabe dieser Entscheidung eingelegt wird.

..., Notar

Musterformulierung für die Mitteilung über die Aussetzung:

Betreff: Anerkennung der Vaterschaft durch Herrn ... für das Kind ..., geb. am ...

Sehr geehrter Herr ...,

Sie haben am ... bei mir den Antrag auf Beurkundung der Anerkennung Ihrer Vaterschaft für das am ... (Datum, Uhrzeit) geborene Kind ... gestellt. Die Mutter ... hat ihre Zustimmung zu diesem Anerkenntnis bereits am ... zur Urkunde ... erteilt. Aus dieser mir in Ablichtung übersandten Erklärung ergibt sich, dass Sie sowohl den Namen der Mutter und ihr Geburtsdatum als auch den Namen des Kindes und sein Geburtsdatum falsch angegeben haben. Ihre Adresse und die der Mutter des Kindes sind ca. 500 km auseinanderliegend. Zudem haben Sie gegenüber meinen Angestellten erklärt, die Angelegenheit würde eilen, da Ihr Asyl-antrag abgelehnt worden wäre und Sie deshalb mit einer Rückkehr in Ihre Heimat rechnen müssten. Dies sind nach dem Gesetz Anzeichen für das Vorliegen einer missbräuchlichen Vaterschaftsanerkennung, die nur dazu dient, Ihnen einen Aufenthalt in Deutschland zu ermöglichen. Ich habe Ihnen mit Schreiben vom ... Gelegenheit gegeben, diese Anzeichen zu entkräften, insbesondere auch einen Nachweis darüber vorzulegen, dass Sie der biologische Vater des Kindes sind.<sup>44</sup> Sie haben auf diese Anhörung nicht reagiert. Deshalb bin ich gesetzlich gezwungen,

#### das Beurkundungsverfahren auszusetzen,

bis die zuständige Ausländerbehörde entschieden hat. Die Anerkennung der Vaterschaft kann während der Aussetzung auch nicht wirksam vor einer anderen Urkundsperson oder Behörde beurkundet werden. Rechtsmittel gegen diese Aussetzung sind nicht vorgesehen, insbesondere keine Notarbeschwerde nach § 15 BNotO; Sie können nur gegen eine für Sie ungünstige Entscheidung der Ausländerbehörde Rechtsmittel einlegen. Hierüber wird Sie die Ausländerbehörde gesondert informieren. Stellt die Ausländerbehörde das Prüfverfahren ein, kann jederzeit das Beurkundungsverfahren fortgesetzt werden.

41 Vgl. Münch/G. Müller, Familienrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 2. Aufl. 2016, § 13 Rdnr. 29 und Küperhoch, RNotZ 2002, 297, 316; a. A., aber praktisch kaum durchführbar, Rundschreiben des BMI und des BMJV zur Anwendung der Gesetzesregelungen zur Verhinderung missbräuchlicher Vaterschaftsanerkennungen vom 21.12.2017, Ziffer 2.1.3.2: Standesamt, das voraussichtlich für die Beurkundung der Geburt zuständig sein wird.

42 Siehe dazu die Nachweise bei Fn. 37.

43 Eine andere Sprache, die der Notar beherrscht, kann vom Notar zugelassen werden, ist aber nicht zweckmäßig, da für das Gericht dann eine Übersetzung in die deutsche Sprache durch einen zugelassenen Dolmetscher gefertigt werden muss.

44 Nicht bei noch nicht geborenem Kind.

Abschriften dieses Schreibens erhalten

- die Ausländerbehörde,<sup>45</sup>
- die Mutter des Kindes, Frau ...,
- das zuständige Standesamt.

Mit freundlichen Grüßen

..., Notar

#### e) Behördenverfahren (§ 85a AufenthG)

Das Verfahren bei der Ausländerbehörde endet entweder mit der Feststellung des Vorliegens einer missbräuchlichen Anerkennung der Vaterschaft oder der Einstellung des Prüfverfahrens (§ 85a Abs. 1 Satz 2 und 3 AufenthG). Die Einstellungsverfügung, bei der es sich um keinen Verwaltungsakt handelt, ist auch dem Notar schriftlich mitzuteilen (§ 85a Abs. 3 Satz 2 AufenthG). Damit endet die Aussetzung des Beurkundungsverfahrens, das nunmehr fortgesetzt werden kann. Ergeben sich nunmehr neue Anzeichen für konkrete Anhaltspunkte eines missbräuchlichen Anerkennungsverfahrens (zum Beispiel diesbezügliche Erklärung der Beteiligten im Hinblick auf die scheinbare pauschale Freigabe durch die Ausländerbehörde), hat der Notar das Verfahren erneut auszusetzen. Im Normalfall kann er jedoch die Beurkundung vornehmen, selbst wenn die diesbezüglichen bisherigen Anzeichen weiterhin vorliegen (erneute falsche Angabe von Name und Geburtsdatum der Mutter).

