

MittBayNot

Begründet 1864

4 | 2022

Juli | August 2022

Herausgeber:

Landesnotarkammer Bayern
Ottostraße 10
80333 München

Schriftleitung:

Florian Drexler,
Notarassessor
Julia Lindner,
Notarassessorin

Herausgeberbeirat:

Dr. Hermann Amann,
Notar a. D., Berchtesgaden

Dr. Johann Frank,
Notar in Amberg

Dr. Susanne Frank,
Notarin in München

Prof. Dr. Dr. Herbert Grziwotz,
Notar a. D., Regen

Prof. Dr. Dieter Mayer,
Notar in München

Dr. Eckhard Wälzholz,
Notar in Füssen

Dr. Dietmar Weidlich,
Notar in Roth

AUFSÄTZE

Bühler: Aktuelle Entwicklungen im Ehevertragsrecht –
zugleich Anmerkung zu OLG Celle 307

Lotz: Pflichtteilsstrafklauseln und einvernehmliche
Pflichtteilsgeltendmachung bei letztwilligen Verfügungen
von Ehegatten – zugleich Anmerkung zu OLG Hamm 316

Wobst: Praxisupdate WEG 322

RECHTSPRECHUNG – ANMERKUNGEN

Becker zu OLG Bremen: Voreintragungsgrundsatz
bei Belastung eines Grundstücks mit einer Finan-
zierungsgrundschuld aufgrund transmortaler Vollmacht 341

Jugl zu OLG München: Notwendigkeit der Bestellung
eines Ergänzungspflegers bei Ausschluss der Aufhebung
der Gemeinschaft in der Übertragungsurkunde 347

Weidlich zu OLG Düsseldorf: Löschung des Nacherben-
vermerks im Grundbuch bei Übertragung des Nacherben-
anwartschaftsrechts auf den (Allein-)Vorerben auch
ohne Zustimmung der Ersatznacherben 363

Grziwotz zu OLG Frankfurt a. M.: Wirkungen der
Rücknahme eines öffentlichen Testaments aus amtlicher
Verwahrung auf ein dieses in Bezug nehmendes Testament 371

Mülbert/Schneider zu BGH: Geltung der Mindestan-
forderungen an die Wirksamkeit von Schiedsvereinbarungen
im Personengesellschaftsrecht nur bei gegen die
Gesellschaft zu richtenden Beschlussmängelklagen –
Schiedsfähigkeit IV 385

Forschner zu BGH: Prüfungspflicht des Notars im
Rahmen seiner Vollzugstätigkeit nach § 53 BeurkG 396

Grziwotz zu BVerwG: Gemeindliches Vorkaufsrecht
im Geltungsbereich einer Erhaltungssatzung 407

Impressum **MittBayNot**

Mitteilungsblatt für die im Bereich der Notarkasse tätigen
Notare und Notarassessoren sowie für die Angestellten
der Notarkasse

Herausgeber:

Landesnotarkammer Bayern
Ottostraße 10
80333 München
T. +49 89 551 66-0
F. +49 89 551 66-234
M. mittbaynot@notare-bayern-pfalz.de
www.notare.bayern.de/mittbaynot.html

Herausgeberbeirat:

Notare a. D. Dr. Hermann Amann,
Prof. Dr. Dr. Herbert Grziwotz,
Notare Dr. Johann Frank,
Dr. Susanne Frank,
Prof. Dr. Dieter Mayer,
Dr. Eckhard Wälzholz,
Dr. Dietmar Weidlich

Schriftleitung:

Notarassessor Florian Drexler,
Notarassessorin Julia Lindner

*Aus Gründen der leichteren Lesbarkeit wird auf
eine geschlechterspezifische Differenzierung teilweise
verzichtet. Entsprechende Begriffe gelten im Sinne der
Gleichbehandlung immer für alle Geschlechter.*

Design:

INTO Branding GmbH

Druck:

Universal Medien GmbH
Fichtenstraße 8
82061 Neuried

Inhaltsverzeichnis **MittBayNot** 4 | 2022

AUFSÄTZE		307	
Bühler: Aktuelle Entwicklungen im Ehevertragsrecht – zugleich Anmerkung zu OLG Celle		307	
Lotz: Pflichtteilsstrafklauseln und einvernehmliche Pflichtteilsgeltendmachung bei letztwilligen Verfügungen von Ehegatten – zugleich Anmerkung zu OLG Hamm		316	
Wobst: Praxisupdate WEG		322	
BUCHBESPRECHUNGEN		329	
Bulgrin: Insolvenzrecht in der Gestaltungspraxis (Reul, Heckschen, Wienberg)		329	
Kraus: Vermögensnachfolge in der Praxis (Krauß)		330	
Weinert: Notarhandbuch Gesellschafts- und Unternehmensrecht (Hauschild/Kallrath/Wachter)		331	
RECHTSPRECHUNG		333	
Bürgerliches Recht			
ALLGEMEINES			
1. Unzulässigkeit einer zulasten des vorkaufberechtigten Mieters getroffenen Preisabrede (BGH, Urteil vom 23.02.2022, VIII ZR 305/20)		333	
2. Konkludenter Ausschluss des Widerrufsrechts bei mehreren Generalbevollmächtigten (OLG Karlsruhe, Beschluss vom 24.01.2022, 10 W 8/21)		338	
3. Voreintragungsgrundsatz bei Belastung eines Grundstücks mit einer Finanzierungsgrundschuld aufgrund transmortaler Vollmacht (OLG Bremen, Beschluss vom 29.11.2021, 3 W 22/21)		339	
mit Anmerkung Becker		341	
SACHEN- UND GRUNDBUCHRECHT			
4. Jahresabrechnung bei Untergemeinschaften (BGH, Urteil vom 16.07.2021, V ZR 163/20 – Ls.)		344	
5. Notwendigkeit der Bestellung eines Ergänzungspflegers bei Ausschluss der Aufhebung der Gemeinschaft in der Übertragungsurkunde (OLG München, Beschluss vom 27.09.2021, 34 Wx 253/21)		344	
mit Anmerkung Jugl		347	
6. Verweis auf § 472 BGB bei Kennzeichnung des Beteiligtenverhältnisses im Grundbuch (OLG Saarbrücken, Beschluss vom 21.09.2021, 5 W 49/21)		349	
FAMILIENRECHT			
7. Inhaltskontrolle eines Ehevertrags (OLG Celle, Beschluss vom 09.03.2021, 17 UF 172/20)		351	
8. Änderung des Vornamens des Anzunehmenden bei Erwachsenenadoption (OLG München, Beschluss vom 20.01.2021, 16 UF 1318/20 – Ls.)		360	
ERBRECHT			
9. Löschung des Nacherbenvermerks im Grundbuch bei Übertragung des Nacherbenanwartschaftsrechts auf den (Allein-)Vorerben auch ohne Zustimmung der Ersatznacherben (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 24.03.2022, 3 Wx 130/20)		360	
mit Anmerkung Weidlich		363	
10. Prüfungskompetenz des Grundbuchamts hinsichtlich der Vollentgeltlichkeit einer Verfügung des befreiten Vorerben (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 06.09.2021, 3 Wx 125/21 – Ls.)		365	
11. Wirkungen der Rücknahme eines öffentlichen Testaments aus amtlicher Verwahrung auf ein dieses in Bezug nehmendes Testament (OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 20.07.2021, 20 W 9/20)		366	
mit Anmerkung Grziwotz		371	
12. Zum Wegfall der Schlusserbeneinsetzung in einem gemeinschaftlichen Testament bei Geltendmachung des Pflichtteils nach dem ersten Todesfall (OLG Hamm, Beschluss vom 27.01.2021, 10 W 71/20)		374	
Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht			
13. Geltung der Mindestanforderungen an die Wirksamkeit von Schiedsvereinbarungen im Personengesellschaftsrecht nur bei gegen die Gesellschaft zu richtenden Beschlussmängelklagen – Schiedsfähigkeit IV (BGH, Beschluss vom 23.09.2021, I ZB 13/21)		380	
mit Anmerkung Mülberr/Schneider		385	



Inhaltsverzeichnis **MittBayNot** 4 | 2022

14. Übergang der Verwalterstellung bei Ausgliederung (BGH, Urteil vom 02.07.2021, V ZR 201/20 – Ls.)	393
------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

15. Einreichung der GmbH-Gesellschafterliste als höchstpersönliche Wissenserklärung des Geschäftsführers (OLG Brandenburg, Beschluss vom 23.02.2022, 7 W 21/22)	393
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

Internationales Privatrecht

16. Scheidung durch palästinensisches Scharia-Gericht als Heimatstaatsentscheidung (KG, Beschluss vom 11.01.2022, 1 W 345/21 – Ls.)	394
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

Beurkundungs- und Notarrecht

17. Prüfungspflicht des Notars im Rahmen seiner Vollzugstätigkeit nach § 53 BeurkG (BGH, Beschluss vom 09.12.2021, V ZB 25/21)	394
mit Anmerkung Forschner	396

18. Keine missbräuchliche Vaterschaftsanerkennung bei persönlichen Beziehungen zwischen Vater und Kind (BVerwG, Urteil vom 24.06.2021, 1 C 30.20 – Ls.)	398
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

19. Keine Amtspflichtverletzung des Notars durch Beurkundung und Vollzug eines Kaufvertrags bei Überschreitung der Vertretungsmacht durch den Geschäftsführer der Verkäufer-GmbH (OLG Koblenz, Beschluss vom 03.02.2022, 1 U 651/21)	398
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

Öffentliches Recht

20. Gemeindliches Vorkaufsrecht im Geltungsbereich einer Erhaltungssatzung (BVerwG, Urteil vom 09.11.2021, 4 C 1.20)	405
mit Anmerkung Grziwotz	407

Steuerrecht

21. Besteuerung eines beim Tod des Beschwerten fälligen Vermächtnisses (BFH, Urteil vom 31.08.2021, II R 2/20)	410
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

22. Privates Veräußerungsgeschäft nach unent- geltlicher Übertragung – grundsätzlich kein Gestaltungsmisbrauch (BFH, Urteil vom 23.04.2021, IX R 8/20 – Ls.)	412
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

SONSTIGES	414
------------------	------------

Neuerscheinungen	414
-------------------------	------------

STANDESNACHRICHTEN	415
---------------------------	------------

Aktuelle Entwicklungen im Ehevertragsrecht

Zugleich Anmerkung zum Beschluss des OLG Celle vom 09.03.2021, 17 UF 172/20*

Von Notarassessor Dr. **Jonas Bühler**, Memmingen



Seit den grundlegenden Entscheidungen des BVerfG zur Inhaltskontrolle von Eheverträgen¹ sind über zwei Jahrzehnte vergangen. Nach der wegweisenden Entscheidung des BGH im Februar 2004 zur Inhalts- und Ausübungskontrolle von Eheverträgen² folgten knapp 30 weitere BGH-Entscheidungen und unzählige, teils erheblich divergierende, Entscheidungen von OLGs zu dieser Thematik.

Für die notarielle Praxis ist es ob der – mitunter sehr strengen – gerichtlichen Kontrolle von Eheverträgen wichtig, neue Entwicklungen aufzugreifen und vor diesem Hintergrund die Vertragsgestaltung und den Ablauf des Beurkundungsverfahrens zu hinterfragen. Eine aktuelle Entscheidung des OLG Celle bietet sich an, aktuelle Tendenzen, die Abgrenzung der Wirksamkeits- von der Ausübungskontrolle sowie wichtige Aspekte des Beurkundungsverfahrens bei Eheverträgen zu veranschaulichen. Hierzu werden zunächst der Sachverhalt (dazu I.) sowie die Entscheidung des OLG Celle (dazu II.) dargestellt. Sodann wird kritisch zur Begründung des OLG Celle Stellung bezogen (dazu III.), bevor wichtige Folgerungen für die Kautelarpraxis aufgezeigt werden (dazu IV.).

I. Sachverhalt der Entscheidung des OLG Celle

Der 1952 geborene Mann (im Folgenden „Ehemann“) und die 1957 geborene Frau (im Folgenden „Ehefrau“) schlossen Anfang Dezember 1986 die Ehe. Im November 1986 wurde der streitgegenständliche „Ehe-, Erbverzichts- und Erbvertrag“ beurkundet.

In diesem Vertrag vereinbarten die Beteiligten den Güterstand der Gütertrennung und den Ausschluss des Versorgungsausgleichs. Zudem wurde ein etwaiger nach der Scheidung bestehender Unterhaltsanspruch (nur) der Ehefrau gegen den Ehemann in doppelter Hinsicht begrenzt. Zum einen wurde dieser – unter Anrechnung aller sonstigen Nettoeinkünfte der Ehefrau – auf monatlich 2.500 DM (ohne Wertsicherung) begrenzt. Zum anderen verzichtete die

Ehefrau auf die Fortzahlung des Unterhalts bei kinderlos gebliebener Ehe über den Zeitraum eines Jahres hinaus; sofern Kinder aus der Ehe hervorgehen würden, über den Zeitraum von drei Jahren hinaus. Zuletzt verzichtete (wiederum nur) die Ehefrau für den Fall des Todes des Ehemannes auf ihr gesetzliches Erb- und Pflichtteilsrecht. Der Vertrag enthielt eine salvatorische Klausel.

Die Ehefrau war promovierte Assistenzärztin. Sie hatte in einem Krankenhaus in Karlsruhe im Bereich Kinderchirurgie mit einem monatlichen Gehalt von rund 6.000 DM gearbeitet, bevor sie nach der Verlobung im Jahr 1984 kündigte, zu ihrem Verlobten zog und sich dort nach mehreren erfolglosen Bewerbungen arbeitssuchend meldete. In der Folgezeit bildete sie sich im HNO-Bereich weiter und fand keine unbefristete Anstellung. Zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses war sie im Rahmen einer selbstständigen Tätigkeit als Weiterbildungsassistentin mit einem Jahresüberschuss von etwa 20.000 DM tätig. Sie hatte Anrechte bei der Baden-Württembergischen Versorgungsanstalt sowie bei der gesetzlichen Rentenversicherung. Der Ehemann zahlte für die Ehefrau während der Ehe freiwillig den jährlichen Mindestbeitrag bei der Baden-Württembergischen Versorgungsanstalt ein.

Zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses war der Ehemann als angestellter Verkaufsleiter beim Unternehmen seines Vaters tätig und bezog ein Jahresgehalt von 90.000 DM brutto. Zudem war er mit einer Beteiligung von etwa 150.000 DM stiller Gesellschafter dieses Unternehmens und hatte von seinen Eltern bereits Immobilien geschenkt bekommen. Ihm standen Versorgungsrechte in der gesetzlichen Rentenversicherung zu. Erst später verfügte er auch über eine betriebliche Altersversorgung.

Der Abschluss des Ehevertrags wurde vom Vater des Ehemannes zur Voraussetzung für die Übertragung von dessen Unternehmen gemacht. Der Ehemann war zum Ende der Ehezeit alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer mit einem monatlichen Gesamteinkommen nicht unter 20.000 € netto.

Die Ehefrau trug vor, dass der Notar ihre Wünsche nicht ermittelt, sie keinen Entwurf des Vertrags und im Termin kein Leseexemplar erhalten habe. Ferner sei sie über den Inhalt nicht informiert gewesen; der Ehemann habe ihr nur gesagt, sie sei hinreichend abgesichert. Mangels Möglichkeit der Fortsetzung ihrer Facharztausbildung sei sie vom Ehemann wirtschaftlich abhängig gewesen. Zudem habe bereits bei

* MittBayNot 2022, 351 (in diesem Heft).

1 BVerfG, Urteil vom 06.02.2001, 1 BvR 12/92, MittBayNot 2001, 207; Beschluss vom 29.03.2001, 1 BvR 1766/92, MittBayNot 2001, 485, jew. m. Anm. *Schervier*.

2 BGH, Urteil vom 11.02.2004, XII ZR 265/02, MittBayNot 2004, 270 m. Anm. *Brandt*.

Eheschließung der Wunsch bestanden, viele gemeinsame Kinder zu haben und eine Haushaltsführungsehe zu führen.

Aus der Ehe gingen später vier Kinder hervor, wobei das erste Kind im Januar 1989 geboren wurde. Drei der vier Kinder waren entwicklungsverzögert. Die Ehefrau betreute die Kinder und kümmerte sich um den Haushalt. Ferner nahm sie Aufgaben im Betrieb ihres Mannes wahr, wobei der genaue Umfang streitig blieb. Ohne die Eheschließung hätte sie eine medizinische Karriere aufgebaut. Seitdem die Ehefrau im Jahr 2014 einen psychischen Zusammenbruch erlitt und suizidal war, ist sie in psychotherapeutischer Behandlung. Sie behauptet, nicht mehr voll erwerbsfähig zu sein. Der Ehemann erlitt im Februar 2019 einen Schlaganfall und hat seine berufliche Tätigkeit seitdem reduziert.

Eingekleidet in die Anträge, den Versorgungsausgleich durchzuführen sowie Auskunft zu erteilen, kam es letztlich auf die Wirksamkeit des 1986 abgeschlossenen Ehevertrags an, den das AG noch für vollumfänglich wirksam gehalten hatte.³

II. Entscheidung des OLG Celle

Über einen ähnlichen Fall hatte das OLG Celle bereits im Jahre 2018 zu entscheiden,⁴ worauf zurückzukommen sein wird.

Das OLG Celle hielt den Ehevertrag (nur) hinsichtlich des Ausschlusses des Versorgungsausgleichs und des Unterhalts für unwirksam, da diese Einzelregelungen jeweils sittenwidrig gemäß § 138 Abs. 1 BGB seien. Die Vereinbarung der Gütertrennung hingegen sei nicht sittenwidrig, auch eine Gesamtwürdigung des Ehevertrags ergebe nicht dessen Gesamtnichtigkeit.

1. Unwirksamkeit des Ausschlusses des Versorgungsausgleichs

Nach Auffassung des OLG Celle ist der Ausschluss des Versorgungsausgleichs im konkreten Fall bereits bei isolierter Betrachtungsweise dieser Klausel sittenwidrig.⁵ Es bezieht sich dabei auf die Rechtsprechung des BGH, wonach der Ausschluss des Versorgungsausgleichs bereits für sich genommen unwirksam ist, „wenn er dazu führt, dass ein Ehegatte aufgrund des bereits beim Vertragsschluss geplanten (oder zu diesem Zeitpunkt schon verwirklichten) Zuschnitts der Ehe über keine hinreichende Alterssicherung verfügt und dieses Ergebnis mit dem Gebot ehelicher Solidarität schlechthin unvereinbar erscheint“, was vor allem in Betracht komme, „wenn sich ein Ehegatte, wie schon beim Vertragsschluss geplant oder verwirklicht, der Betreuung

der gemeinsamen Kinder gewidmet und deshalb auf eine versorgungsbegründende Erwerbstätigkeit in der Ehe verzichtet hat“.⁶

Das OLG Celle sieht diese Fallgruppe als gegeben an. Es komme nicht darauf an, ob die Ehefrau beweisen kann, dass bei Vertragsschluss ein gemeinsamer Kinderwunsch bestand. Vielmehr liege bei kinderlosen Ehegatten im gebärfähigen Alter die Annahme der Absicht, eine Familie zu gründen, bereits angesichts allgemeiner Lebenserfahrung nahe. Ferner habe die Vereinbarung zum Unterhalt danach differenziert, ob Kinder aus der Ehe hervorgehen. Die Tatsache, dass letztlich vier Kinder geboren wurden, spreche zudem indiziell für einen von Anfang an vorhandenen Kinderwunsch. Es sei auch vorhersehbar gewesen, dass die Ehefrau ihre Erwerbstätigkeit für die Kinderbetreuung würde aufgeben oder erheblich einschränken müssen, da der Ehemann den väterlichen Betrieb übernehmen sollte und die Ehefrau keine konkrete Aussicht gehabt habe, die (neue) Facharztausbildung fortsetzen zu können. Insofern spreche der Lebenszuschnitt dafür, dass der Ehefrau Altersversorgungs Nachteile durch die Kinderbetreuung entstehen würden, und es sei eine Tendenz zur Alleinverdienerehe vorgezeichnet gewesen. Dies zeige sich auch daran, dass eine Kinderfrau erst ab 1991 und dann nur an drei Tagen die Woche kam. Eine Kompensation dieser ehebedingten Nachteile sehe der Ehevertrag nicht vor. Die Zahlung der Mindestbeiträge in die Ärzteversorgung seitens des Ehemannes sei rein freiwillig gewesen und habe keine angemessene Altersversorgung begründet.

Das OLG Celle wiederholte sodann seine bereits 2018 begründete Auffassung, es bedürfe für die Annahme der Sittenwidrigkeit einzelner Bestimmungen eines Ehevertrags nicht der Feststellung einer ungleichen Verhandlungsposition (Imparität). Die Zwecke und Beweggründe, die zur Vereinbarung der Klausel führten, seien hier nicht anerkennenswert oder gerechtfertigt; vor allem erfordere der Schutz des aus der Familie des Ehemannes stammenden Vermögens keinen Ausschluss des Versorgungsausgleichs. Auch sonst sei keine Kompensation des Verzichts erfolgt.

2. Unwirksamkeit der Beschränkungen des Unterhaltsanspruchs der Ehefrau

Die Beschränkung des Unterhaltsanspruchs der Ehefrau in zeitlicher Hinsicht sowie hinsichtlich der Begrenzung auf monatlich 2.500 DM sei ebenfalls sittenwidrig, da Vereinbarungen zum Betreuungsunterhalt jedenfalls dann der Dispositionsfreiheit entzogen seien, wenn die Einschränkung der Erwerbstätigkeit eines Ehegatten absehbar war.⁷

Das OLG Celle betont wiederum, dass die Einschränkung der Erwerbstätigkeit der Ehefrau vorauszusehen gewesen sei. Die zeitliche Befristung auf drei Jahre überschreite die Grenze der Sittenwidrigkeit, da 1986 noch keine entspre-

3 Vgl. zum Sachverhalt Rdnr. 1-27 der besprochenen Entscheidung.

4 OLG Celle, Beschluss vom 13.09.2018, 17 UF 28/18, MittBayNot 2019, 358 = BeckRS 2018, 22277. Es handelt sich um dieselbe Entscheidung, die unter anderem Datum bei BeckRS 2018, 21383 und NZFam 2018, 945 m. Anm. *Bergschneider* geführt wird.

5 Vgl. zu den folgenden Ausführungen Rdnr. 32-41 der besprochenen Entscheidung.

6 BGH, Beschluss vom 29.01.2014, XII ZB 303/13, DNotZ 2014, 361 Rdnr. 20; Beschluss vom 27.05.2020, XII ZB 447/19, MittBayNot 2021, 256 Rdnr. 23.

7 Vgl. zu den folgenden Ausführungen Rdnr. 42-47 der besprochenen Entscheidung.

chende gesetzliche Beschränkung des Betreuungsunterhalts vorgesehen und die Rechtsprechung damals strenger gewesen sei.⁸ Ferner lasse die Vereinbarung Zahl und Alter der Kinder unberücksichtigt. Die Begrenzung auf 2.500 DM pro Monat übersteige zwar das Existenzminimum, sei jedoch ersichtlich nicht geeignet gewesen, ehebedingte Nachteile auszugleichen. Überdies war eine Indexierung nicht vorgesehen. Der Sittenwidrigkeit des Betreuungsunterhalts stehe zudem nicht entgegen, dass zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses der Ehemann ein geringeres Einkommen gehabt habe. Denn beide Beteiligten seien davon ausgegangen, dass sich die Einkommensverhältnisse des Antragstellers infolge der Betriebsübernahme deutlich verbessern würden, was dann auch geschehen sei. Eine Rechtfertigung dieser eindeutig belastenden Regelung komme nicht in Betracht, insbesondere da lediglich Unterhaltsansprüche der Ehefrau beschränkt wurden. Wiederum seien auch die Zwecke und Beweggründe, die zur Vereinbarung der Unterhaltsklausel führten, nicht anerkennenswert.

Das OLG Celle deutet sodann an, dass vieles für die Sittenwidrigkeit der Begrenzung auch des Alters- und Krankenunterhalts nach §§ 1571 f. BGB spreche. Denn obgleich noch nicht absehbar gewesen sei, ob ein Unterhaltsbedarf eines Ehegatten wegen Alters oder Krankheit bestehen könnte, sei kein Grund ersichtlich, warum lediglich die Ansprüche der Ehefrau begrenzt wurden. Das OLG Celle nahm aber unabhängig davon eine Nichtigkeit der gesamten Unterhaltsklausel an, da diese nicht nach Unterhaltsarten differenzierte (keine geltungserhaltene Reduktion innerhalb einer einheitlichen Klausel).

Dem Antrag auf Auskunftserteilung hinsichtlich des Unterhalts gab das OLG Celle auch insofern statt, als sich dieser auf Ausgaben für vermögensbildende Anlagen in den letzten drei Jahren bezog.⁹

3. Vereinbarung der Gütertrennung

Die Vereinbarung zum Güterstand hingegen hielt das OLG Celle sowohl isoliert betrachtet als auch im Rahmen einer Gesamtwürdigung für wirksam.¹⁰ Es zitierte die Rechtsprechung des BGH, wonach der Zugewinnausgleich nicht zum Kernbereich zählt und der Güterstand einer Vereinbarung der Beteiligten damit am ehesten zugänglich sei.

4. Gesamtwürdigung des Ehevertrags

Das OLG Celle kommt schließlich zu dem Ergebnis, dass auch eine Gesamtbetrachtung des Vertrags nicht zu dessen umfänglicher Nichtigkeit – und damit auch zur Nichtig-

keit der Vereinbarung zum Güterstand – führt. Insofern sei es vor dem Hintergrund der Vertragsfreiheit erforderlich, dass ein Vertragsteil die Unterlegenheit des anderen bewusst ausgenutzt und somit verwerflich gehandelt habe. Hierfür bedürfe es weiterer Umstände außerhalb der Urkunde, die eine Unterlegenheit (Imparität) eines Ehegatten bei Vertragsschluss belegen.

Solche Umstände konnte das OLG – was durchaus kontrovers ist – nicht feststellen. Dazu führt es an, dass keine intellektuelle Überlegenheit des Ehemannes vorgelegen habe, da die Ehefrau promovierte Ärztin war. Allein die Tatsache, dass Eheschließung und Vertragsinhalt voneinander abhängen, könne keine ungleiche Verhandlungsposition begründen, selbst wenn die Hochzeitsvorbereitungen schon abgeschlossen gewesen sein sollten. Es könne zudem nicht davon ausgegangen werden, dass die Ehefrau Bedeutung und Tragweite der Regelungen nicht erfasst habe. Auch ihr Vortrag zum Ablauf des Beurkundungsverfahrens und die unstreitige Tatsache, dass der Notar der „Hausnotar“ des Vaters des Ehemannes war, könnten keine ungleiche Verhandlungsposition begründen. Eine wirtschaftliche Unterlegenheit habe nicht vorgelegen, da die Ehefrau jederzeit ohne größere Schwierigkeiten „jedenfalls irgendwo in Deutschland“ eine neue Anstellung hätte finden können. Bemerkenswert ist, dass das OLG sogar die Subsumtion textbausteinartig aufbaut. Ein ganz ähnlicher Passus zur Subsumtion hinsichtlich der Imparität findet sich in der Entscheidung des Senats aus dem Jahre 2018.¹¹

Das OLG Celle führt sodann aus, dass aus der Nichtigkeit der Regelungen zum Versorgungsausgleich und Unterhalt keine Gesamtnichtigkeit folge (§ 139 BGB), da der Vertrag eine salvatorische Klausel enthielt und eine ungleiche Verhandlungsposition nicht festzustellen sei.

5. Keine Ausübungskontrolle

Das OLG Celle verneinte zuletzt – von seinem Standpunkt aus konsequent – eine Ausübungskontrolle gemäß § 242 BGB, auch in Form der sog. Funktionsäquivalenz.¹²

III. Kritische Stellungnahme

Der Begründung des OLG Celle kann nicht gefolgt werden.

1. Indizwirkung späterer Tatsachen

Auffallend ist, dass im Rahmen der Entscheidungsbegründung mehrfach von später entstandenen Tatsachen auf die Situation bei Vertragsschluss geschlossen wird.

a) Vermutung des Kinderwunsches

Das OLG Celle führt aus, dass „bei kinderlosen Ehegatten im gebärfähigen Alter (...) die Annahme der Absicht, eine Familie zu gründen, bereits angesichts allgemeiner Lebenserfahrung naheliegt“. Die spätere Geburt von Kindern spre-

8 Zu dieser – hier nicht weiter vertieften – Frage der Heilung durch eine neue Gesetzeslage vgl. *Münch*, Ehebezogene Rechtsgeschäfte, 5. Aufl. 2020, Kap. 2 Rdnr. 482-484.

9 Zur – hier nicht weiter vertieften – Auskunftspflicht bei höheren Einkommen vgl. BGH, Beschluss vom 25.09.2019, XII ZB 25/19, NJW 2019, 3570; *Hausleiter/Schramm*; NJW-Spezial 2021, 325.

10 Vgl. zu den folgenden Ausführungen Rdnr. 48-55 der besprochenen Entscheidung.

11 So stimmen die Rdnr. 52 f. der Entscheidung in weiten Teilen überein mit den Ausführungen bei OLG Celle, Beschluss vom 13.09.2018, 17 UF 28/18, MittBayNot 2019, 358 Rdnr. 36 f.

12 Rdnr. 56-61 der besprochenen Entscheidung.

che auch indiziell für einen von Anfang an vorliegenden Kinderwunsch und sei folglich im Rahmen des § 138 Abs. 1 BGB – und nicht erst bei der Ausübungskontrolle nach § 242 BGB – zu berücksichtigen.¹³

Dies hat erhebliche Konsequenzen. Die isolierte Sittenwidrigkeit von Vereinbarungen zum Betreuungsunterhalt oder Versorgungsausgleich hat der BGH nämlich nur angenommen, wenn bei Vertragsschluss absehbar war, dass dem benachteiligten Ehegatten ehebedingte Nachteile wegen der Kinderbetreuung entstehen würden und der Ehevertrag keine anderweitige Kompensation aufweist. Sofern aber kein gemeinsamer Kinderwunsch der Ehegatten besteht und auch sonst für deren Absicht, eine Familie mit Kindern zu gründen, nichts ersichtlich ist, hält der BGH selbst den vollständigen Verzicht auf den Betreuungsunterhalt im Grundsatz für unbedenklich.¹⁴

Hinsichtlich der Vermutungen verhielt sich der BGH bei seiner – vom OLG Celle zitierten – Entscheidung vom 17.01.2018 nicht klar. So hat er einerseits bei der isolierten Betrachtung der Regelungen geprüft, ob „im Zeitpunkt des Vertragsschlusses wegen konkreten Kinderwunsches die Tendenz zu einer Alleinverdiener Ehe eindeutig vorgezeichnet war“.¹⁵ Im Rahmen der Gesamtwürdigung des Ehevertrags hingegen führte er aus, dass „schon angesichts des Alters der beiden Ehegatten bei der Eheschließung (34 Jahre bzw. 25 Jahre) eine spätere Familiengründung nicht von vornherein ausgeschlossen werden [konnte], was letztlich auch die fünf Jahre später erfolgte Geburt der gemeinsamen Tochter verdeutlicht“ sowie dass es „für diesen Fall vorhersehbar [war], dass der einkommensschwächeren Ehefrau – wie tatsächlich geschehen – die Aufgaben der Kinderbetreuung und Haushaltsführung übertragen werden würden“.¹⁶ Jedenfalls im Rahmen der Gesamtwürdigung der ehevertraglichen Klauseln scheint also auch der BGH solche Vermutungen aufzustellen.

Eine Tendenz zur Alleinverdiener Ehe und der Kinderwunsch dürfen aber richtigerweise nicht einfach vermutet werden. Es spiegelt nicht die Lebenswirklichkeit wider, dass alle jungen Ehegatten im gebärfähigen Alter stets einen Kinderwunsch hegen.¹⁷ Vielmehr heiraten auch heute noch viele Menschen, ohne (zunächst) einen konkreten Kinderwunsch zu haben. Der Entschluss, Kinder zu haben, kann später gefasst worden sein, selbst wenn aus der Ehe Kinder hervor-

gehen. Zudem wird die Kinderbetreuung heutzutage flexibler gestaltet, sodass der Schluss, der einkommensschwächere Partner werde Kinderbetreuung und Haushaltsführung (alleine) übernehmen, in dieser Pauschalität falsch oder zumindest überholt ist. Ferner kann auch der Umstand, dass der Ehevertrag hinsichtlich der Begrenzung des Unterhaltsanspruchs danach differenzierte, ob Kinder aus der Ehe entstehen, keinen Schluss auf einen konkreten Kinderwunsch begründen. Es liegt nämlich nahe, dass dies der allgemeinen kautelarjuristischen Vorsorge und nicht der Umsetzung der konkreten Lebensplanung der Beteiligten geschuldet ist.¹⁸

Ob damit im vorliegenden Fall die Vereinbarungen zum Versorgungsausgleich und Unterhalt jeweils schon isoliert betrachtet sittenwidrig waren, muss bezweifelt werden.

b) Indizwirkung sonstiger späterer Umstände

Die Indizwirkung späterer Tatsachen ist allgemein kritisch zu sehen.

Das OLG Celle hingegen geht auch an weiteren Stellen maßgeblich von solchen Indizwirkungen aus. So führt es aus, dass die bloße Aussicht des Ehemannes, den väterlichen Betrieb übernehmen und damit sein Einkommen erheblich steigern zu können, bei der Prüfung der Sittenwidrigkeit der Unterhaltsvereinbarung zu berücksichtigen sei.¹⁹ Wiederum wird eine spätere Tatsache für den Zeitpunkt des Vertragsschlusses für maßgeblich gehalten; im konkreten Fall sogar, obwohl die Betriebsübernahme angesichts von Auseinandersetzungen mit dem Vater zwischenzeitlich fraglich war.²⁰ Gleiches gilt für den Aspekt, dass Altersversorgungs Nachteile der Ehefrau vorhersehbar und eine Tendenz zur Alleinverdiener Ehe vorgezeichnet gewesen seien. Insofern schließt das OLG Celle von der späteren Situation der Kinderbetreuung (Kinderfrau erst ab 1991 und nur an drei Tagen die Woche, Au Pair erst ab 1995) darauf, dass schon bei Vertragsschluss ein frühestmöglicher Wiedereinstieg der Ehefrau in den Beruf gerade nicht geplant gewesen sei.²¹

2. Keine Notwendigkeit von Imparität im Rahmen der Einzelprüfung

a) Auffassung des OLG Celle

Zutreffend ist der Ausgangspunkt des OLG Celle, im Rahmen der Wirksamkeitskontrolle gemäß § 138 Abs. 1 BGB eine zweistufige Prüfung vorzunehmen. Der BGH untersucht in ständiger Rechtsprechung insofern zunächst jede einzelne Regelung des Ehevertrags und prüft, ob diese bereits isoliert betrachtet sittenwidrig ist. Anschließend prüft er, ob sich der Ehevertrag im Rahmen einer Gesamtwürdi-

13 Rdnr. 37 der besprochenen Entscheidung; so auch schon OLG Celle, Beschluss vom 13.09.2018, 17 UF 28/18, MittBayNot 2019, 358 Rdnr. 21.

14 BGH, Urteil vom 31.10.2012, XII ZR 129/10, MittBayNot 2013, 240, 241; so auch bereits angedeutet beim Urteil vom 28.11.2007, XII ZR 132/05, NJW 2008, 1080 Rdnr. 21.

15 BGH, Beschluss vom 17.01.2018, XII ZB 20/17, DNotZ 2018, 620 Rdnr. 15.

16 BGH, Beschluss vom 17.01.2018, XII ZB 20/17, DNotZ 2018, 620 Rdnr. 18.

17 Münch, Ehebezogene Rechtsgeschäfte, Kap. 2 Rdnr. 291; ebenso Reetz, DAI: Aktuelle Probleme der notariellen Gestaltung im Erb- und Familienrecht, 2021, S. 70; tendenziell auch Grziwotz, NJW 2021, 3511 Rdnr. 7.