Musterformulierung für die Mitteilung über die Fortsetzung der Beurkundung:

Betreff: Anerkennung der Vaterschaft durch Herrn ... für das Kind ..., geb. am ...

Sehr geehrter Herr ...,

Sie haben am ... bei mir den Antrag auf Beurkundung der Anerkennung Ihrer Vaterschaft für das am ... geborene Kind .... gestellt. Die Mutter ... hat ihre Zustimmung zu diesem Erkenntnis bereits am ... zur Urkunde ... erteilt. Das Beurkundungsverfahren wurde aufgrund der gesetzlichen Regelung in § 1597a Abs. 2 BGB ausgesetzt. Die zuständige Ausländerbehörde hat mir nunmehr mitgeteilt, dass sie das Verfahren nach § 85a AufenthG eingestellt hat. Damit kann nunmehr die Beurkundung Ihrer Anerkennungserklärung bei mir erfolgen. Ich bitte Sie, mit meinem Amt einen Termin zur Beurkundung zu vereinbaren.

Mit freundlichen Grüßen

..., Notar

Stellt die Ausländerbehörde das Vorliegen einer missbräuchlichen Vaterschaftsanerkennung zur Erlangung eines aufent-

haltsrechtlichen Status fest und wird dieser Bescheid unanfechtbar, erhält der Notar hiervon eine beglaubigte Abschrift mit einem Vermerk über die Unanfechtbarkeit zur Kenntnis (§ 85a Abs. 3 Satz 1 AufenthG). Der Notar muss nunmehr die Beurkundung ablehnen (§ 1597a Abs. 2 Satz 4 BGB). Eine dennoch erfolgte Beurkundung wäre unwirksam (§ 1598 Abs. 1 Satz 2 BGB). Eine Heilung tritt nur durch Eintragung in ein deutsches Personenstandsregister und Verstreichen einer Ausschlussfrist von fünf Jahren ein. Nach dem Sinn und Zweck der Vorschrift kann eventuell eine Ausnahme vom Beurkundungsverbot im Wege einer teleologischen Einschränkung zu machen sein, wenn zweifelsfrei festgestellt ist, dass der Anerkennende der biologische Vater des Kindes ist.<sup>46</sup> § 1597a Abs. 5 BGB schließt nämlich nach seinem Wortlaut, unabhängig von einer diesbezüglichen Feststellung der Ausländerbehörde, nur eine missbräuchliche Vaterschaftsanerkennung aus. Damit ist der Notar zur Beurkundung verpflichtet und kann sie nicht ablehnen. Eine Aussetzung sieht das Gesetz zur Klärung nicht vor; auch die Einholung einer Weisung durch die Aufsichtsbehörde ist nicht möglich. Ein Vorbescheid ergibt, nachdem die Ausländerbehörde in diesem Verfahren wegen der Verschwiegenheitspflicht des Notars wohl nicht beteiligt werden kann, keinen Sinn. Der Notar handelt insoweit auf eigenes Risiko; allerdings kann ihm aus der Beurkundung einer Anerkennung bei Vorliegen eines DNA-Gutachtens auch kein Vorwurf gemacht werden. Bestehen Zweifel hinsichtlich der Echtheit des Gutachtens, kann er einen Vorbescheid des Inhalts erlassen, dass er die Beurkundung ablehnen wird, wenn diese nicht durch besondere Nachweise entkräftet werden oder Beschwerde zum LG zur Klärung eingelegt wird.