18 So auch Reetz, DAI: Aktuelle Probleme der notariellen Gestaltung im Erb- und Familienrecht, 2021, S. 70.

19 Rdnr. 44 der besprochenen Entscheidung.

20 Rdnr. 38 der besprochenen Entscheidung.

21 Rdnr. 38 der besprochenen Entscheidung; krit. hierzu auch Reetz, DAI: Aktuelle Probleme der notariellen Gestaltung im Erb- und Familienrecht, 2021, S. 71.

gung als insgesamt sittenwidrig erweist. Dies ist der Fall, wenn das objektive Zusammenwirken aller Regelungen erkennbar auf die einseitige Benachteiligung eines Ehegatten abzielt.²²

Das OLG Celle postuliert nun aber – wie schon in seiner Entscheidung vom 31.08.2018 –, dass im Rahmen der isolierten Prüfung der einzelnen Bestimmungen keine Ausnutzung einer unterlegenen Verhandlungsposition eines Ehegatten für eine Sittenwidrigkeit gemäß § 138 Abs. 1 BGB erforderlich sei.²³

b) Meinungsbild

Im Schrifttum wird das Vorliegen von Imparität – richtigerweise – grundsätzlich gefordert, um das Sittenwidrigkeitsverdict des § 138 Abs. 1 BGB bei ehevertraglichen Bestimmungen anzunehmen.²⁴ Auch die BGH-Rechtsprechung der letzten Jahre wird meist ebenso gedeutet.²⁵ Es wird mitunter davon ausgegangen, dass der BGH eine Wende von der „Kernbereichs- zur Disparitätsrechtsprechung“ vollzogen habe.²⁶ Eine Ausnahme des Erfordernisses der Imparität wird nur angenommen, wenn der Vertrag zulasten des Sozialhilfeträgers oder des Kindeswohls ausgestaltet ist.²⁷

Die – auch jüngste – Rechtsprechung anderer OLG betont mitunter die Notwendigkeit der Ausnutzung einer Zwangslage oder Unterlegenheit des anderen Ehegatten auch bei

der Prüfung der Einzelregelungen eines Ehevertrags.²⁸ Richtig ist aber – wie das OLG Celle in Rdnr. 40 der besprochenen Entscheidung angibt –, dass das Schleswig-Holsteinische OLG in einer nicht veröffentlichten Entscheidung vom 28.09.2020 der Auffassung des OLG Celle explizit gefolgt ist.²⁹

c) Linie des BGH

Bei genauer Analyse der BGH-Entscheidungen zeigt sich – was mitunter vielleicht übersehen wird – tatsächlich eine Betonung der Imparität nur im Rahmen der Gesamtabwägung.³⁰ So führt der BGH die Imparität im Rahmen der isolierten Prüfung einzelner Regelungen nicht an. Erst hinsichtlich der Gesamtabwägung betont er, dass aus dem objektiven Zusammenspiel einseitig belastender Regelungen nur dann auf die weiter erforderliche verwerfliche Gesinnung des begünstigten Ehegatten geschlossen werden könne, wenn die Annahme gerechtfertigt sei, dass sich in dem unausgewogenen Vertragsinhalt eine Störung der subjektiven Vertragsparität widerspiegelt.³¹

In dieselbe Richtung geht die Aussage des BGH – welche auch das OLG Celle bemüht – der Ausschluss des Versorgungsausgleichs sei schon für sich genommen gemäß § 138 Abs. 1 BGB unwirksam, „wenn er dazu führt, dass ein Ehegatte aufgrund des bereits beim Vertragsschluss geplanten (oder zu diesem Zeitpunkt schon verwirklichten) Zuschnitts der Ehe über keine hinreichende Alterssicherung verfügt und dieses Ergebnis mit dem Gebot ehelicher Solidarität schlechthin unvereinbar erscheint“. Das Erfordernis der Imparität oder eines sonstigen subjektiven Elements wird hier nicht genannt.³² Zudem bekräftigte der BGH diesen (objektiven) Prüfungsmaßstab im Rahmen einer Rechtsbeschwerde gegen eine Entscheidung des OLG Stuttgart, welches die Imparität stets verlangt hatte und die objektive Sittenwidrigkeit daher (konsequenterwei-

22 Vgl. etwa BGH, Beschluss vom 20.03.2019, XII ZB 310/18, MittBayNot 2019, 508 Rdnr. 35; Beschluss vom 27.05.2020, XII ZB 447/19, MittBayNot 2021, 256 Rdnr. 21 ff. und 28 ff.

23 Rdnr. 40 der besprochenen Entscheidung, in der auf OLG Celle, Beschluss vom 31.08.2018, 17 UF 28/18, MittBayNot 2019, 358 Rdnr. 25 verwiesen wird. Krit. zu der Entscheidung des OLG Celle vom 31.08.2018 zu Recht Johannsen/Henrich/Althammer/Milzer, Familienrecht, 7. Aufl. 2020, § 1413 BGB Rdnr. 36.

24 Vgl. etwa Löhnig, JA 2005, 344, 345; Johannsen/Henrich/Althammer/Milzer, Familienrecht, § 1413 BGB Rdnr. 36; ders., NZFam 2021, 1024; MünchKomm-BGB/Münch, 8. Aufl. 2019, § 1408 Rdnr. 35 ff.; ders., Ehebezogene Rechtsgeschäfte, 5. Aufl. 2020, Kap. 2 Rdnr. 280 ff., insbesondere Rdnr. 286; BeckOK-BGB/Scheller/Sprink, Stand: 01.02.2022, § 1372 Rdnr. 18 und § 1408 Rdnr. 60; Siede, NZFam 2021, 136; a. A. aber Dauner-Lieb in FS Brudermüller, 2014, S. 99, 106 f., 113 f. Neuerdings wird eine Vermutung der Imparität diskutiert, vgl. Wellenhofer, NZFam 2020, 229, 233; ähnlich Johannsen/Henrich/Althammer/Milzer, Familienrecht, § 1413 BGB Rdnr. 74.

25 Vgl. Bergschneider/Wolf, NZFam 2018, 162, 163 f.; Milzer, NZFam 2014, 773, 773 f.; Münch, MittBayNot 2013, 240, 247; wohl auch Born, NJW 2014, 1484, 1486; ausführlich Langenfeld/Milzer, Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen, 8. Aufl. 2019, § 5 Rdnr. 73 ff.

26 So plakativ Milzer, NZFam 2014, 773.

27 Milzer, NZFam 2021, 1024; Münch, Ehebezogene Rechtsgeschäfte, Kap. 2 Rdnr. 419 (zum Kindeswohl); BeckOK-BGB/Scheller/Sprink, § 1408 Rdnr. 70 (Sozialhilfe).

28 Jüngst insbesondere OLG Stuttgart, Beschluss vom 05.09.2019, 17 UF 54/18, BeckRS 2019, 45645 Rdnr. 41 f. (nachfolgend aber BGH, Beschluss vom 27.05.2020, XII ZB 447/19, MittBayNot 2021, 256); OLG Karlsruhe, Beschluss vom 31.03.2021, 5 UF 125/20, NJW-RR 2021, 654 Rdnr. 27.

29 Schleswig-Holsteinisches OLG, Beschluss vom 28.09.2020, 15 UF 100/19, n. v. (S. 9 der Entscheidung). Den Mitarbeitern des OLG gilt Dank für die schnelle Übersendung der Entscheidung.

30 Vgl. auch BeckOK-BGB/Scheller/Sprink, § 1408 Rdnr. 33 und Rdnr. 60; ähnlich Milzer, NZFam 2020, 772, 778. Auch Ruetten, NZFam 2021, 591, 599 scheint dies so zu sehen – in ihrer Anmerkung spricht sie lediglich davon, dass das OLG Celle dies noch einmal klarstelle.

31 Deutlich etwa bei BGH, Beschluss vom 08.10.2014, XII ZB 318/11, DNotZ 2015, 131 Rdnr. 21; jüngst auch Beschluss vom 27.05.2020, XII ZB 447/19, MittBayNot 2021, 256 Rdnr. 21 ff. Rdnr. 28 f.

32 So versteht die Entscheidung des BGH vom 27.05.2020 auch Milzer, NZFam 2020, 772, 778; ähnlich auch BeckOK-BGB/Scheller/Sprink, § 1408 Rdnr. 33 (die tendenziell eine Disparitätsvermutung herauslesen).

se) dahinstehen ließ.³³ Untermauert wird dies dadurch, dass der BGH davon ausgeht, eine salvatorische Klausel könne vor der Gesamtnichtigkeit eines Ehevertrags schützen, wenn sich ungleiche Verhandlungspositionen nicht feststellen ließen³⁴ – dies setzt nämlich zwingend voraus, dass auch ohne ungleiche Verhandlungspositionen (Imparität) eine Nichtigkeit einzelner Bestimmungen denkbar ist.

Der BGH spricht dies aber nicht ebenso deutlich aus wie das OLG Celle. Zudem scheint er sich ein „Schlupfloch“ zu belassen; betont er bei der isolierten Prüfung der Einzelregelungen doch, dass „subjektiv (...) die von den Ehegatten mit der Abrede verfolgten Zwecke sowie die sonstigen Beweggründe zu berücksichtigen [sind], die den begünstigten Ehegatten zu seinem Verlangen nach der ehevertraglichen Gestaltung veranlasst und den benachteiligten Ehegatten bewogen haben, diesem Verlangen zu entsprechen“.³⁵ Fehlt die Imparität, etwa weil sich der betroffene Ehegatte nach einem eingehenden Beratungsgespräch und auf Basis eines Vertragsentwurfs gleichwohl für eine ihn benachteiligende Regelung entscheidet, könnte dieser Prüfungsmaßstab (flexibel) dazu genutzt werden, die entsprechenden Einzelregelungen doch nicht zu beanstanden.

3. Ablehnung der Unwirksamkeit wegen der Gesamtwürdigung der Vereinbarungen

Im vorliegenden Fall lag es entgegen der Auffassung des OLG Celle zumindest nicht fern, die Imparität zu bejahen.

Als Anhaltspunkt für eine solche wurde angesehen, dass der benachteiligte Ehegatte nicht in die Vertragsverhandlungen eingebunden war, keinen eigenen Vertragsentwurf erhielt und in zeitliche Bedrängnis gebracht wurde.³⁶ Der BGH betont zudem, dass ein erhebliches Einkommens- und Vermögensgefälle zur Imparität führen kann, sofern dies zu einer wirtschaftlichen und ggf. auch sozialen Abhängigkeit führt – denn auch der Ehegatte, der dem Verlangen des überlegenen Ehegatten widerstandslos Folge leistet, soll geschützt werden.³⁷

33 BGH, Beschluss vom 27.05.2020, XII ZB 447/19, MittBayNot 2021, 256 Rdnr. 23. Es handelte sich um die Rechtsbeschwerde gegen OLG Stuttgart, Beschluss vom 05.09.2019, 17 UF 54/18, BeckRS 2019, 45645. Hingegen interpretiert *Reetz*, DAJ: Aktuelle Probleme der notariellen Gestaltung im Erb- und Familienrecht, 2021, S. 73 die Entscheidung des BGH so, dass dieser die Auffassung des OLG Stuttgart bekräftige. Die von ihm zitierte Stelle (Rdnr. 10 f.) der BGH-Entscheidung gibt aber nur die Auffassung des OLG wieder; erst ab Rdnr. 17 ff. verhält sich der BGH inhaltlich dazu.

34 BGH, Urteil vom 21.11.2012, XII ZR 48/11, MittBayNot 2013, 235, 238 f.

35 BGH, Beschluss vom 27.02.2013, XII ZB 90/11, DNotZ 2013, 773 Rdnr. 16; Beschluss vom 29.01.2014, XII ZB 303/13, DNotZ 2014, 361 Rdnr. 17.

36 BGH, Beschluss vom 15.03.2017, XII ZB 109/16, DNotZ 2017, 870 Rdnr. 43 (im konkreten Fall war zusätzlich noch das Baby bei der Beurkundung anwesend).

37 BGH, Beschluss vom 15.03.2017, XII ZB 109/16, DNotZ 2017, 870 Rdnr. 44.

Im konkreten Fall hatte die Ehefrau vorgetragen, keinen Entwurf und kein Leseexemplar erhalten zu haben; zudem war sie in die Vertragsverhandlungen nicht eingebunden. Ein Vorgespräch mit dem Notar hatte nicht stattgefunden; der Inhalt wurde vom Vater des Ehemannes vorgegeben und der Ehevertrag kurz vor der Hochzeit geschlossen. Überdies hatte die Ehefrau ihre gut bezahlte Arbeit aufgegeben und stand wirtschaftlich wesentlich schlechter da als ihr Ehemann. Hatte sie zuvor rund 72.000 DM jährlich verdient, verblieb ihr im Jahr der Beurkundung des Ehevertrags wegen ihres Umzugs und des damals offenbar schwierigen Arbeitsmarktes für Assistenzärzte nur ein Jahresüberschuss aus selbstständiger Tätigkeit von etwa 20.000 DM. Ferner stellt ein unausgewogener Vertragsinhalt zumindest ein Indiz für eine unterlegene Verhandlungsposition des belasteten Ehegatten dar.³⁸ Hier lag aber nicht nur ein unausgewogener, sondern ein klar einseitig belastender Vertrag vor. Deutlich wird dies unter anderem bei den Verzichten, die lediglich seitens der Ehefrau erklärt wurden.

Im konkreten Fall hätte das Gericht daher durchaus eine Gesamtnichtigkeit des Ehevertrags aufgrund der Gesamtwürdigung aller enthaltenen Vereinbarungen annehmen können. Dann wäre die salvatorische Klausel unbeachtlich gewesen. Denn in Fällen der Gesamtnichtigkeit des Ehevertrags spiegelt auch die salvatorische Klausel die Imparität wider und ist unwirksam.³⁹ Damit hätte auch die Vereinbarung der Gütertrennung keinen Bestand gehabt.

4. Ausübungskontrolle

Würde man den Kinderwunsch – richtigerweise – nicht vermuten, jedoch die soeben geschilderten Umstände nicht für ausreichend befinden, um Imparität zu bejahen, käme man zu einem ähnlichen Ergebnis wie das des OLG Celle im Wege der Ausübungskontrolle gemäß § 242 BGB.

Der BGH prüft insofern, ob die einvernehmliche Gestaltung der ehelichen Lebensverhältnisse von der dem Vertrag zugrunde liegenden Lebensplanung gravierend abweicht und sich nunmehr, im Zeitpunkt des Scheiterns der Ehe, aus dem vereinbarten Ausschluss der Scheidungsfolgen eine evident einseitige, unzumutbare Lastenverteilung ergibt.⁴⁰ Entscheidend ist vor allem, ob einem Ehegatten aufgrund der geänderten Lebensplanung ehebedingte Nachteile entstanden sind. Die Ehefrau erlitt vorliegend unstreitig ehebedingte Nachteile aufgrund der Kinderbetreuung, die

38 BGH, Urteil vom 31.10.2012, XII ZR 129/10, MittBayNot 2013, 240, 242; Beschluss vom 27.05.2020, XII ZB 447/19, MittBayNot 2021, 256 Rdnr. 29. Krit. dazu *Wellenhofer*, NZFam 2020, 229, 233 (die stattdessen eine Vermutung befürwortet).

39 BGH, Urteil vom 21.11.2012, XII ZR 48/11, MittBayNot 2013, 235, 238 f.; Beschluss vom 17.01.2018, XII ZB 20/17, DNotZ 2018, 620 Rdnr. 23; hierzu instruktiv *Reetz*, DNotZ 2017, 809, 818.

40 BGH, Beschluss vom 17.03.2021, XII ZB 221/19, MittBayNot 2022, 150 Rdnr. 28; Beschluss vom 27.05.2020, XII ZB 447/19, MittBayNot 2021, 256 Rdnr. 40 f.; dazu *Bergschneider/Wolf*, NZFam 2018, 254, 255 f.

wegen der Entwicklungsverzögerung der Kinder in überdurchschnittlichem Maße erforderlich war. Geht man davon aus, dass bei Vertragsschluss noch kein (konkreter) Kinderwunsch bestand, so stellt die spätere Geburt von Kindern – verbunden mit der (zeitweisen) Aufgabe der Erwerbstätigkeit des betreuenden Ehegatten – einen klassischen Anwendungsfall der Ausübungskontrolle dar.⁴¹

IV. Ausblick für die notarielle Praxis

Der Streitgegenständliche Ehevertrag stellt ein Beispiel dafür dar, wie man als Notar gerade nicht vorgehen sollte, insbesondere wenn der streitige Vortrag der Ehefrau zum Beurkundungsverfahren zutreffen sollte. Zur Verteidigung des beurkundenden Kollegen ist allerdings zu erwähnen, dass die Rechtslage vor dem Jahre 2001 noch gänzlich anders beurteilt wurde.⁴²

Obwohl die Rechtsprechung sehr einzelfallbezogen entscheidet und Rechtssicherheit häufig vermissen lässt, können aus der Entscheidung des OLG Celle einige Lehren für die Vertragsgestaltung gezogen werden.

1. Schutz durch Verfahren und Sachverhaltsaufklärung

Es würde heute wohl kein Kollege mehr so vorgehen, ohne Vorgespräch und Entwurfsübersendung einen nur einseitigen Verzicht der wirtschaftlich schlechter gestellten Vertragspartei hinsichtlich des Unterhalts – auch wenn nur zeitlich und höhenmäßig begrenzt – sowie hinsichtlich des Pflicht- und Erbteils aufzunehmen. Die Übersendung eines Entwurfs, der auf Basis eines gemeinsamen Vorgesprächs erstellt wurde, verbunden mit einer Überlegungsfrist („Abkühlungsphase“) ist besonders wichtig, um „Schutz durch Verfahrensgestaltung“ zu erreichen.⁴³ Zudem gilt es, im Falle der Intervention Dritter, auf deren Betreiben der Ehevertrag geschlossen werden soll (meist die Eltern der vermögendere Vertragspartei), vorsichtig zu sein und der Verfahrensgestaltung besondere Aufmerksamkeit zu widmen. Im Falle der Beteiligung ausländischer Staatsangehöriger muss auch geprüft werden, ob die Sprachkenntnisse ausreichend sind oder eine Übersetzung erforderlich ist (§ 16 BeurkG). Angesichts der hohen Bedeutung von Eheverträgen und der insofern sehr spezifischen juristischen Fachbegriffe sollte auf eine Übersetzung – die dann auch hin-

sichtlich der Vorbesprechung und des Vertragsentwurfs erforderlich wäre⁴⁴ – nur verzichtet werden, wenn die sprachlichen Verständigungsmöglichkeiten der Beteiligten in keiner Weise eingeschränkt sind.⁴⁵

Es ist von hoher Bedeutung, ob bei Vertragsschluss ehebedingte Nachteile absehbar sind. Im Schrifttum wird daher zutreffend geraten, in den Ehevertrag – neben der Angabe der Beweggründe hinsichtlich der konkreten Vereinbarungen – Eckdaten zu den persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen der Beteiligten sowie etwaige (realistische) Vorstellungen über die eheliche Rollenverteilung aufzunehmen.⁴⁶ Es sollten folglich seitens des Notars – obwohl dies unangenehm sein kann – beim Vorgespräch die persönlichen, gesundheitlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse der Beteiligten abgefragt und eruiert werden, ob ein (gemeinsamer) Kinderwunsch besteht. Sofern dies der Fall ist, sollte der Frage nachgegangen werden, ob sich die Beteiligten bereits Gedanken zu der Frage gemacht haben, wie die Kinderbetreuung organisiert werden könnte.