#### f) Rechtsbehelfe

Gegen die Aussetzung der Beurkundung zur Klärung der Frage einer missbräuchlichen Vaterschaftsanerkennung bei der Ausländerbehörde bestehen keine Rechtsbehelfe der Beteiligten. Insbesondere scheidet eine Notarbeschwerde aus, da hierin keine Amtsverweigerung liegt. Der Notar kann auch bei Verdacht einer missbräuchlichen Vaterschaftsanerkennung keinen Vorbescheid über sein weiteres Vorgehen erlassen, da insoweit das Aussetzungs- und Behördenverfahren eine Spezialregelung darstellt. Eine Notarbeschwerde ist nur gegen einen Vorbescheid möglich, der nicht die Aussetzung nach § 1597a Abs. 2 BGB betrifft. Beispiele sind die oben erläuterten Fälle hinsichtlich der Frage der Zulässigkeit einer Antragsrücknahme und der Echtheit eines DNA-Gutachtens im Rahmen der Anerkennung nach einer rechtskräftigen Feststellung der Behörde über das Vorliegen einer missbräuchlichen Anerkennung. Gleiches gilt, wenn der Notar in absehbarer Zeit nach Antragstellung oder Einstellung des Verfahrens durch die Ausländerbehörde keine Beurkundung vornimmt.

Geht der Notar, wofür einiges spricht,<sup>47</sup> von einem Verstoß der gesetzlichen Regelung gegen höherrangiges Recht wegen des gesetzlichen Generalverdachts bei bestimmten Menschen

<sup>45</sup> Zur örtlichen Zuständigkeit siehe Rundschreiben des BMI und des BMJV zur Anwendung der Gesetzesregelungen zur Verhinderung missbräuchlicher Vaterschaftsanerkennungen vom 21.12.2017, Ziffer 2.1.3.3. Die Mitteilung an die Ausländerbehörde kann per Post oder elektronisch als pdf-Datei oder E-Mail versandt werden. Die Mitteilung soll die Kontaktdaten des Standesamtes, an das die Mitteilung übersandt wurde, enthalten.

<sup>46</sup> Ausführlich *Grziwotz*, FamRB 2018 (erscheint demnächst); a. A. Rundschreiben des BMI und des BMJV zur Anwendung der Gesetzesregelungen zur Verhinderung missbräuchlicher Vaterschaftsanerkennungen vom 21.12.2017, Ziffer 0.7 (3).

<sup>47</sup> Ausführlich *Grziwotz*, FamRB 2018 (erscheint demnächst).

aufgrund ihrer Herkunft und vor allem wegen der krassen Missachtung der Rechte des betroffenen Kindes, insbesondere in den Fällen einer pränatalen Vaterschaftsanerkennung, aus, hat er das Gesetz dennoch anzuwenden. Ihm stehen keine Verwerfungskompetenz und kein Recht zur Vorlage an das BVerfG zu. Er kann allerdings die Betroffenen hierauf hinweisen, die dann die gesetzliche Regelung verfassungs- und menschenrechtlich überprüfen lassen können. In einem diesbezüglichen Verfahren könnte festgestellt werden, dass die gesetzliche Regelung und das darin vorgesehene Verfahren unzulässig sind, wenn dem Kindeswohl danach keine besonders hervorgehobene Bedeutung zukommt.<sup>48</sup>

### 3. Prüfungs- bzw. Beratungscheckliste für Vaterschaftsanerkennungen

- keine unanfechtbare Entscheidung über das Vorliegen einer missbräuchlichen Anerkennung der Vaterschaft (aber: trotz diesbezüglicher Feststellung Nachweis der leiblichen Vaterschaft)
  - keine bereits vorliegende Aussetzung der Anerkennung bei einer anderen Urkundsperson (str., ob auch, wenn dort eine Antragsrücknahme erfolgt ist)
- nichteheliches Kind (auch vor Geburt, ausnahmsweise vor Zeugung)
  - Anerkennung durch den Vater
  - Zustimmung der Mutter und ausnahmsweise des Kindes sowie in den „Scheidungskind-Fällen“ des „Noch-Ehemannes“
  - bei Anzeichen für das Vorliegen konkreter Anhaltspunkte für eine missbräuchliche Anerkennung:
    - deutsche Staatsangehörigkeit bzw. EU-Bürger
    - Nachweis der leiblichen Vaterschaft
    - sonst: Aussetzung, aber vorher Anhörung von Vater und Mutter (nicht: Kind), und Mitteilung an Vater, Mutter und Standesamt
      - bei unanfechtbarer Entscheidung über das Vorliegen einer missbräuchlichen Anerkennung der Vaterschaft: Ablehnung der Beurkundung
      - bei Einstellung des Prüfverfahrens durch die Ausländerbehörde: Beurkundung der Vaterschaftsanerkennung (Ausnahme: neue konkrete Anhaltspunkte)

---

48 Hierzu allgemein *Benassi*, DVBl. 2016, 617, 619.

## VERANSTALTUNGSHINWEISE

### Tagung der Forschungsstelle für Notarrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München

#### Aktuelle Probleme und Reformperspektiven im Vertragsrecht – Kaufrecht und Bauvertragsrecht

Montag, 4. Juni 2018, 17:30 Uhr s. t.