Dies hatte der Notar im Streitgegenständlichen Ehevertrag nicht getan. Die entsprechende Aufnahme dieser Eckdaten in den Ehevertrag hätte aber die Vermutung des Kinderwunsches, die das OLG Celle aufstellte, entkräften und damit das Sittenwidrigkeitsverdikt nach § 138 Abs. 1 BGB vermeiden können. Da auch der BGH bei jüngeren Ehegatten – zumindest im Rahmen der Gesamtwürdigung des Ehevertrags – eine Vermutung für den Kinderwunsch und die Übernahme der Kinderbetreuung durch den einkommensschwächeren Ehegatten aufzustellen scheint (vgl. dazu oben III. 1. a)), ist es für den Vertragsgestalter im eigenen Interesse, den Lebensplan der Beteiligten zu erfragen und zu dokumentieren. Dies gilt ganz besonders, wenn Regelungen zum Versorgungsausgleich und (Betreuungs-)Unterhalt gewünscht werden.

2. Konsequenz der rein objektiven Einzelprüfung und der Kernbereichsrechtsprechung

Angesichts der umstrittenen Rechtslage (dazu oben III. 2.) muss sich die Kautelarpraxis darauf einstellen, dass die Rechtsprechung bei der isolierten Prüfung einer ehevertraglichen Regelung auch dann zur Annahme deren Sittenwidrigkeit gelangen kann, wenn keine Imparität vorliegt. Diese Einzelprüfung führt freilich nur dann zur Sittenwidrigkeit der entsprechenden Klausel, wenn Regelungen aus dem Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts ganz oder jedenfalls zu erheblichen Teilen abbedungen werden, ohne dass dieser Nachteil durch anderweitige Vorteile gemildert

41 Vgl. OLG Brandenburg, Beschluss vom 30.06.2016, 9 UF 133/14, BeckRS 2016, 12669 Rdnr. 36 ff. = NZFam 2016, 897 m. Anm. *Breuers*; *Bergschneider/Wolf*, NZFam 2018, 254, 255; *Langenfeld/Milzer*, Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen, § 5 Rdnr. 78; *Reetz*, FamFR 2011, 339, 342.

42 Vgl. die Zusammenfassung der Rechtslage bis 2001 bei BGH, Urteil vom 11.02.2004, XII ZR 265/02, MittBayNot 2004, 270, 271 f.

43 *Brandt*, MittBayNot 2004, 270, 281; *Gageik*, RNotZ 2004, 295, 315 f.; Beck'sches Notar-Handbuch/*Grziwotz*, 7. Aufl. 2019, § 12 Rdnr. 11c; *Mayer*, FPR 2004, 363, 369; Würzburger Notarhandbuch/*Reetz*, 6. Aufl. 2021, Teil 3, Kap. 1 Rdnr. 67; *Reul*, DNotZ 2007, 184, 199. Ein Vorgespräch wird nur entbehrlich sein, wenn *beide* Beteiligten anwaltlich vertreten sind.

44 *Münch*, ZNotP 2004, 122, 130; *Reul*, DNotZ 2007, 184, 199 f.

45 *Wachter*, ZNotP 2003, 408, 418; noch weitergehender Würzburger Notarhandbuch/*Reetz*, Teil 3, Kap. 1 Rdnr. 68 (aktive statt der sonst ausreichenden passiven Sprachkenntnis erforderlich).

46 *Gageik*, RNotZ 2004, 295, 311 f.; *Münch*, Ehebezogene Rechtsgeschäfte, Kap. 2 Rdnr. 327 ff.; *Wachter*, ZNotP 2003, 408, 415–417. Allerdings sollte klar formuliert werden, dass es sich um Motive, nicht aber um eine Geschäftsgrundlage oder den Vertragsinhalt handelt (vgl. Würzburger Notarhandbuch/*Reetz*, Teil 3, Kap. 1 Rdnr. 69).

oder durch die besonderen Verhältnisse der Ehegatten, den von ihnen angestrebten oder gelebten Ehetyp oder durch sonstige gewichtige Belange des begünstigten Ehegatten gerechtfertigt wird.⁴⁷ Dies hat der BGH bislang nur selten angenommen.⁴⁸ Der (vorsichtige) Vertragsgestalter sollte dadurch Vorsorge treffen, dass die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse sowie der Lebensplan der Beteiligten präzise abgefragt und Regelungen vorgeschlagen werden, die nicht schon bei Vertragsschluss eine einseitige Belastung – ohne entsprechende Kompensation – erwarten lassen.

Bei den besonders kernbereichsnahen Themenkomplexen des Betreuungsunterhalts und Versorgungsausgleichs ist es offensichtlich, dass Verzicht auf Unterhaltsansprüche niemals nur von einer Seite – vor allem nicht der wirtschaftlich schwächeren! – erklärt werden sollten. Der Betreuungsunterhalt gemäß § 1570 Abs. 1 BGB rangiert auf der ersten, der Versorgungsausgleich auf der zweiten Stufe der Kernbereichslehre.⁴⁹ Beschränkungen sollten insofern stets mit Augenmaß sowie mit Blick auf die Lebensplanung, auf den geplanten Ehetyp⁵⁰ und auf absehbare ehebedingte Nachteile erfolgen.⁵¹ Eine präzise Sachverhaltsaufklärung ist allerdings auch für die sonstigen Regelungen wichtig. Hinsichtlich des Alters- und Krankheitsunterhalts nach §§ 1571 f. BGB etwa ist für die Prüfung der Sittenwidrigkeit ebenfalls entscheidend, ob bereits bei Vertragsschluss eine entsprechende Bedürftigkeit absehbar war.⁵²

Eine höhenmäßige Deckelung des Unterhaltsanspruchs kann grundsätzlich wirksam vereinbart werden. Abseits des Basisunterhalts nach § 1570 Abs. 1 Satz 1 BGB – bei dem stets besonders restriktiv verfahren werden sollte – ist zu meist eine Begrenzung auf den angemessenen Lebensbedarf möglich, soweit das Kindeswohl nicht beeinträchtigt ist.⁵³ Allerdings sollten vereinbarte Höchstgrenzen und -beträge bei Eheverträgen stets wertgesichert sein⁵⁴, was beim vorliegenden Ehevertrag ebenfalls versäumt wurde.

47 BGH, Beschluss vom 29.01.2014, XII ZB 303/13, DNotZ 2014, 361 Rdnr. 17; Beschluss vom 27.05.2020, XII ZB 447/19, MittBayNot 2021, 256 Rdnr. 19.

48 So auch *Wellenhofer*, NZFam 2020, 645, 648 mit Fn. 41.

49 Vgl. zur Kernbereichslehre und den Rangabstufungen *Bergschneider/Wolf*, NZFam 2018, 61, 62; Beck'sches Notarhandbuch/*Grziwotz*, § 12 Rdnr. 11a.

50 Zur „Ehevertragsgestaltung nach Ehetypen“ insbesondere *Langenfeld/Milzer*, Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen, § 46 Rdnr. 989 ff.; vgl. auch *Münch*, Ehebezogene Rechtsgeschäfte, Kap. 9.

51 Hierzu Würzburger Notarhandbuch/*Reetz*, Teil 3, Kap. 1 Rdnr. 18 ff. und 26 ff.

52 BGH, Urteil vom 25.05.2005, XII ZR 296/01, MittBayNot 2006, 44, 47; Urteil vom 31.10.2012, XII ZR 129/10, MittBayNot 2013, 240, 241.

53 Würzburger Notarhandbuch/*Reetz*, Teil 3, Kap. 1 Rdnr. 20 f.

54 Würzburger Notarhandbuch/*Reetz*, Teil 3, Kap. 1 Rdnr. 22; vgl. auch BGH, Urteil vom 05.07.2006, XII ZR 25/04, DNotZ 2006, 920, 922.

3. Salvatorische Klausel

Die Bedeutung der salvatorischen Klausel ergab sich im vorliegenden Fall daraus, dass das OLG Celle lediglich die Regelungen zum Versorgungsausgleich und zum Unterhalt als unwirksam ansah und eine Gesamtnichtigkeit des Ehevertrags aufgrund einer Gesamtwürdigung verneinte. Der Vertragsgestalter sollte freilich darauf hinwirken, dass die vereinbarten Klauseln nicht bereits im Rahmen einer isolierten Prüfung beanstandet werden. Doch falls ein Gericht dies annimmt, kann eine salvatorische Klausel helfen. Ferner kann eine salvatorische Klausel wertvolle Hinweise für eine etwaige Ausübungskontrolle gemäß § 242 BGB enthalten.⁵⁵

Gedankenlos sollte eine salvatorische Klausel indes nicht aufgenommen werden. Es ist vielmehr zu prüfen, ob die Beteiligten den Gesamtvertrag als Kompromiss und gegenseitiges Nachgeben ansehen, da es dann naheliegt, dass bei Nichtigkeit einer Vereinbarung die anderen gerade nicht unverändert aufrechterhalten bleiben sollen.⁵⁶ Unabhängig davon sollten Vereinbarungen zum nahehelichen Unterhalt stets präzise nach den Unterhaltstatbeständen differenzieren.

4. Vorsicht bei Anhaltspunkten hinsichtlich der Imparität

Kommt das erkennende Gericht erst im Rahmen einer Gesamtabwägung der Regelungen zum Ergebnis der Sittenwidrigkeit gemäß § 138 Abs. 1 BGB, so hilft – wie bereits aufgezeigt (vgl. oben III. 3.) – auch eine salvatorische Klausel nicht weiter und der gesamte Ehevertrag ist nichtig. Die Gesamtnichtigkeit aller ehevertraglichen Regelungen aufgrund dieser Gesamtabwägung kann nach allgemeiner Auffassung – der sich auch das OLG Celle anschließt – allerdings nur bejaht werden, wenn eine Unterlegenheit (Imparität) eines Ehegatten vorliegt.

Dies zu vermeiden hat der Vertragsgestalter oftmals in der Hand. So sollte neben dem bereits erwähnten „Schutz durch Verfahren“ (oben IV. 1.) auf sonstige Umstände geachtet werden, welche eine Unterlegenheit eines Ehegatten begründen könnten. Anhaltspunkte für eine solche Imparität können beispielsweise sein⁵⁷:

- Schwangerschaft (wenngleich nur als Indiz)
- gravierende wirtschaftliche, soziale oder auch intellektuelle Unterlegenheit eines Ehegatten
- Beteiligung ausländischer Ehegatten (vor allem bei sog. „Bleiberechtsehen“)
- Alkoholabhängigkeit und sonstige Krankheiten

Sofern eine Unterlegenheit in Betracht kommt, gilt es, besondere Vorsicht bei Regelungen walten zu lassen, die den

55 *Münch*, Ehebezogene Rechtsgeschäfte, Kap. 2 Rdnr. 339.

56 *Münch*, Ehebezogene Rechtsgeschäfte, Kap. 2 Rdnr. 36 und 297.

57 Vgl. Würzburger Notarhandbuch/*Reetz*, Teil 3, Kap. 1 Rdnr. 49, Rdnr. 64; vgl. auch *Münch*, Ehebezogene Rechtsgeschäfte, Kap. 2 Rdnr. 170 ff. und 280 ff.

unterlegenen Ehegatten benachteiligen. Vereinbarungen, die hinsichtlich des Kernbereichs der gesetzlichen Scheidungsfolgen zu seinen Lasten gehen, sollten – sofern sie auch nach eingehender Belehrung gewünscht werden – nicht ohne Kompensation oder sonstige gewichtige Gründe, die es im Ehevertrag zu dokumentieren gilt, getroffen werden.

5. Funktionsäquivalenz

Hält der Ehevertrag einer Sittenwidrigkeitsprüfung stand, kann gleichwohl eine Anpassung im Wege der Ausübungskontrolle gemäß § 242 BGB erforderlich sein, falls im Zeitpunkt des Scheiterns der Ehe eine unzumutbare Lastenverteilung vorliegt (dazu oben III. 4.). Die Ehefrau hatte sich im Fall des OLG Celle hilfsweise auf die Ausübungskontrolle und das Institut der Funktionsäquivalenz berufen, welches abschließend kurz behandelt werden soll.

Der Ausgleich unzureichender Vorsorgebeiträge hat vorrangig über das System des Versorgungsausgleichs zu erfolgen.⁵⁸ Mitunter hat aber der Ehegatte, zu dessen Vorteil der Ehevertrag ausgestaltet ist, keine (hinreichenden) Versorgungsansprüche im Sinne des § 2 Abs. 1 VersAusglG erworben, sondern seine Altersvorsorge auf die Bildung von Privatvermögen gerichtet und der andere Ehegatte zugunsten der Familienarbeit auf die Ausübung einer versorgungsbegründenden Erwerbstätigkeit verzichtet. Zwar sind Regelungen zum Güterstand – etwa die Vereinbarung der Gütertrennung – wegen der Kernbereichsferne des Zugewinnausgleichs auch im Rahmen der Ausübungskontrolle grundsätzlich zu akzeptieren. In besonderen Fallkonstellationen kann aber ein Hinübergreifen vom System des Versorgungsausgleichs erfolgen und im Wege der Ausübungskontrolle ein modifizierter Zugewinnausgleich zu gewähren sein, um einen Ausgleich der entgangenen Versorgungsansprüche und damit der ehebedingten Nachteile zu erreichen (Funktionsäquivalenz von Versorgungs- und Zugewinnausgleich).⁵⁹ Dieser Ausgleichsanspruch ist sowohl durch den zum Aufbau der entgangenen Versorgungsansprüche erforderlichen Betrag als auch durch die gesetzliche Höhe des (theoretischen) Zugewinnausgleichsanspruchs beschränkt.⁶⁰

Der Notar muss aufgrund der Rechtsprechung zur Funktionsäquivalenz aufklären, ob die Ehegatten voraussichtlich Versorgungsansprüche erwerben werden oder ob – insbesondere, wenn einer der Ehegatten nur selbstständig tätig ist – dies nicht zu erwarten ist. Gerade Unternehmer haben ein berechtigtes Interesse am Ausschluss (oder jedenfalls an der Modifizierung) des Zugewinnausgleichs für den Fall

der Scheidung. Es ist daher vor allem bei „Unternehmer-Ehegatten“ wichtig, auf die Gefahr eines modifizierten Zugewinnausgleichsanspruchs wegen der Funktionsäquivalenz hinzuweisen, falls es zur Ausübungskontrolle kommen sollte.⁶¹ Diesem Problem kann beispielsweise mittels der Gewährung einer entsprechenden Rentenversicherung⁶² oder einer pauschalen Ausgleichszahlung⁶³ als Gegenleistung begegnet werden. Die Vereinbarung einer solchen Kompensation kann sich auch für die Gesamtwürdigung des Ehevertrags im Rahmen der Sittenwidrigkeitsprüfung gemäß § 138 Abs. 1 BGB als wichtig erweisen und sollte daher bei „Unternehmereheverträgen“ stets überlegt werden⁶⁴, obgleich für die Nichtigkeit im Rahmen der Gesamtwürdigung freilich auch eine Imparität vorliegen müsste.

Zu bedenken ist bei diesen Konstellationen stets, dass der gesetzliche Versorgungsausgleich mitunter zulasten des benachteiligten Ehegatten, der nicht selbstständig tätig ist, gehen kann. Hier werden verschiedene Regelungen – etwa der Verzicht auf den Versorgungsausgleich mitsamt einem einseitigen Rücktrittsrecht für den Nichtunternehmer-Ehegatten – vorgeschlagen.⁶⁵

V. Fazit

Die Gestaltung von Eheverträgen ist eine Frage des Einzelfalls und kann sehr komplex sein. Rechtsprechung und Schrifttum zu dieser Thematik sind zwar kaum mehr überschaubar, jedoch gibt es einige Grundpfeiler, an denen sich der Vertragsgestalter orientieren kann. Aktuelle Tendenzen in der Rechtsprechung am Beispiel der Entscheidung des OLG Celle vom 09.03.2021 zeigen auf, wie wichtig präzise Sachverhaltsaufklärung und -dokumentation sind. Somit kann der Annahme von Vermutungen seitens der Gerichte vorgebeugt werden, was mitunter den Ausschlag dafür geben kann, dass anstelle einer Wirksamkeitskontrolle nach § 138 Abs. 1 BGB lediglich die flexible Ausübungskontrolle gemäß § 242 BGB Anwendung findet.

Da das Sittenwidrigkeitsverdict einzelner ehevertraglicher Bestimmungen nach Auffassung einiger OLGs – und wohl auch der des BGH – die Unterlegenheit (Imparität) einer Vertragspartei gerade nicht voraussetzt, muss der Vertragsgestalter auf ausgewogene und zu dem jeweiligen Ehetyt passende Regelungen achten. Insbesondere der Betreuungsunterhalt und der Versorgungsausgleich sollten aufgrund ihrer Kernbereichsnähe nur ausgeschlossen oder begrenzt werden, wenn ehebedingte Nachteile nicht absehbar sind oder diese anderweitig kompensiert werden.

Salvatorische Klauseln können zwar – wie bei der Entscheidung des OLG Celle – hilfreich sein, sofern keine Gesamtnichtigkeit des Ehevertrags aufgrund des Zusammenspiels

58 BGH, Urteil vom 17.02.2010, XII ZR 140/08, NJW 2010, 1598 Rdnr. 24; Urteil vom 31.10.2012, XII ZR 129/10, MittBayNot 2013, 240, 244.

59 Vgl. BGH, Beschluss vom 08.10.2014, XII ZB 318/11, DNotZ 2015, 131 Rdnr. 29-31; Beschluss vom 20.06.2018, XII ZB 84/17, DNotZ 2018, 835 Rdnr. 24; instruktiv hierzu *Münch*, NJW 2015, 288.

60 BGH, Beschluss vom 20.06.2018, XII ZB 84/17, DNotZ 2018, 835 Rdnr. 24.

61 So auch *Ruetten*, NZFam 2021, 591, 599.

62 *Münch*, Ehebezogene Rechtsgeschäfte, Kap. 9 Rdnr. 57.

63 Vgl. dazu *Langenfeld/Milzer*, Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen, § 46 Rdnr. 1051.

64 Würzburger Notarhandbuch/Reetz, Teil 3, Kap. 1 Rdnr. 54; *ders.*, DNotZ 2017, 809, 820 f.

65 Vgl. *Münch*, Ehebezogene Rechtsgeschäfte, Kap. 9 Rdnr. 56.

der Regelungen (Gesamtwürdigung) angenommen wird. Sie sollten jedoch nur aufgenommen werden, wenn die Aufrechterhaltung des Vertrags im Übrigen tatsächlich dem Willen der Vertragsparteien entspricht.

Eine Gesamtnichtigkeit aufgrund der Gesamtwürdigung aller im Ehevertrag enthaltenen Regelungen setzt nach allgemeiner Auffassung – der auch das OLG Celle folgt – das Vorliegen von Imparität voraus. Insofern ist es für die notarielle Praxis wichtig, neben personenbezogenen Gründen, die eine solche Unterlegenheit begründen können, auch auf ein im besonders hohen Maße ausgewogenes Beurkundungsverfahren zu achten und den Beteiligten mit hin-

reichendem Vorlauf einen Vertragsentwurf zu übersenden, der auf einem gemeinsamen Vorgespräch aufbaut.

Doch nicht nur hinsichtlich der Sittenwidrigkeitskontrolle gilt es, absehbare ehebedingte Nachteile (insbesondere aufgrund Kinderbetreuung) zu eruieren und dabei auch die Versorgungsansprüche in den Blick zu nehmen. Denn die Ausübungskontrolle gemäß § 242 BGB kann in Form der Funktionsäquivalenz ausnahmsweise einen modifizierten Zugewinnausgleich zur Folge haben, obgleich Regelungen zum Güterstand wegen der Kernbereichsferne des Zugewinnausgleichs von der Rechtsprechung grundsätzlich akzeptiert werden.

Pflichtteilsstrafklauseln und einvernehmliche Pflichtteilsgeltendmachung bei letztwilligen Verfügungen von Ehegatten

Zugleich Anmerkung zu OLG Hamm, Beschluss vom 27.01.2021, 10 W 71/20*

Von Notarassessor Dr. **Maximilian Lotz**, Rosenheim

Ausgangspunkt des nachfolgenden Beitrags ist der Beschluss des OLG Hamm vom 27.01.2021, 10 W 71/20, in dem sich das OLG Hamm mit einem dem Grunde nach „gewöhnlichen“ handschriftlichen Ehegattentestament zu befassen hatte. Das Ehegattentestament wirft jedoch zahlreiche Auslegungsfragen auf, die auch Anlass geben, den Inhalt notarieller Beratung bei Ehegattentestamenten oder Erbverträgen auf den Prüfstand zu stellen. Der Beitrag beschäftigt sich insbesondere mit Auslegungsschwierigkeiten und Folgen angeordneter Pflichtteilsstrafklauseln und die Anforderungen an die notarielle Beratung in diesem Bereich.

I. Sachverhalt des Beschlusses des OLG Hamm

Ausgangspunkt des Beschlusses des OLG Hamm¹ ist ein dem Grunde nach „gewöhnliches“ handschriftliches gemeinschaftliches Testament, in dem sich die Ehegatten zunächst gegenseitig zu Erben eingesetzt haben. Nach dem Tod des Ehemannes – ermordet durch seinen Enkelsohn – war der Ehefrau daher ein Erbschein als Alleinerbin erteilt worden.

* MittBayNot 2022, 374 (in diesem Heft).

1 Rdnr.-Angaben ohne nähere Spezifizierung sind im Folgenden solche des Beschlusses des OLG Hamm vom 27.01.2021, 10 W 71/20.

Dem Gericht lag nun die Schlusserbfolge nach dem Tod der Ehefrau mit den folgenden Besonderheiten zur Entscheidung vor:

Eine ausdrückliche Schlusserbeneinsetzung enthielt das handschriftliche Testament – wie häufig – nicht. Die Ehegatten hatten lediglich zwei Immobilien unter ihren beiden Kindern verteilt. Ergänzt wurde diese Anordnung durch folgende Pflichtteilsstrafklausel:

„(...) Sollte eines unserer Kinder diesen unseren letzten Willen nicht anerkennen, bekommt es nur seinen Pflichtteil. (...)“

Von den zwei gemeinsamen Kindern war die Tochter vor dem Schlusserbfall verstorben und hinterließ ein Kind – den Enkelsohn – sowie ihren Ehemann als Alleinerben. Dieser machte in dieser Eigenschaft den Pflichtteil nach dem erstverstorbenen Ehemann geltend, wobei strittig war, ob dies im Einvernehmen mit der Erbin erfolgte.

Nach dem Tod ihres Ehemannes errichtete die Ehefrau zudem ein weiteres notarielles Einzeltestament, in dem sie unter anderem ihren Schwiegersohn zum Alleinerben einsetzte.

In der Folge gingen nun zwei Erbscheinsanträge beim Nachlassgericht ein: Der Schwiegersohn beantragte einen Erbschein als Alleinerbe aufgrund des notariellen Einzeltestaments. Der Sohn dagegen beantragte einen Erbschein

als Alleinerbe aufgrund des gemeinschaftlichen Testaments der Ehegatten, argumentierend, dass nach dem Tod seiner Schwester der Enkelsohn aufgrund der Ermordung des erstverstorbenen Ehemannes sowie aufgrund der Geltendmachung des Pflichtteils durch seinen Vater nicht als Ersatzerbe in Betracht komme.

Das Nachlassgericht gab dem Antrag des Sohnes statt und erteilte diesem einen Erbschein, hiergegen richtete sich die Beschwerde des Schwiegersohnes, mit der sich das OLG Hamm zu befassen hatte.

II. Grundsätzliches zur angeordneten Schlusserbeneinsetzung

Nur kurz seien hier die Grundsätze skizziert, die das Gericht hier zu dem zutreffenden Ergebnis kommen lassen, dass die Verfügung der Ehegatten über einzelne Nachlassgegenstände entgegen § 2087 Abs. 2 BGB als Schlusserbeneinsetzung anzusehen war: Das Gericht geht davon aus, dass durch die Einzelanordnungen nach Vorstellung des Testierenden bei der Testamentserrichtung praktisch das gesamte Vermögen verteilt werden sollte.² Dass im Zeitpunkt der Testamentserrichtung noch weitere wesentliche Vermögensgegenstände vorhanden waren, steht dem nach zutreffender Ansicht des Gerichts nicht entgegen, wenn und weil die Ehegatten bei Testamentserrichtung davon ausgingen, dass diese beim Erbfall nicht mehr vorhanden sein würden.³

Etwas zu pauschal gelangt meines Erachtens der gerichtliche Hinweis, dass auch die angeordnete Pflichtteilsstrafklausel regelmäßig Indiz für eine Erbeinsetzung sei.⁴ Eine Pflichtteilsstrafklausel könnte ebenso im Rahmen einer Vermächtnisanordnung nur oder zumindest auch auf ein solches bezogen werden – allein die Anordnung einer solchen Strafklausele ist daher meines Erachtens nur ein sehr schwaches Indiz für eine Erbeinsetzung.⁵

III. Ersatzerbfolge bzw. Anwachsung aufgrund Wegfalls der Schlusserbin

Das Gericht hatte sodann in einem zweiten Schritt zu klären, wer anstelle der vorverstorbenen Tochter als Ersatzerbe getreten ist. Dies war nach der Anordnung der Ehegatten grundsätzlich der Enkelsohn.⁶ Dessen Erbenstellung konn-

te jedoch zum einen eine Erbenwürdigkeit (§ 2339 Abs. 1 Nr. 1 BGB), zum anderen ein Eingreifen der Pflichtteilsstrafklausel entgegenstehen.

1. Zur Erbenwürdigkeit beim gemeinschaftlichen Testament/Erbvertrag

Im Einklang mit der herrschenden Meinung verneint das Gericht neben der formell fehlenden Anfechtung des Erbschaftserwerbs (§§ 2340 ff. BGB) dabei auch die materielle Erbenwürdigkeit des Enkelsohns – die auf den Wortlaut des § 2339 Abs. 1 Nr. 1 BGB abstellende Feststellung hierzu gerät jedoch sehr knapp.⁷

Aufgrund der Vollerbenstellung der Ehefrau nach ihrem Ehemann – wovon das Gericht hier ohne nähere Begründung im Einklang mit der Zweifelsregel des § 2269 Abs. 1 BGB ausgeht – werden die Schlusserben allein Erben der längerlebenden Ehefrau – gegen diese Erblasserin richtete sich die Verfehlung des Enkelsohns aber nicht, sodass § 2339 Abs. 1 Nr. 1 BGB nach dem Wortlaut nicht einschlägig war.⁸

Dieses Ergebnis mutet zunächst merkwürdig an. Denn gestalten die Ehegatten ihre Erbfolge gemeinsam, könnte man annehmen, dass auch bei Tötung nur eines der Ehegatten die Erbfolge des Verfehlenden so insgesamt nicht gewollt sei. Auch wenn man den Normzweck des § 2339 BGB in der Verwirklichung eines hypothetischen Erblasserwillens sieht⁹, ist die enge Auslegung des § 2339 Abs. 1 BGB dennoch richtig. Die gesetzlich-typisierte Aufzählung ist zunächst von einem konkreten Erblasserwillen losgelöst – deren Anwendung sollte daher die Ausnahme bleiben. Entgegen des Grundsatzes, dass ein einmal letztwillig verfügter Wille (oder auch die Beibehaltung der gesetzlichen Erbfolge als Ausdruck der negativen Testierfreiheit) auch bei nachträglicher Veränderung der Umstände fort gilt, wenn der Erblasser nicht in Form einer (erneuten) letztwilligen Verfügung hierauf reagiert hat, muss im Falle des § 2339 BGB der an sich eingesetzte Erbe nachweisen, dass die Erbeinsetzung durch den Erblasser noch immer gewollt war (§ 2343 BGB).¹⁰ Es ist daher insbesondere vor dem Hintergrund der Testierfreiheit (Art. 14 GG) richtig, wenn der Anwendungsbereich einer solchen „Beweislastumkehr“ beschränkt bleibt, indem eine erweiternde Auslegung und analoge Anwendung des § 2339 Abs. 1 Nr. 1-4 BGB grundsätzlich abgelehnt wird.¹¹ Die Norm soll richtigerweise

2 Rdnr. 25; zu diesem Grundsatz auch MünchKomm-BGB/Rudy, 8. Aufl. 2020, § 2087 Rdnr. 8 m. w. N.

3 Rdnr. 25. Nicht ganz überzeugend ist jedoch, soweit dies auch darauf gestützt wird, dass diese anderen Gegenstände im Testament „nicht einmal erwähnt [sein]“, da dies gerade auch Wesen einer Vermächtnisanordnung wäre.

4 Rdnr. 28; für ein „starkes Indiz“ auch Firsching/Graf/Krätzschele, Nachlassrecht, 11. Aufl. 2019, § 11 Rdnr. 61.

5 Zutreffend mit einer entsprechenden Einschränkung auch OLG Karlsruhe, Beschluss vom 19.01.2016, 14 Wx 28/05, ZEV 2006, 409, 410 m. w. N.; MünchKomm-BGB/Musielak, § 2269 Rdnr. 14 m. w. N.

6 Nicht entscheidend war dabei, ob eine Vor- und Nacherbschaft hinsichtlich des Erbteils der Tochter angeordnet war, vgl. § 2102 Abs. 1 BGB.

7 Rdnr. 33.

8 Zur „Relativität“ der Erbenwürdigkeitsgründe siehe auch MünchKomm-BGB/Helms, § 2339 Rdnr. 8.

9 Siehe etwa BeckOK-BGB/Müller-Christmann, Stand: 01.05.2021, § 2339 Rdnr. 1; MünchKomm-BGB/Helms, § 2339 Rdnr. 2 m. w. N. auch zur Gegenansicht; der BGH sieht den Normzweck dagegen in einer „spezifisch erbrechtlichen Sanktion“, zuletzt BGH, Urteil vom 11.03.2015, IV ZR 400/14, NJW 2015, 1382, 1384 Rdnr. 17.

10 Zur Beweislast des Erbenwürdigen für eine Verzeihung siehe MünchKomm-BGB/Helms, § 2343 Rdnr. 1.

11 Zu diesem Grundsatz siehe etwa OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 29.10.2010, 21 U 9/10, BeckRS 2010, 28987; BeckOK-BGB/Müller-Christmann, § 2339 Rdnr. 5; krit. hierzu MünchKomm-BGB/Helms, § 2339 Rdnr. 7.

grundsätzlich nur solche Fälle aufgreifen, in denen der Erblasser auf die geänderten Umstände nicht mehr reagieren konnte.¹²

Dennoch bringt dieses Ergebnis den längerlebenden Ehegatten bei Vorliegen eines gemeinschaftlichen Testaments oder Erbvertrags in gewisse Bedrängnis: Denn auch er kann auf die Verfehlungen eines Abkömmlings gegen den Erstversterbenden im Sinne von § 2339 BGB nicht mehr reagieren, soweit die Verfügung zu dessen Gunsten – wie häufig – grundsätzlich einer Bindung unterliegt. Meines Erachtens sollte daher der Umfang einer solchen Bindung derart eingeschränkt werden, dass eine solche im Falle von Verfehlungen des Schlusserben gegenüber dem Erstversterbenden im Sinne von § 2239 Abs. 1 BGB in Bezug auf dessen Erbeinsetzung entfällt – dies dürfte regelmäßig dem hypothetischen Willen der Ehegatten entsprechen, wenn sie diesen Fall bedacht hätten. Ansonsten würde der Wille des Erstversterbenden entgegen der Wertung des § 2339 BGB insoweit „zementiert“, als zumindest Teile seines Nachlasses zwangsläufig an den Erbunwürdigen fallen müssten. Anders als im Falle einer entsprechenden Anwendung des § 2339 BGB würde mit dieser Auslegung der Grundsatz gewahrt, dass die angeordnete Schlusserbfolge so lange fort gilt, bis der längerlebende Ehegatte einen anderweitigen Willen durch letztwillige Verfügung zum Ausdruck gebracht hat.

Welche Konsequenzen sollte die notarielle Praxis hieraus ziehen? Zwar ist es Aufgabe des Notars, den Willen der Beteiligten möglichst umfassend zu verwirklichen und Zweifel zu vermeiden (§ 17 Abs. 1 BeurkG), dies kann jedoch nicht heißen, dass auch ohne entsprechende Anhaltspunkte jede in Betracht kommende Wendung Beratungsgegenstand sein muss und sollte – gerade im Hinblick auf die Tatbestände des § 2339 BGB wäre eine vorsorgliche Beratungspflicht meines Erachtens zu weitgehend. Man stelle sich nur die Reaktion der Testierenden auf die unvermittelte Frage vor: „Was soll für den Fall geregelt werden, dass eines Ihrer Kinder einen von Ihnen umbringt?“

2. Wegfall des Ersatzerben aufgrund der Pflichtteilsstrafklausel

Zutreffend geht das Gericht jedoch davon aus, dass der Enkelsohn aufgrund der angeordneten Pflichtteilsstrafklausel als Ersatzerbe ausscheidet.

a) Hintergrund und grundsätzliche Gestaltungsmöglichkeiten

Grundlage einer solchen Klausel sind regelmäßig die folgenden Vorstellungen und Wünsche der Testierenden:

- Schutz des längerlebenden Ehegatten: Der längerlebende Ehegatte soll wirtschaftlich bis zu seinem Tod hinsichtlich des gesamten beiderseitigen Vermögens abgesichert sein.¹³

¹² Siehe auch MünchKomm-BGB/Helms, § 2339 Rdnr. 10.

¹³ Rdnr. 34; auch BeckOK-BGB/Litzenburger, Stand: 01.08.2021, § 2269 Rdnr. 44; Firsching/Graf/Krätzsche, Nachlassrecht, § 11 Rdnr. 49.

Gleichzeitig sollen ihm auch die persönlichen Belastungen erspart werden, die für ihn mit einer Auseinandersetzung mit dem (angeblich) Pflichtteilsberechtigten regelmäßig verbunden wären.¹⁴

- Daneben soll durch eine solche Klausel regelmäßig eine gerechte Teilhabe gemeinsamer Abkömmlinge am beiderseitigen Nachlass (als Schlusserben) sichergestellt werden.¹⁵

Da diese Wünsche durch Pflichtteilsansprüche der Abkömmlinge nach dem Tod des erstversterbenden Ehegatten gefährdet werden, sind Gestaltungen, die eine Geltendmachung des Pflichtteils verhindern sollen, häufig Gegenstand der Beratung in erbrechtlichen Angelegenheiten.¹⁶ Zunächst seien daher kurz zwei klassische Gestaltungsmöglichkeiten hierfür in Erinnerung gerufen¹⁷:

Als „sanfteste“ Möglichkeit kann dem Längerlebenden eine Abänderungsbefugnis hinsichtlich seiner Verfügungen zumindest im Kreise der Abkömmlinge oder im Falle der Geltendmachung des Pflichtteils durch einen von ihnen eingeräumt werden, um ihm hierdurch eine Reaktionsmöglichkeit auf eine unerwünschte Geltendmachung des Pflichtteils zu ermöglichen.¹⁸

Alternative hierzu ist, wie im vorliegenden Fall angeordnet, eine automatisch wirkende Pflichtteilsstrafklausel, wonach die Schlusserbeinsetzung auflösend bedingt auf die Geltendmachung des Pflichtteils erfolgt.¹⁹ Da dem ausgeschlossenen Erben dann jedoch (auch) der Pflichtteil nach dem Tod des Längerlebenden zusteht, wird zur Verringerung dieses Pflichtteils und Gleichstellung der „braven“ Abkömmlinge eine Ergänzung durch ein erst mit dem Tod des Zweitversterbenden fälliges Vermächtnis zugunsten der übrigen Abkömmlinge in Höhe des Pflichtteils nach dem Erstversterbenden vorgeschlagen.²⁰

b) Auslegung von Pflichtteilsstrafklauseln – Wirkung eines Einvernehmens

Die hier vorliegende Pflichtteilsstrafklausel war insbesondere²¹ in zweierlei Hinsicht auslegungsbedürftig:

¹⁴ Etwa OLG Rostock, Beschluss vom 11.12.2014, 3 W 138/13, NJW-RR 2015, 776, 777, Rdnr. 16 m. w. N.

¹⁵ Rdnr. 34; auch Firsching/Graf/Krätzsche, Nachlassrecht, § 11 Rdnr. 49; BeckOK/Litzenburger, § 2269 Rdnr. 44.

¹⁶ Siehe auch Firsching/Graf/Krätzsche, Nachlassrecht, § 11 Rdnr. 49.

¹⁷ Ausführlich auch zu weiteren Gestaltungen Nieder/Kössinger/R. Kössinger, Handbuch der Testamentsgestaltung, 6. Aufl. 2020, § 14 Rdnr. 76 ff.; Worm, RNotZ 2003, 535, 550 ff.

¹⁸ Siehe Nieder/Kössinger/R. Kössinger, Handbuch der Testamentsgestaltung, § 14 Rdnr. 85 f.; § 21 Rdnr. 164.

¹⁹ Siehe Firsching/Graf/Krätzsche, Nachlassrecht, § 11 Rdnr. 49.

²⁰ Hierzu mit Formulierungsvorschlag Beck'sches Notar-Handbuch, 7. Aufl. 2019, § 17 Rdnr. 250; Firsching/Graf/Krätzsche, Nachlassrecht, § 11 Rdnr. 57; Nieder/Kössinger/R. Kössinger, Handbuch der Testamentsgestaltung, § 14 Rdnr. 77, § 21 Rdnr. 164; ausführlich auch Worm, RNotZ 2003, 535, 553 ff.