Senatssaal der Ludwig-Maximilians-Universität (E 106/110 im 1. Obergeschoss),  
Geschwister-Scholl-Platz 1, 80539 München

Zum Ausklang der Veranstaltung wird zu einem kleinen Empfang geladen.

#### Aus dem Programm:

Update Kaufrecht – Neues vom Reformgesetzgeber und aus der aktuellen Rechtsprechung (Prof. Dr. *Stephan Lorenz*, Ludwig-Maximilians-Universität München)

Die Auswirkungen des neuen Bauvertragsrechts auf die notarielle Praxis (Notar Dr. *Gregor Bast*, München)

**Tagungsbeitrag:** kostenlos

#### Kontakt/Anmeldung:

FS-Notarrecht@jura.uni-muenchen.de,  
www.notarrechtsinstitut.de,  
Tel.: 089 2180-2794, Fax: 089 2180-13981

Aus organisatorischen Gründen wird um eine Anmeldung per Anmeldeformular auf der Homepage oder per E-Mail gebeten. Bitte teilen Sie auch mit, ob Sie am Empfang teilnehmen.

### 18. Wissenschaftliches Symposium des Instituts für Notarrecht an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg

#### 2018: Familie und Recht

Freitag, 8. Juni 2018, 9:15 Uhr

Neubaukirche, Domerschulstraße 16, 97070 Würzburg

#### Aus dem Programm:

Anforderungen an die Patientenverfügung nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (RiBGH Dr. *Peter Günter*, Karlsruhe)

Vorsorgevollmacht 2018 – Was gibt's Neues? (Dr. *Gabriele Müller*, DNotI, Würzburg)

Vereinbarungen zur künstlichen Fortpflanzung (Prof. Dr. *Elisabeth Koch*, Universität Jena)

Neues im Internationalen Familienrecht (Prof. Dr. *Peter Mankowski*, Universität Hamburg)

Familiengerichtliche Genehmigungen im Gesellschaftsrecht – Ein aktueller Überblick (Notar Dr. *Malte Ivo*, Hamburg)

Zwischenbilanz zum VersAusgIG in der notariellen Praxis (Notar Dr. *Wolfgang Reetz*, Köln)

Betreuung und Übergabe (Notar Prof. Dr. Dr. *Herbert Grziwotz*, Regen)

Familiensteuerrecht (Notar Dr. *Christof Münch*, Kitzingen)

#### Tagungsbeitrag:

frei für Notarassessoren mit NotRV-Mitgliedschaft; 40 € für Notare a. D. mit NotRV-Mitgliedschaft; 85 € für Notare a. D. und Notarassessoren ohne NotRV-Mitgliedschaft und Rechtsanwälte mit maximal 3-jähriger Zulassung; 165 € für NotRV-Mitglieder; 215 € für Nichtmitglieder; der Tagungsbeitrag ist vor Beginn der Tagung und nach Erhalt der Rechnung zu überweisen.

#### Kontakt/Anmeldung:

Institut für Notarrecht an der Universität Würzburg, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg, per E-Mail unter notrv@dnoti.de, unter www.notarinstitut.de oder per Fax an 0931 35576225.