²¹ Zur weiteren Auslegung, wann die Klausel verwirkt sei, siehe Litzenburger, ZEV 2021, 574.

Nach dem Wortlaut der Klausel war nur ein Pflichtteilsverlangen durch „eines [der] Kinder“ erfasst, vorliegend hatte jedoch der Schwiegersohn als Alleinerbe der Tochter den Pflichtteil im eigenen Namen verlangt. Zu Recht gelangt das Gericht dennoch zu einer Anwendung der Pflichtteilsstrafklausel.²² Denn auch das Pflichtteilsverlangen durch den Erben eines Kindes läuft dem Zweck der Pflichtteilsstrafklausel zuwider, sodass eine Anwendung der Klausel auch in diesem Fall dem Willen der Testierenden entspricht²³ – insbesondere die wirtschaftliche Belastung des Erben hängt gerade nicht davon ab, wer das Pflichtteilsverlangen stellt.

Auch den zweiten Einwand, dass die Geltendmachung des Pflichtteils im Einvernehmen mit der längerlebenden Ehefrau erfolgt sei, lässt das Gericht vorliegend zu Recht nicht gelten.²⁴ Die Sanktion der (durch die Verwirkung der Pflichtteilsstrafklausel bedingten) Enterbung des Verlangenden²⁵ soll neben dem Schutz des längerlebenden Ehegatten auch die finanzielle Bevorzugung eines der Abkömmlinge im Rahmen der Erbfolge verhindern, die eintreten würde, wenn dieser nach dem Erstversterbenden den Pflichtteil erhielte und zudem Schlusserbe des Längerlebenden würde.²⁶ Daher wird einer solchen Klausel regelmäßig stillschweigend eine Anwachsung des frei gewordenen Erbteils bei den weiteren Abkömmlingen anstelle des Verlangenden zu entnehmen sein.²⁷ Würde man nun annehmen, dass – ohne entsprechende Anordnung der Testierenden – die Pflichtteilsstrafklausel im Falle eines Einvernehmens mit dem Längerlebenden nicht verwirkt sei, könnte dieser hierdurch über einen Teil des Nachlasses (in Höhe des Pflichtteils nach dem Erstversterbenden) durch die Erteilung eines solchen Einvernehmens verfügen, auch wenn der letztwilligen Verfügung im Übrigen keine Abänderungsbefugnis hinsichtlich der Schlusserbfolge zu entnehmen ist. Zwar entfaltet die mit der Pflichtteilsstrafklausel verbundene Enterbung nicht unmittelbar Bindungswirkung (§ 2270 Abs. 3 BGB)²⁸, die hiermit gleichzeitig verbundene (bedingte) Verfügung zugunsten der weiteren Abkömmlinge unterliegt je-

doch im Zweifel der Bindungswirkung gemäß § 2270 Abs. 2 BGB.²⁹ Eine der Anwendung dieser Zweifelsregelung entgegenstehende Auslegung der Pflichtteilsstrafklausel ist meines Erachtens ohne entsprechende Anhaltspunkte nicht anzunehmen. Zwar kann eine Benachteiligung der „braven“ Abkömmlinge zumindest teilweise auch durch eine bloße Anrechnung eines erhaltenen Pflichtteils im Rahmen der Schlusserbfolge vermieden werden.³⁰ Dafür müsste man aber eine solche Anrechnung als für den Fall einer einvernehmlichen Geltendmachung des Pflichtteils für die Schlusserbfolge konkludent angeordnet ansehen – denn die Erfüllung des Pflichtteils wird in der Regel nicht in Form einer Verfügung von Todes wegen erfolgen. Schweigt die Klausel jedoch schon über die Möglichkeit eines Einvernehmens selbst, fehlt es für eine solche Auslegung meines Erachtens bereits an der hierfür erforderlich Andeutung im Testament. Zudem steigt durch eine solche Annahme die Gefahr, dass einer oder mehrere Abkömmlinge durch die Möglichkeit eines Einvernehmens angeregt werden, hierüber mit dem längerlebenden Ehegatten „in Verhandlungen“ zu treten – damit wird auch der dargestellte (Neben-)Zweck einer solchen Klausel gefährdet, dem längerlebenden Ehegatten eine solche (persönliche) Auseinandersetzung zu ersparen.³¹

Außerdem haben trotz einer solchen Anrechnung die weiteren Abkömmlinge – und damit unter Umständen auch der sie bedenkende erstversterbende Erblasser – Interesse an der Fortgeltung der Sanktion der Enterbung, denn insbesondere die Höhe des Nachlasses kann sich zwischen erstem Erbfall und Schlusserbfall durchaus (insbesondere aufgrund Pflegekosten) erheblich ändern. Bleibt am Ende dann nur ein geringer Nachlass, kann derjenige, der „seinen Teil“ in Form des Pflichtteils bereits vorab erhalten hat, hierdurch bessergestellt sein.³²

§ 2287 BGB bietet den verbleibenden Abkömmlingen meines Erachtens ebenfalls keinen Schutz gegen eine durch einvernehmliche Pflichtteilserfüllung drohende Benachteiligung der „braven“ Abkömmlinge.³³ Denn auch wenn der Pflichtteilsanspruch freiwillig erfüllt wird, bleibt doch der gesetzliche Anspruch als Rechtsgrund bestehen

22 Rdnr. 35 ff.

23 Rdnr. 37.

24 Rdnr. 38 ff.; so auch schon OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 02.08.2010, 20 W 49/09, DNotZ 2011, 552, 554 Rdnr. 19; a. A. etwa Litzenerberger, ZEV 2021, 574 m. w. N.; MünchKomm-BGB/Musielak, § 2269 Rdnr. 65 („bedenklich“), wohl auch BayObLG, Beschluss vom 16.10.1963, BayObLGZ 1963, 271, 275.

25 Vgl. bereits den Nachweis in Fn. 19.

26 Rdnr. 40; siehe im Übrigen bereits die Nachweise in Fn. 15, 20.

27 Etwa OLG Hamm, Beschluss vom 27.11.2012, I-15 W 134/12, MittBayNot 2013, 313, 314; OLG Hamm, Beschluss vom 28.02.2013, I-10 U 71/12, DNotZ 2014, 60, 65, Rdnr. 62; Palandt/Weidlich, 80. Aufl. 2021, § 2269 Rdnr. 14a; auch BGH, Urteil vom 12.07.2006, IV ZR 298/03, MittBayNot 2007, 223 geht davon aus, dass eine bloße Anrechnung des erhaltenen Pflichtteils auf die Schlusserbfolge nur dann (stillschweigend) anzunehmen sei, wenn eine angeordnete Pflichtteilsstrafklausel nicht verwirkt werde.

28 So Beck'sches Notar-Handbuch/Dietz, § 17 Rdnr. 250.

29 Siehe Palandt/Weidlich, § 2269 Rdnr. 14a; Nieder/Kössinger/R. Kössinger, Handbuch der Testamentsgestaltung, § 14 Rdnr. 81; für eine Auslegung im Einzelfall Reimann/Bengel/Dietz/J. Mayer/Sammet, § 2269 Rdnr. 116; gegen eine Bindungswirkung wohl Litzenerberger, ZEV 2021, 574, 575.

30 Siehe hierzu insbesondere BGH, Urteil vom 12.07.2006, IV ZR 298/03, MittBayNot 2007, 223; Palandt/Weidlich, § 2269 Rdnr. 12; siehe auch Reimann/Bengel/Dietz/J. Mayer/Sammet, Testament und Erbvertrag, 7. Aufl. 2020, § 2269 Rdnr. 121 ff. zur Auslegung bei Fehlen einer Pflichtteilsstrafklausel.

31 Siehe hierzu bereits den Nachweis in Fn. 14.

32 Vgl. zu den wirtschaftlichen Vorteilen einer „frühzeitigen“ Pflichtteilserfüllung auch Reimann/Bengel/Dietz/Hammann, Testament und Erbvertrag, Syst. A Rdnr. 692 f.

33 So aber Litzenerberger, ZEV 2021, 574, 575; BeckOK-BGB/Litzenerberger, § 2269 Rdnr. 50.

– eine subjektive Einigung über die Unentgeltlichkeit³⁴ wird in aller Regel gerade nicht gewollt sein, da der Längerlebende insbesondere an der Erfüllungswirkung hinsichtlich des Pflichtteils Interesse hat und auch erbschaftsteuerlich häufig eine „Zuwendung“ im Sinne von § 3 Abs. 1 Nr. 1 Var. 3 ErbStG seitens des Erstverstorbenen gewollt sein wird. Eine Schenkung im Sinne von § 2287 BGB seitens des längerlebenden Ehegatten liegt daher in aller Regel gerade nicht vor.³⁵

Die im Zweifel anzunehmende Bindung des längerlebenden Ehegatten steht meines Erachtens daher der grundsätzlichen Annahme entgegen, der Längerlebende könne das Eingreifen der Pflichtteilsstrafklausel durch sein Einvernehmen verhindern.

c) Schlusserbfolge im Falle zugelassener einvernehmlicher Geltendmachung des Pflichtteils

Im Falle der Verwirkung der Pflichtteilsstrafklausel ist somit in der Regel von einer Anwachsung des frei werdenden Erbteils bei den „braven“ Abkömmlingen auszugehen. Wie würde sich aber die Schlusserbfolge darstellen, wenn die Pflichtteilsstrafklausel eine einvernehmliche Erfüllung des Pflichtteils (ausdrücklich) zulässt, sodass die Pflichtteilsstrafklausel in diesem Fall gerade nicht verwirkt ist?

Die Rechtsfolgen einer solchen einvernehmlichen Pflichtteilsgeltendmachung auf die Schlusserbfolge sind in bestehenden Formulierungsvorschlägen für Pflichtteilsstrafklauseln, auch soweit diese eine einvernehmliche Geltendmachung zulassen, häufig nicht geregelt³⁶ – diese sollten jedoch in der notariellen Beratung testierender Ehegatten nicht gänzlich außen vor bleiben.

Denn jedem Pflichtteilsberechtigten droht in diesem Fall die Gefahr, dass der längerlebende Ehegatte sein Einvernehmen nur gegenüber einem von mehreren Pflichtteilsberechtigten erteilt – wie zuvor gezeigt wurde, kann bereits dies zu einer Schlechterstellung der weiteren Abkömmlinge führen. Zwar ist die Gefahr einer hierdurch verursachten wirtschaftlichen Ungleichbehandlung durch Entwertung des „verbleibenden Erbes“ dann hinzunehmen, wenn die Testierenden dies durch die Möglichkeit der einvernehmlichen Pflichtteilsgeltendmachung angelegt haben. Fehlen anderweitige Anhaltspunkte, ist meines Erachtens aber davon auszugehen, dass die Testierenden zwar eine solche

vorzeitige Pflichtteilserfüllung (sei es aus persönlichen oder steuerlichen Gründen) ermöglichen wollten, an der grundsätzlich rechtlich gleichberechtigten Teilhabe aller Abkömmlinge jedoch nichts ändern wollten.

Wenn daher in Rechtsprechung und Literatur davon ausgegangen wird, dass einer letztwilligen Verfügung in gewissen Konstellationen bereits bei Fehlen einer Pflichtteilsstrafklausel eine Anrechnung eines nach dem Erstverstorbenen erhaltenen Pflichtteils auf den Erbteil nach dem längerlebenden Ehegatten entnommen werden kann,³⁷ um eine Benachteiligung der weiteren Abkömmlinge zu verhindern, so ist dies meines Erachtens erst recht anzunehmen, wenn der längerlebende Ehegatte durch Erteilung seines Einvernehmens über die „Nichtverwirkung“ einer angeordneten Pflichtteilsstrafklausel verfügt. Denn hier hängen die weiteren Abkömmlinge in deutlich größerem Maße vom Wohlwollen des längerlebenden Ehegatten ab. Während diese eine Schlechterstellung bei Fehlen einer Pflichtteilsstrafklausel rechtlich dadurch verhindern könnten, dass sie ebenfalls den Pflichtteil nach dem Erstverstorbenen geltend machen (auch wenn dies persönlich oft nicht gewollt sein kann), steht ihnen dieser Weg im Falle einer angeordneten Pflichtteilsstrafklausel nur dann offen, wenn der längerlebende Ehegatte auch ihnen gegenüber das Einvernehmen erteilt. Daher wird in diesem Fall ebenfalls regelmäßig eine Anrechnung des erhaltenen Erbteils auf die Schlusserbfolge gewollt sein – diese konstruktiv als Vorausvermächtnis auszugestaltende Verfügung³⁸ zugunsten weiterer Abkömmlinge entfaltet sodann ebenfalls im Zweifel Bindungswirkung gemäß § 2270 Abs. 2 BGB.

Freilich steht es auch hier den Testierenden offen, die Rechtsfolgen einer einvernehmlichen Geltendmachung des Pflichtteils abweichend zu regeln, insbesondere eine hiermit vom Willen des längerlebenden Ehegatten abhängige Besserstellung eines Abkömmlings zu gestatten, indem die Schlusserbfolge hiervon ausdrücklich unberührt bleibt oder aber dem längerlebenden Ehegatten zumindest für diesen Fall weitergehende Abänderungsbefugnisse einzuräumen.

d) Konsequenzen für die notarielle Gestaltungspraxis

Für die notarielle Gestaltungspraxis ergeben sich hieraus folgende Konsequenzen:

Äußern Ehegatten im Rahmen einer erbrechtlichen Beratung den Wunsch nach Vermeidung der Geltendmachung des Pflichtteils, sind die möglichen Gestaltungen abzuwägen – gerade der „Automatismus“, den eine echte Pflichtteilsstrafklausel bewirkt, spricht meines Erachtens häufig dafür, die Problematik über die Gestaltung einer Abänderungsbefugnis hinsichtlich der Schlusserbfolge zu erfassen.³⁹

34 Zu diesem Erfordernis siehe Palandt/*Weidlich*, § 2287 Rdnr. 4; Reimann/Bengel/Dietz/*J. Mayer/Roehl*, Testament und Erbvertrag, § 2287 Rdnr. 17.

35 Überdies geht die h. M. davon aus, dass auch eine unentgeltliche Zuwendung dann keine Beeinträchtigung im Sinne von § 2287 BGB darstellt, soweit die Schenkung zur Deckung des Pflichtteils des Beschenkten geeignet ist, vgl. etwa BGH, Urteil vom 28.09.1983, Via ZR 168/82, NJW 1984, 121, 122; BeckOK-BGB/*Litzenburger*, § 2287 Rdnr. 10; Reimann/Bengel/Dietz/*J. Mayer/Roehl*, Testament und Erbvertrag, § 2287 Rdnr. 41.

36 Vgl. etwa Beck'sches Formularbuch Erbrecht, 4. Aufl. 2019, C. VI.5; Nieder/Kössinger/*R. Kössinger*, Handbuch der Testamentsgestaltung, § 14 Rdnr. 79; Reimann/Bengel/Dietz/*Hammann*, Testament und Erbvertrag, Syst. A Rdnr. 697.

37 Siehe hierzu bereits die Nachweise in Fn. 30.

38 Vgl. etwa Reimann/Bengel/Dietz/*Hammann*, Testament und Erbvertrag, Syst. A Rdnr. 692.

39 Diese als vorzugswürdig bezeichnend auch Nieder/Kössinger/*R. Kössinger*, Handbuch der Testamentsgestaltung, § 14 Rdnr. 85.

Wird „dennoch“ eine Pflichtteilsstrafklausel gewünscht, sollte die Klausel – selbstverständlich – möglichst keine Zweifel bei der Auslegung lassen. Daher sollte insbesondere klargelegt werden, welche Wirkungen ein Einvernehmen des längerlebenden Ehegatten haben soll. Hierbei sind unter Umständen zu erzielende steuerliche Vorteile mit einer möglicherweise gewünschten starken Bindung des längerlebenden Ehegatten abzuwägen – die Entscheidung ist hier daher stets im Einzelfall zu treffen.

Schließlich sollten auch die Auswirkungen der Pflichtteilsstrafklausel auf die Schlusserbfolge ausdrücklich geregelt werden.

- Dies gilt zum einen für die in der Regel gewollte Anwachsung des frei werdenden Erbteils bei den anderen Abkömmlingen im Falle der Verwirkung der Pflichtteilsstrafklausel.
- Zum anderen sollte aber, wie gezeigt, auch geregelt werden, wie sich eine Pflichtteilserfüllung im Einvernehmen mit dem längerlebenden Ehegatten auf die Schlusserbfolge auswirkt, wenn diese nach der gewählten Gestaltung gerade nicht zu einer Verwirkung der Strafklausele führt. Auch hierbei ist insbesondere abzuwägen, welche Freiheiten der längerlebende Ehegatte bei der Verteilung des Nachlasses unter den Abkömmlingen haben soll. Wünschen die Ehegatten eine möglichst bindende Verteilung, wird in der Regel eine Anrechnung des erhaltenen Pflichtteils auf den Erbteil nach dem Letztversterbenden zu empfehlen sein. Andererseits können dem längerlebenden Ehegatten auch größere Freiheiten eingeräumt werden, indem ihm für diesen Fall eine (ggf. beschränkte) Abänderungsbefugnis eingeräumt wird, die ihm letztlich auch die Bevorzugung einzelner Abkömmlinge ermöglicht. Je mehr Freiheiten die Testierenden dem längerlebenden Ehegatten hierbei lassen möchten, desto mehr spricht jedoch meines Erachtens dafür, die gesamte Pflichtteilsproblematik nicht über eine automatisch wirkende Pflichtteilsstrafklausel, sondern über eine entsprechend ausgestaltete Abänderungsbefugnis des längerlebenden Ehegatten zu erfassen.

IV. Widerruf durch Testament

Als Letztes hatte sich das Gericht mit der Frage zu befassen, welche Wirkungen das nach dem Tod des Ehemannes verfasste Einzeltestament der Ehefrau hatte.⁴⁰

Im Ergebnis geht das Gericht zutreffend davon aus, dass das spätere Testament aufgrund der Bindungswirkung der

⁴⁰ Die Frage der Testierfähigkeit, die hier ebenfalls streitig war, konnte das Gericht offenlassen.

Schlusserbeneinsetzung im gemeinschaftlichen Testament gemäß § 2270 Abs. 2 BGB unwirksam ist. In der Herleitung arbeitet das Gericht jedoch etwas ungenau: Die Anwachsung des durch Geltendmachung des Pflichtteils frei gewordenen Erbteils beim gemeinsamen Sohn der Ehegatten wird auf § 2094 BGB gestützt.⁴¹ Auf dieser Grundlage hätte sich das Gericht damit auseinandersetzen müssen, ob sich die Wechselbezüglichkeit letztwilliger Verfügungen auch auf eine kraft Gesetzes eintretende Anwachsung erstrecken kann; dies wurde jüngst vom OLG München mit guten Gründen infrage gestellt.⁴²

Das gewonnene Ergebnis ist – auch ohne Eingehen auf diese Frage – jedoch deshalb richtig, da sich die Anwachsung hier im Wege der (vorrangigen) Auslegung des Testaments aus der Pflichtteilsstrafklausel ergibt (siehe oben) und diese letztwillige Verfügung im Zweifel Bindungswirkung gemäß § 2270 Abs. 2 BGB entfaltet.

V. Notarielle Beratung getrenntlebender Ehegatten

Zuletzt sei noch kurz Folgendes erwähnt: Die Ehegatten lebten im zugrunde liegenden Sachverhalt zum Zeitpunkt des ersten Erbfalls schon längere Zeit getrennt, ohne dass jedoch ein Scheidungsantrag gestellt war. Das gemeinschaftliche Testament behielt daher uneingeschränkte Gültigkeit (vgl. § 2268 Abs. 1, § 2077 BGB) – das Gericht musste hierauf daher nicht eingehen.

Sofern der Gegenstand einer notariellen Beratung hierzu Anlass bietet, ist es jedoch empfehlenswert, einem getrennt lebenden Ehegatten aufzuzeigen, welche rechtlichen Rahmenbedingungen trotz Trennung ohne Scheidung fortbestehen. Relevant werden kann hier insbesondere das Fortbestehen des Zugewinnausgleichs,⁴³ die Fortgeltung von § 1365 BGB; ein rechtlich fortbestehender Anspruch auf Trennungsunterhalt (§ 1361 BGB) oder eben die bereits angesprochene Fortgeltung einer gemeinsamen letztwilligen Verfügung. All dies dürfte Ehegatten, die bereits seit einigen Jahren getrennt leben, in der Regel nicht bewusst sein, so dass sich ein entsprechender Hinweis in gewissen Situationen anbietet.

⁴¹ Rdnr. 30.

⁴² OLG München, Beschluss vom 05.11.2020, 31 Wx 415/17, MittBayNot 2021, 377 Rdnr. 11 ff., m. zust. Anm. Braun, MittBayNot 2021, 379 f.; eine Bindungswirkung bejahend OLG Nürnberg, Beschluss vom 24.04.2017, 1 W 642/17, DNotZ 2018, 148, 150 f., Rdnr. 21 ff.

⁴³ Siehe nur zum Lottogewinn BGH, Beschluss vom 16.10.2013, XII ZB 277/12, DNotZ 2014, 284.

Praxisupdate WEG

Von Notar Dr. **Felix Wobst**, Gerolzhofen

Auch wenn es aufgrund der WEG-Reform zu keinen größeren Verwerfungen für die notarielle Praxis gekommen ist, stellt sich doch so manch neue Frage. Dieses Praxisupdate geht zunächst einigen Praxisproblemen rund um den Aufteilungsplan (unten I.) und die Bewilligungsbefugnis des Verwalters im Grundbuchverfahren (unten II.) nach. Anschließend werden die spezifischen Gestaltungsbedürfnisse verwalterloser Gemeinschaften nach der Reform untersucht (unten III.). Berichtenswerte Entscheidungen sind zum Sondernutzungsrecht (unten IV.) und zum Nachweis von Umlaufbeschlüssen in Grundbuchverfahren (unten V.) ergangen. Der Beitrag schließt mit einem Blick auf Rechtsentwicklungen jenseits des WEMoG: das Umwandlungsverbot nach § 250 BauGB (unten VI.) und die Zertifizierter-Verwalter-Prüfungsverordnung (VII.).

I. Fragen rund um den Aufteilungsplan und die Abgeschlossenheitsbescheinigung

Das WEMoG hat die Möglichkeit geschaffen, Sondereigentum auch an Stellplätzen und Freiflächen zu begründen (vgl. § 3 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 WEG).¹ Daran anknüpfend ist im Juli 2021 die Neufassung der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift für die Ausstellung von Bescheinigungen nach dem Wohnungseigentumsgesetz (AVA)² in Kraft getreten.³ Aus der Praxis ist zu vernehmen, dass die zuständigen Baubehörden mitunter noch Probleme haben, die neuen Vorgaben korrekt umzusetzen. Ohne Anspruch auf Vollständigkeit und systematische Stringenz werden im Folgenden einige praxisrelevante Einzelfragen beleuchtet:

1. Welchen Maßstab müssen die Pläne haben?

Bislang waren die Pläne zwingend im Maßstab 1:100 einzureichen (Nr. 2 AVA a. F.). Die neue AVA gibt dagegen keinen bestimmten Maßstab mehr vor. Nach der amtlichen Begründung ist jeder Maßstab zulässig, der eine angemessene Lesbarkeit sicherstellt.⁴ Es müssen auch nicht zwingend alle Planseiten denselben Maßstab verwenden. Der verwendete Maßstab muss nicht einmal angegeben werden, denn für die zu prüfende Abgeschlossenheit spielt er schlicht keine Rolle.

Bei der Wahl des Maßstabs ist jedoch zu bedenken, dass die einzelnen Planseiten das Format DIN A3 nicht mehr übersteigen dürfen (§ 3 Abs. 3 Satz 2 AVA). Das bedeutet

letztlich: Je größer der Bau, desto kleiner der Maßstab. Auch wenn es der Übersichtlichkeit nicht zuträglich ist, wird man bei sehr großen Anlagen gezwungen sein, die Darstellung eines Geschoßes auf mehrere Planseiten zu verteilen, um den Maßstab nicht allzu sehr verkleinern zu müssen.

2. Was muss bemaßt werden?

Nach der Logik des § 3 Abs. 3 WEG sind Maßangaben das Substitut für die Abgeschlossenheit, die es bei Stellplätze und Freiflächen im Sondereigentum naturgemäß nicht geben kann. Maßangaben verlangt die Vorschrift folglich nur dort, wo tatsächlich Sondereigentum an Stellplätzen und Freiflächen entstehen soll (§ 3 Abs. 3 Alt. 2 WEG, § 4 Abs. 1 Nr. 2 AVA). Bleiben derartige Flächen im Gemeinschaftseigentum, müssen sie nicht mit Maßangaben versehen werden; das gilt auch dann, wenn Sondernutzungsrechte begründet werden. Erst recht müssen die Räume von Wohnungen- und Nicht-Wohneinheiten nicht bemaßt sein; erforderlich aber auch ausreichend ist, dass sie abgeschlossen sind (§ 3 Abs. 3 Alt. 1 WEG).

Begriffliche Probleme werfen Einzelgaragen auf. Denn sie sind zugleich „Stellplatz“ und „sonstiger Raum“. Nach dem Wortlaut des § 3 Abs. 3 WEG müssten sie nicht nur in sich abgeschlossen (Alt. 1) sondern auch bemaßt sein (Alt. 2). Jedoch stehen die beiden Alternativen des § 3 Abs. 3 WEG in einem Stufenverhältnis: Maßangaben braucht es nur dort, wo es an der Abgeschlossenheit fehlt.⁵ Für Einzelgaragen, die naturgemäß in sich abgeschlossen sind, genügt deshalb weiterhin die unbemaßte Darstellung.⁶ Wer dies anders sehen würde, erhöht die Anforderungen an die planerische Darstellung von Einzelgaragen gegenüber dem alten Recht ohne sachlichen Grund. Selbst für Doppel- oder Dreifachgaragen sind Maßangaben entbehrlich, wenn alle Stellplätze Gegenstand einer einzigen Sondereigentumseinheit sind. Soll dagegen jeder Stellplatz einer separaten Sondereigentumseinheit zugewiesen werden, braucht es Maßangaben.

3. Welches Format müssen die Planseiten haben?

Anders als früher dürfen die einzelnen Planseiten das Format DIN A3 (29,7 x 42,0 cm) nicht mehr übersteigen (§ 3 Abs. 3 Satz 2 AVA).⁷ Liegt eine Abgeschlossenheitsbescheinigung der Baubehörde mit größeren Planseiten vor, ist das für das weitere Verfahren gleichwohl unschädlich: Die Ab-

1 Eingehend dazu *Wobst*, MittBayNot 2021, 1, 1 ff.

2 BAnz AT 12.07.2021 B2.

3 Eingehend dazu *Wobst*, DNotZ 2021, 582, 582 ff.

4 BR-Drucks. 312/21, S. 8.

5 Vgl. BT-Drucks. 19/18791, S. 39.

6 Ebenso BeckOGK-WEG/M. Müller, Stand: 01.03.2022, § 3 Rdnr. 128.

7 Zum zweifelhaften Zweck dieser Vorschrift *Wobst*, MittBayNot 2021, 332, 333.

geschlossenheitsbescheinigung darf vom Grundbuchamt nicht alleine wegen des falschen Formats zurückgewiesen werden. Für das Grundbuchamt ist allein das materielle Recht maßgeblich, das in § 7 Abs. 4 WEG keine Vorgaben für das Format macht. Die AVA als Verwaltungsvorschrift mit ihrer DIN-A3-Grenze bindet nur die Baubehörden, ohne dass ein Verstoß dagegen die Unwirksamkeit der Bescheinigung zur Folge hätte.

4. Inwieweit ist die Einordnung als Wohnung bzw. Nicht-Wohneinheit relevant?

Die alte AVA ordnete an, dass eine Wohnung „die Führung eines Haushaltes ermöglichen“ muss und deshalb „stets [über] eine Küche oder ein[en] Raum mit Kochgelegenheit sowie Wasserversorgung, Ausguss und WC“ zu verfügen hat (vgl. Nr. 4 AVA a. F.). Die Mindestausstattung einer Wohnung hat freilich mit der zu bescheinigenden Abgeschlossenheit nichts zu tun, sondern ist eine bauordnungsrechtliche Vorgabe (vgl. etwa für Bayern: Art. 46 BayBO). Der sachwidrigen Verquickung von Sachen- und Bauordnungsrecht durch die alte AVA ist der Gemeinsame Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes schon 1992 entgegengetreten.⁸ In der baubehördlichen Praxis erntete dieser Entscheidung jedoch nicht die notwendige Aufmerksamkeit.

Knapp 30 Jahre später stellt die neue AVA deshalb in § 4 Abs. 2 ausdrücklich klar:

„Die Abgeschlossenheitsbescheinigung ist ungeachtet bauordnungsrechtlicher Vorschriften zu erteilen.“

Folgerichtig enthält die neue AVA auch keine Definition des Wohnungsbegriffs mehr. Der Unterschied zwischen „Wohnungen“ und „nicht zu Wohnzwecken dienenden Räumen“ liegt wohnungseigentumsrechtlich einzig in der Zweckbestimmung der Räume: Wohnung ist, wo nach der Gemeinschaftsordnung gewohnt werden darf.⁹

Das hat Konsequenzen auf mehreren Ebenen:

- Schon bei der Antragstellung für die Abgeschlossenheitsbescheinigung muss – entgegen vieler noch immer verwendeter Formulare der Baubehörden – nicht angegeben werden, ob es sich um Wohnungen oder Nicht-Wohneinheiten handelt. Die Widmung als Wohnung oder Nicht-Wohneinheit erfolgt vielmehr erst mit Eintragung der Gemeinschaftsordnung im Grundbuch, also zeitlich nach Erteilung der Abgeschlossenheitsbescheinigung.
- Der Aufteilungsplan muss keine Raumbezeichnungen enthalten. Ob etwa eine „Küche“ oder ein „WC“ vorhanden ist, darf die Baubehörde nicht zu prüfen.
- Auch die Muster-Abgeschlossenheitsbescheinigung in der Anlage zur neuen AVA unterscheidet nicht mehr zwischen Wohnungen und Nicht-Wohneinheiten.

8 Gemeinsamer Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes, Beschluss vom 30.06.1992, GmS-OGB 1/91, MittBayNot 1992, 387.

9 Vgl. BGH, Urteil vom 27.10.2017, V ZR 193/16, ZWE 2018, 28 Rdnr. 6; Hügel/Elzer, WEG, 3. Aufl. 2021, § 1 Rdnr. 22 m. w. N.

- Die Emanzipation der Abgeschlossenheitsbescheinigung vom Bauordnungsrecht vereinfacht schließlich auch „Umwandlungsfälle“: Früher verlangte die herrschende Meinung eine neue Abgeschlossenheitsbescheinigung, wenn eine Teileigentumseinheit in eine Wohnung „umgewandelt“ wurde; die Baubehörde sollte prüfen, ob die Mindestausstattung für Wohnungen gegeben ist.¹⁰ Das ist nun hinfällig.¹¹ Die „Umwandlung“ einer Teileigentumseinheit in eine Wohnung ist eine schlichte Änderung der vereinbarten Zweckbestimmung. Wie bei jeder Vereinbarung genügen die Bewilligungen der Wohnungseigentümer.

II. Bewilligungsbefugnis des Verwalters

Kurz nach Inkrafttreten des WEMoG entschied das OLG Nürnberg überraschend, dass der Verwalter die Eintragung einer Dienstbarkeit am Gemeinschaftseigentum bewilligen könne.¹² Für die Praxis wäre das verlockend, scheitert die Bestellung von Dienstbarkeiten an WEG-Grundstücken doch häufig daran, dass einzelne Wohnungseigentümer ihre Mitwirkung verweigern. Leider widerspricht die Entscheidung jedoch geltendem Recht: Nach dem WEMoG hat der Verwalter zwar weitgehend unbeschränkte Vertretungsmacht für die rechtsfähige Gemeinschaft der Wohnungseigentümer (vgl. § 9b Abs. 1 Satz 1 WEG). Für die Bestellung von Dienstbarkeiten am Gemeinschaftseigentum genügt das aber nicht. Denn Eigentümer des Gemeinschaftseigentums sind die einzelnen Wohnungseigentümer, nicht die rechtsfähige Gemeinschaft der Wohnungseigentümer; folglich sind auch nur die Wohnungseigentümer bewilligungsbefugt. Eine Vertretungsmacht des Verwalters für die einzelnen Wohnungseigentümer kennt das WEG nicht. Die Entscheidung ist deshalb durchweg und zu Recht auf Kritik gestoßen.¹³ Diese Kritik ist auch vom OLG Nürnberg wahrgenommen worden. Dem Vernehmen nach hat das Gericht gegenüber den Grundbuchämtern in seinem Zuständigkeitsbereich angekündigt, an der Entscheidung nicht festhalten zu wollen.

Vorsicht ist geboten, soweit in der Zwischenzeit aufgrund der vom OLG Nürnberg aufgestellten Grundsätze Rechte im Grundbuch eingetragen wurden. Denn diese Rechte sind materiellrechtlich nie entstanden. Nach § 10 Abs. 1 Satz 1 WEG, § 747 Satz 2 BGB können die Wohnungseigentümer über das gemeinschaftliche Eigentum im Ganzen nur gemeinschaftlich verfügen.¹⁴ Die Bestellung eines beschränkt dinglichen Rechts bedarf deshalb auch materiellrechtlich der Mitwirkung aller Wohnungseigentümer.

10 Etwa KG, Beschluss vom 23.04.2013, 1 W 343/12, ZWE 2013, 322, 322.

11 So auch Jennißen/Zimmer, WEG, 7. Aufl. 2021, § 1 Rdnr. 25; a. A. BeckOGK-WEG/M. Müller, § 1 Rdnr. 176.

12 OLG Nürnberg, Beschluss vom 12.07.2021, 15 W 2283/21, MittBayNot 2022, 145.

13 Vgl. die abl. Anm. *Forschner*, Rpfleger 2022, 66; *Koch*, RNotZ 2022, 71; *Meier*, MittBayNot 2022, 147; *Wilsch*, FGPrax 2021, 204; *Wobst*, ZWE 2022, 45.

14 BGH, Urteil vom 12.04.2013, V ZR 103/12, ZWE 2013, 330 Rdnr. 10.

III. Verwalterlose Gemeinschaft

Seit der WEG-Reform obliegt die Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums allein der rechtsfähigen Gemeinschaft der Wohnungseigentümer (§ 18 Abs. 1 WEG). Das ist zwar nicht grundlegend neu, schon nach altem Recht war sie etwa Gläubigerin des Hausgeldanspruchs.¹⁵ Nun rückt die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer aber konsequent ins Zentrum der Rechtsbeziehungen.¹⁶ Sie ist insbesondere ausschließlich zuständig, Störungen des Gemeinschaftseigentums abzuwehren (vgl. § 9a Abs. 2 WEG i. V. m. § 1004 BGB) und die Gemeinschaftsordnung durchzusetzen.¹⁷ Allein handlungsfähig ist jeder Wohnungseigentümer nur noch, soweit sein Sondereigentum betroffen ist (vgl. § 14 Abs. 2 WEG). Insgesamt ist die Bedeutung der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer damit gewachsen.

In der Regel ist es der Verwalter, der der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer als Vertretungsorgan Handlungsfähigkeit verleiht. Gleichwohl ist der Verwalter – auch nach dem WEMoG – kein zwingendes Organ der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer. Anders als im sonstigen Verbandsrecht können im Rahmen des WEG nach wie vor Rechtsträger ohne das dazugehörige Geschäftsführungs- und Vertretungsorgan geschaffen werden. Dieses Privileg soll Wohnungseigentümern, die sich selbst organisieren möchten, unnötigen Aufwand und Kosten ersparen. Nach der gesetzlichen Konzeption endet dieses Privileg aber dort, wo die Selbstorganisation an rechtliche oder tatsächliche Grenzen stößt. Denn das WEG bezweckt nicht, die Verwalterlosigkeit auch in Problem- und Konfliktsituationen sicherzustellen.¹⁸ Die gesetzlichen Sondervorschriften für verwalterlose Gemeinschaften sind vielmehr dünn gesät (vgl. § 9b Abs. 1 Satz 2, § 24 Abs. 3 und 8 Satz 2 WEG). Das Gesetz sieht den Ausweg aus problematischen Situationen in der Bestellung eines Verwalters, die jeder Wohnungseigentümer verlangen kann und die er im Wege der Beschlussersetzungsklage nach § 44 Abs. 1 Satz 2 WEG auch effizient durchsetzen kann.¹⁹

Aus notarieller Sicht bleibt freilich die Frage, ob und inwieweit spezifische Regelungen in der Gemeinschaftsordnung zur Funktionsfähigkeit verwalterloser Gemeinschaften beitragen können.