## Veranstaltungen des DAI

1. **Haftungsfallen im Erbrecht**  
(Ivo/Müller-Engels)  
4.5.2018 in Bochum  
18.5.2018 in Heusenstamm
2. **Urkundenvorbereitung von A bis Z**  
(Tondorf)  
4.5.2018 in Oldenburg
3. **Aktuelles Gesellschaftsrecht für Notare**  
(Berkefeld)  
5.5.2018 in Kiel
4. **Modularer Lehrgang für Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter im Notariat:**  
Modul 2 – Wohnungseigentum und Erbbaurecht  
einschl. GNotKG  
(Tondorf)  
7.-8.5.2018 in Stuttgart
5. **Unternehmer-Eheverträge und Unternehmer-Vorsorgeverträge in der notariellen Praxis**  
(Reetz)  
19.5.2018 in Berlin
6. **Insolvenzrecht in der notariellen Praxis**  
(Reul)  
25.5.2018
7. **Ehevertragsrecht: Aktuelle Entwicklungen und höchstrichterliche Rechtsprechung**  
(Reetz)  
1.6.2018 in Oldenburg
8. **Aktuelles Gesellschaftsrecht für Notare**  
(Behrens)  
8.6.2018 in Kassel
9. **Internationales Privatrecht für Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter im Notariat**  
(Heinig)  
13.6.2018 in Heusenstamm
10. **Intensivkurs Überlassungsvertrag**  
(Berkefeld/Oertel)  
15.-16.6.2018 in Osnabrück
11. **Das Bauträgerrecht in der notariellen Praxis**  
(Monreal)  
22.6.2018 in Heusenstamm
12. **Zwangsversteigerungsrecht in der notariellen Vertragsgestaltung**  
(Franck)  
23.6.2018 in Köln
13. **Intensivkurs Grundstücksrecht**  
(Krauß/Wälzholz/Wegerhoff)  
28.-30.6.2018
14. **Neue Entwicklungen zu Rechten in Abt. II des Grundbuchs**  
(Heggen)  
29.6.2018 in Bochum

Soweit nicht anders vermerkt, handelt es sich um **Veranstaltungen des Fachinstituts für Notare**. Anfragen sind ausschließlich zu richten an das Deutsche Anwaltsinstitut e. V., Fachinstitut für Notare, Postfach 25 02 54, 44740 Bochum, Telefon 0234 970640, Fax 0234 703507, E-Mail: notare@anwaltsinstitut.de.



## NEUERSCHEINUNGEN

1. Baumbach/Hopt: Handelsgesetzbuch. 38. Aufl., Beck, 2018. 2.692 S., 99 €
2. Bayer/Koch: Gesellschafterversammlung und Beschlussfassung bei GmbH und GmbH & Co. KG. Nomos, 2018. 147 S., 38 €
3. Damm: Notarielle Verzeichnisse in der Praxis. Deutscher Notarverlag, 2018. 296 S., 59 €
4. Diehn: Notarkosten. Beck, 2018. 297 S., 34,90 €
5. Elsing: Der Grundstückskaufvertrag in der notariellen Praxis. 2. Aufl., Deutscher Notarverlag, 2018. 272 S., 49 €
6. Fischer: Die existenzvernichtende Vorstandshaftung und ihre Begrenzung durch Satzungsbestimmung (de lege lata). Duncker & Humblot, 2018. 280 S., 79,90 €
7. Fleischer/Goette: Münchener Kommentar zum GmbHG. 3. Aufl., Beck, 2018. 5.800 S., 887 €
8. Grunewald: Münchener Kommentar zum HGB. Band 5: Viertes Buch. 4. Aufl., Beck, 2018. 1.549 S., 249 €
9. Grziwotz: Rechtsfragen zu Ehe und Lebenspartnerschaft. 5. Aufl., dtv, 2018. 200 S., 12,90 €
10. Grziwotz/Kappler/Kappler: Trennung und Scheidung richtig gestalten. 9. Aufl., dtv, 2018. 300 S., 14,90 €
11. Haug/Zimmermann: Die Amtshaftung des Notars. 4. Aufl., Beck, 2018. 421 S., 129 €
12. Henssler: Partnerschaftsgesellschaftsgesetz. 3. Aufl., Beck, 2018. 518 S., 95 €
13. Hödl: Das neue Bauvertragsrecht. Beck, 2018. 168 S., 39 €
14. Klumpen: Die elektronische Gesellschaftsgründung über die Grenze. Nomos, 2018. 302 S., 79 €
15. Lieder/Wilk/Ghassemi-Tabar: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts. Band 8: Umwandlungsrecht. 5. Aufl., Beck, 2018. 2.267 S., 269 €
16. Meincke/Hannes/Holtz: Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz. 17. Aufl., Beck, 2018. 790 S., 95 €
17. Notarkasse A.d.ö.R./Falkner: Kaufvertrag. Deutscher Notarverlag, 2018. 120 S., 19,90 €
18. Pause: Bauträgerkauf und Baumodelle. 6. Aufl., Beck, 2018. 650 S., 109 €
19. Petersen/Schnoor/Seitz: Verkehrswertermittlung von Immobilien. 3. Aufl., Boorberg, 2018. 620 S., 79 €
20. Semler/Volhard/Reichert (Hrsg.): Arbeitshandbuch für die Hauptversammlung. 4. Aufl., Vahlen, 2018. 1.165 S., 179 €
21. Spannowsky/Uechtritz: Baugesetzbuch. 3. Aufl., Beck, 2018. 2.129 S., 179 €
22. Schnauder: Digitalisierung im Gesellschaftsrecht. MANZ, 2018. 116 S., 28,21 €
23. Schneiders: Die ausstehende Einlage in der Umwandlung. Nomos, 2018. 238 S., 62 €
24. Schmoeckel: Aktuelle Fragen zur Notarhaftung. Nomos, 2018. 58 S., 26 €
25. Staudinger: Kommentar zum BGB. Buch 4: Familienrecht, §§ 1408-1563. 18. Aufl., de Gruyter, 2018. 578 S., 239 €
26. Staudinger: Kommentar zum BGB. Buch 4: Familienrecht, §§ 1601-1615o. 15. Aufl., de Gruyter, 2018. 739 S., 209 €
27. Wasserbäch: Die Vertretung der Aktiengesellschaft durch ihren Aufsichtsrat. Mohr Siebeck, 2018. 192 S., 59 €
28. Wever: Vermögensauseinandersetzung der Ehegatten außerhalb des Güterrechts. 7. Aufl., Gieseking, 2018. 644 S., 69 €

# STANDESNACHRICHTEN

## PERSONALÄNDERUNGEN

### 1. Verstorben:

Notar a. D. Dr. Hans Herrmann, Memmingen,  
verstorben am 9.3.2018

Notar a. D. Dr. Günter Promberger, Dachau,  
verstorben am 13.3.2018

Notar a. D. Dr. Josef Terwey, Wolfratshausen,  
verstorben am 22.3.2018

### 2. Erlöschen des Amtes nach § 47 BNotO:

Mit Wirkung zum 1.5.2018:

Notar Dr. Hilmar Keller, Ebermannstadt

### 3. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung zum 1.4.2018:

Annweiler a. Tr.                      der Notarin  
Eva Christine Danne  
(bisher in Rockenhausen)

Vohenstrauß                      der Notarassessorin  
Claudia Stenzel  
(bisher in München,  
Notarstellen Dr. Kössinger/  
Dr. Bräu)

Mit Wirkung zum 1.5.2018:

Ebermannstadt                      dem Notarassessor  
Stefan Künkele  
(bisher in Starnberg  
Notarstellen Klöcker/Volmer)

Freinsheim                      dem Notarassessor  
Dr. Stephan Wendt  
(bisher in Germersheim  
Notarstelle Vogel)

Neustadt b. Coburg                      dem Notar a. D.  
Dr. Christoph Reymann

Werneck                      dem Notarassessor  
Sebastian Schmitt  
(bisher in Nürnberg  
Notarstelle Lommer)

### 4. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung zum 1.3.2018:

Johannes Eichelsdörfer, Füssen  
(Notarstellen Dr. Malzer/Dr. Wälzholz)

Mit Wirkung zum 1.4.2018:

Dr. Thomas Bernhard, Schwandorf  
(Notarstelle Dr. Merkle)

Mit Wirkung zum 1.5.2018:

Lisa Kemmerer, Illertissen  
(Notarstelle Dr. Kössinger)

Maximilian Lotz, Waldsassen  
(Notarstelle Pelikan)

Ann-Kathrin Schmelter, Hengersberg  
(Notarstelle Dr. Hecht)

Daniel Sommer, Bad Griesbach i. Rottal  
(Notarstelle Dr. Forthäuser)

Fabian Vilgertshofer, Weißenhorn  
(Notarstelle Dr. Ziegler)

## ANSCHRIFTEN- UND RUFNUMMERN-ÄNDERUNGEN:

Notarkammer Pfalz  
Marktstraße 25, 76870 Kandel  
Telefon: 07275 9859687  
Telefax: 07275 6180265

Annweiler a. Tr., Notarstelle Danne  
E-Mail: kontakt@notarin-danne.de

Burgau, Notarstelle Kerler  
Stadtstraße 6, 89331 Burgau

Germersheim, Notarstelle Vogel  
Telefon: 07274 77757-0  
Telefax: 07274 77757-20

Herzogenaurach, Notarstelle Grömer  
Erlanger Straße 28, 91074 Herzogenaurach

Neuburg a. d. Donau, Notarstellen Dr. Grimm/Dr. Zintl  
Amalienstraße 51, 86633 Neuburg a. d. Donau

Rosenheim, Notarstelle Esbjörnsson  
Telefax: 08031 35290029