1. Vertretungsmacht

In der Literatur kontrovers diskutiert wird die Vertretung der verwalterlosen Gemeinschaft der Wohnungseigentümer bei Binnenstreitigkeiten. Wenn etwa ein Wohnungseigentümer einen Beschluss anfecht, stellt sich die Frage, wer die zu

beklagende Gemeinschaft der Wohnungseigentümer (vgl. § 44 Abs. 2 Satz 1 WEG) im Prozess vertritt. Nach § 9b Abs. 1 Satz 2 WEG wären dies eigentlich alle Wohnungseigentümer gemeinschaftlich. Problematisch ist jedoch, dass der Kläger analog § 181 BGB gehindert ist, an der Vertretung mitzuwirken.²⁰ Verbreitet wird angenommen, die übrigen Wohnungseigentümer seien deshalb auch ohne den Kläger vertretungsberechtigt; ihnen soll gewissermaßen die Gesamtvertretungsmacht des verhinderten Wohnungseigentümers anwachsen.²¹ Dogmatisch und auch vom praktischen Ergebnis überzeugender ist es, die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer bis zur Bestellung eines Verwalters als prozessunfähig anzusehen; in dringenden Fällen ist ihr nach § 57 Abs. 1 ZPO ein Prozesspfleger zu bestellen.²²

Die notarielle Praxis kann dem Ausgang dieser Diskussion gelassen entgegenblicken. Denn vom Gesetz abweichende Vertretungsregelungen in der Gemeinschaftsordnung sind ohnehin nicht möglich.²³ Über die Begründung kann man streiten: § 9b Abs. 1 Satz 3 WEG verbietet ausdrücklich jedwede „Beschränkung“ der gesetzlichen Vertretungsmacht, was aufgrund der systematischen Stellung auch für die Gesamtvertretung in der verwalterlosen Gemeinschaft nach § 9b Abs. 1 Satz 2 WEG gilt.²⁴ Auch wenn man die Anordnung einer Einzelvertretung oder einer unechten Gesamtvertretung nicht als „Beschränkung“ auffassen würde, müsste eine Modifikation der organschaftlichen Vertretungsmacht schon im Interesse des Verkehrsschutzes ausscheiden. Denn § 9b Abs. 1 Satz 2 WEG sieht – anders als etwa § 125 Abs. 2 Satz 1 HGB, § 78 Abs. 2 Satz 1 AktG oder § 35 Abs. 2 Satz 1 GmbHG – derartige Modifikationen gerade nicht vor. Das ist nachvollziehbar, weil es im Wohnungseigentumsrecht an einem dem Handelsregister vergleichbaren Publizitätsträger fehlt.

2. Finanzwesen

Nach dem gesetzlichen System laufen alle Zahlungsströme über die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer: Sie zieht das Hausgeld bei den Wohnungseigentümern ein (in den Worten des § 28 Abs. 1 Satz 1 WEG: „Vorschüsse zur Kostentragung und zu den [...] Rücklagen“) und bezahlt davon die laufenden Kosten. Nach Ablauf eines Jahres beschließen die Wohnungseigentümer über etwaige Nachschüsse, die ebenso an die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer zu bezahlen sind.

15 BGH, Urteil vom 10.02.2017, V ZR 166/16, ZWE 2017, 360 Rdnr. 7.

16 Vertiefend dazu *Wobst*, ZWE 2021, 17 sowie im Überblick *Wobst*, MittBayNot 2021, 1, 7.

17 BGH, Urteil vom 28.01.2022, V ZR 86/21, BeckRS 2022, 5732 Rdnr. 21.

18 *Lehmann-Richter*, ZWE 2022, 61, 67.

19 Eingehend zum prozessualen Vorgehen *Lehmann-Richter*, ZWE 2022, 61, 65 ff.

20 Zur entsprechenden Anwendung des § 181 BGB im Prozessrecht etwa MünchKomm-BGB/*Schubert*, 9. Aufl. 2021, § 181 Rdnr. 21.

21 LG Frankfurt a. M., Urteil vom 15.07.2021, 2-13 S 5/21, ZWE 2021, 467 Rdnr. 20; *Hügel/Elzer*, WEG, § 44 Rdnr. 39 nennen dies „kupierte Gesamtvertretung“; *Zscheschack*, ZMR 2021, 367, 371; *Hügel/M. Müller*, Wohnungseigentum, 5. Aufl. 2021, § 17 Rdnr. 24.

22 *Lehmann-Richter/Wobst*, NJW 2021, 662, 665 f.; *Skauradzun*, ZMR 2020, 905, 910.

23 So auch BeckOK-WEG/*Leidner*, Stand: 01.12.2021, § 9b Rdnr. 9.

24 *Grüneberg/Wicke*, 81. Aufl. 2022, § 9b WEG, Rdnr. 3.

In vielen Kleingemeinschaften wird dieses gesetzlich vorgegebene System nicht gelebt. Stattdessen tätigen einzelne Wohnungseigentümer ihnen erforderlich erscheinende Aufwendungen selbst und versuchen anschließend, bei den übrigen Wohnungseigentümern Regress zu nehmen. Der BGH hat dem bereits im Jahr 2018 eine Absage erteilt: Weil der einzelne Wohnungseigentümer – wenn überhaupt – für die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer tätig wird, kann er nur von ihr Regress verlangen.²⁵ Auch Haftungsansprüche nach § 9a Abs. 4 WEG unmittelbar gegenüber den anderen Wohnungseigentümern bestehen nicht.²⁶ Durch das WEMoG hat sich an dieser Rechtslage nichts geändert. Vergangenes Jahr stellte der BGH sogar ausdrücklich klar, dass diese Grundsätze auch „in einer (zerstrittenen) Zweier-Gemeinschaft [gelten], in der ein Verwalter nicht bestellt ist und in der wegen des Kopfstimmrechts (§ 25 Abs. 2 WEG) keine Mehrheitsbeschlüsse möglich sind“.²⁷ Diese erfreulich stringente Linie des BGH schafft Rechtssicherheit; die gesetzlich vorgesehene Rolle der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer wird auch dort nicht beschnitten, wo sie lästig erscheinen mag.

Abhilfe kann allenfalls eine privatautonome Regelung in der Gemeinschaftsordnung schaffen. In kleinen Gemeinschaften, in denen aller Voraussicht nach kein Verwalter bestellt werden wird, kann darüber nachgedacht werden, die Zahlungsströme unmittelbar über die Wohnungseigentümer laufen zu lassen. Das bietet sich vor allem in solchen Gemeinschaften an, bei denen die Zahlungsströme typischerweise schwach sind, weil das gemeinschaftliche Eigentum untergeordnete Bedeutung hat (zum Beispiel in Doppel- oder Reihenhäuseranlagen). Hier könnte die Gemeinschaftsordnung etwa vorsehen:

Die Wohnungseigentümer sind untereinander verpflichtet, alle Kosten entsprechend ihrem Miteigentumsanteil unmittelbar an den jeweiligen Gläubiger zu bezahlen. Soweit ein Wohnungseigentümer über seinen Miteigentumsanteil hinaus Kosten getragen hat, kann er unmittelbar von den anderen Wohnungseigentümern anteiligen Ersatz verlangen.

3. Versammlung

Verwalterlose Gemeinschaften, die „funktionieren“, verzichten häufig auf förmliche Eigentümerversammlungen. Dagegen bestehen keine Einwände, solange einvernehmliche Entscheidungen getroffen werden oder sich zumindest alle Wohnungseigentümer an der Willensbildung beteiligen. Probleme entstehen erst, wenn es zu Meinungsverschiedenheiten kommt und mindestens ein Wohnungseigentümer die Mitwirkung an der Beschlussfassung verweigert. Um dennoch ordnungsmäßige Mehrheitsbeschlüsse fassen zu können, muss eine Eigentümerversammlung einbe-

25 BGH, Urteil vom 26.10.2018, V ZR 279/17, ZWE 2019, 265 Rdnr. 6.

26 BGH, Urteil vom 26.10.2018, V ZR 279/17, ZWE 2019, 265 Rdnr. 15.

27 BGH, Urteil vom 07.05.2021, V ZR 254/19, ZWE 2021, 310 Rdnr. 6.

rufen werden. Der dafür eigentlich zuständige Verwalter (vgl. § 24 Abs. 3 Var. 1 WEG) fehlt, der hilfsweise zuständige Beiratsvorsitzende (vgl. § 24 Abs. 3 Var. 2 WEG) in der Regel erst recht. Das WEMoG hat zusätzlich die Möglichkeit geschaffen, einen Wohnungseigentümer durch Beschluss zur Einberufung zu ermächtigen (vgl. § 24 Abs. 3 Var. 3 WEG); das setzt freilich voraus, dass ein solcher Beschluss „in guten Zeiten“ gefasst wurde.

Abhilfe kann eine Regelung in der Gemeinschaftsordnung schaffen, die einzelnen oder womöglich sogar jedem Wohnungseigentümer ein Einberufungsrecht zugesteht. Dabei sollte freilich bedacht werden, dass dieses Recht Konflikte auch erst heraufbeschwören kann, besteht doch die Gefahr, dass sich die Wohnungseigentümer gegenseitig mit Ladungen zu konkurrierenden Versammlungen überhäufen und den jeweils anderen die Anfechtungslast für die dort gefassten Beschlüsse aufbürden. Angemessen erscheint es deshalb, die Einberufung nur zu dem Zweck zuzulassen, einen Verwalter zu bestellen. Denn nachhaltig lassen sich die Probleme einer dysfunktionalen verwalterlosen Gemeinschaft eben nur lösen, indem dieser Zustand beendet wird. Dazu könnte in der Gemeinschaftsordnung etwa bestimmt werden:

Hat die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer keinen Verwalter, ist jeder Wohnungseigentümer berechtigt, eine Eigentümerversammlung zum Zweck der Bestellung eines Verwalters einzuberufen.

IV. Neues zum Sondernutzungsrecht

Das Sondernutzungsrecht ist steter Quell kontrovers diskutierter Rechtsfragen. Das liegt an seiner ungeklärten Rechtsnatur: Im Ausgangspunkt handelt es sich um eine schuldrechtliche Vereinbarung der Wohnungseigentümer, typischerweise dergestalt, einem von ihnen die ausschließliche Nutzungsbefugnis an einem Teil des Gemeinschaftseigentums zuzuweisen. Durch Eintragung im Grundbuch wird diese Vereinbarung „verdinglicht“ und wirkt dann auch gegen Sondernachfolger (§ 10 Abs. 3 Satz 1 WEG). Als Vorbild für dieses Konzept diente § 1010 BGB.²⁸ Nach wie vor ungeklärt ist jedoch, welche rechtlichen Wirkungen diese Verdinglichung im Einzelnen hat. Bei allen Fragen rund um das Sondernutzungsrecht darf zudem nicht vergessen werden: „Das Sondernutzungsrecht“ gibt es nicht; vielmehr geht es stets um die Auslegung der konkreten Vereinbarung.

Auch im vergangenen Jahr sind berichtenswerte Entscheidungen zu Sondernutzungsrechten veröffentlicht worden:

1. Schutz des Sondernutzungsrechts

Für die Abwehr von Störungen zieht das WEMoG eigentlich eine klare Linie: Für das Gemeinschaftseigentum ist die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer zuständig (vgl. § 9a Abs. 2 WEG i. V. m. § 1004 BGB), das Sondereigentum verteidigt jeder selbst. Schon kurz nach Inkrafttreten des WEMoG setzte der BGH aber seine schon zum alten Recht vertretene Linie fort und entschied, dass ein Sondernut-

28 BT-Drucks. 75/51, S. 17.

zungsberechtigter „Störungen durch andere Wohnungseigentümer und Dritte“ selbst abwehren kann.²⁹ Eine Begründung, die über Verweise auf vorhergehende Entscheidungen hinausgeht, liefert der BGH leider nicht.

Problematisch ist weniger die Abwehrbefugnis gegenüber anderen Wohnungseigentümern. Sie kann sich im Wege der Auslegung aus der Vereinbarung ergeben, die das Sondernutzungsrecht begründet. In diese Vereinbarung kann man mit gutem Willen hineinlesen, dass die Wohnungseigentümer dem Sondernutzungsberechtigten gegenüber verpflichtet sind, Störungen des Gemeinschaftseigentums zu unterlassen, soweit es dem Sondernutzungsrecht unterliegt; nach § 14 Abs. 1 Nr. 2 WEG bestünde diese Pflicht an sich nur gegenüber der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer. Ob dies – wie die apodiktischen Ausführungen des BGH vermuten lassen – bei jedem Sondernutzungsrecht gilt, ist offen. Der sorgfältige Gestalter mag die Abwehrbefugnis deshalb ausdrücklich regeln.

Deutlich schwieriger zu beantworten ist die Frage, woraus sich die Abwehrbefugnis gegenüber Dritten (zum Beispiel Nachbarn) ergeben soll. An sich fließt der Abwehranspruch gegenüber Dritten aus § 1004 Abs. 1 BGB gestützt auf eine Störung des Gemeinschaftseigentums. Die Ausübung dieses Anspruchs ist nach § 9a Abs. 2 WEG aber alleinige Sache der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer.³⁰ Diese Vorschrift ist aus Gründen des Verkehrsschutzes unabdingbar,³¹ denn Dritte müssen wissen, wer ihnen gegenüber handlungsbefugt ist. Schlüssig begründen lässt sich die Entscheidung des BGH wohl nur, indem man in dem Sondernutzungsrecht ein sonstiges Recht im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB sieht, das analog § 1004 Abs. 1 BGB gegenüber jedermann geschützt ist. Das wäre eine kühne Rechtsfortbildung en passant. Die weitere Entwicklung bleibt abzuwarten.

Wer stattdessen auf Sondereigentum setzt, schafft klare Verhältnisse: Störungsabwehransprüche stehen kraft Gesetzes allein dem Sondereigentümer zu – und zwar sowohl gegenüber anderen Wohnungseigentümern (vgl. § 14 Abs. 2 WEG) als auch gegenüber Dritten (§ 1004 Abs. 1 WEG gestützt auf das Sondereigentum).

2. Buchung von Sondernutzungsrechten

Bauträger- und andere Verträge, in denen Sondernutzungsrechte zugewiesen werden, stellen besondere Anforderungen an die Büroorganisation: Um zu verhindern, dass Sondernutzungsrechte mehrfach verkauft und zugewiesen werden, müssen – parallel zu den Grundbüchern – Zuweisungslisten geführt werden. Nach der Beurkundung muss nicht nur die Eintragung der Auflassungsvormerkung und

der Eigentumsumschreibung überwacht werden, sondern auch die Eintragung der Sondernutzungsrechte. Beides ist fehleranfällig, wie die Vielzahl veröffentlichter Gerichtsentscheidungen belegt.

In einem vom OLG Zweibrücken im vergangenen Jahr entschiedenen Fall ging es um eine Wohnung, die bereits im Jahr 2011 verkauft wurde und der in diesem Zug auch ein Sondernutzungsrecht zugewiesen wurde. Aus ungeklärten Gründen unterblieb jedoch die Eintragung des Sondernutzungsrecht im Grundbuch. Dies fiel erst im Jahr 2020 auf. Den Antrag, das Sondernutzungsrecht nunmehr einzutragen, lehnte das Grundbuchamt – mit Billigung des OLG – ab: Solange das Sondernutzungsrecht nicht im Grundbuch eingetragen ist, handele es sich um ein bloß schuldrechtliches Recht, das formfrei an einen anderen Wohnungseigentümer abgetreten werden könne. Weil nicht auszuschließen sei, dass in der Zwischenzeit eine solche Abtretung erfolgt ist, müssen alle Wohnungseigentümer die Eintragung des Sondernutzungsrechts bewilligen. Im entschiedenen Fall waren dies mehr als 50 Wohnungseigentümer.

Das OLG Zweibrücken hat sich damit der herrschenden oberlandesgerichtlichen Meinung angeschlossen.³² Dass diese Meinung falsch ist,³³ hilft der Praxis nicht. Unklar ist auch, innerhalb welchen Zeitraums nach der Zuweisung ein Sondernutzungsrecht spätestens eingetragen werden muss.

Schon allein um das Risiko von Vollzugsfehlern zu minimieren, sollte im Rahmen einer Teilungserklärung stets überlegt werden, ob die Begründung von Sondereigentum nicht vorzuziehen ist. Wenn die dafür erforderlichen Maßangaben im Aufteilungsplan (vgl. § 3 Abs. 3 Alt. 2 WEG) fehlen, ist der zeitliche und finanzielle Zusatzaufwand für die Überarbeitung der Pläne sorgsam gegen die damit gewonnene Rechtssicherheit für alle Beteiligten abzuwägen. Der Kollegin *Falkner* ist uneingeschränkt zuzustimmen:

„Man tut daher [...] gut daran, von der vom Reformgesetzgeber neu geschaffenen Möglichkeit Gebrauch zu machen und anstelle von Sondernutzungsrechten möglichst Sondereigentum zu bilden. Beim Eigentum liegen die Dinge klarer.“³⁴

V. Nachweis von Umlaufbeschlüssen im Grundbuchverfahren

Schon zum alten Recht war umstritten, wie Umlaufbeschlüsse dem Grundbuchamt gegenüber nachzuweisen sind. § 26 Abs. 4 WEG und neuerdings auch § 7 Abs. 2 Satz 1 WEG sprechen jeweils von der mit beglaubigten Unterschriften versehenen „Niederschrift“, die es bei Umlaufbeschlüssen naturgemäß nicht gibt. In der notariellen Praxis

29 BGH, Urteil vom 01.10.2021, V ZR 48/21, ZWE 2022, 84 Rdnr. 9 ff.

30 BGH, Urteil vom 28.01.2022, V ZR 86/21, BeckRS 2022, 5732 Rdnr. 21; BT-Drucks. 19/18791, S. 46.

31 *Dötsch/Schultzky/Zscheschack*, WEG-Recht 2021, Kap. 3 Rdnr. 25; *Lehmann-Richter/Wobst*, WEG Reform 2020, 2021, Rdnr. 106 f.; *BeckOK-WEG/M. Müller*, § 9a Rdnr. 97; zweifelnd *BeckOGK-WEG/Falkner*, § 9a Rdnr. 152.

32 Ebenso schon OLG München, Beschluss vom 27.05.2014, 34 Wx 149/14, MittBayNot 2014, 530; OLG Saarbrücken, Beschluss vom 06.03.2018, 5 W 17/1, ZWE 2018, 206; OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 25.06.2015, 20 W 54/15, ZWE 2016, 171.

33 Eingehend *Rieger*, DNotZ 2020, 431; *Falkner*, ZWE 2022, 82.

34 *Falkner*, ZWE 2022, 81, 84.

wurde diese Frage bislang vor allem relevant, wenn der Verwalter im Umlaufverfahren bestellt wurde und seine Bestellung im Rahmen einer Verwalterzustimmung nach § 12 WEG nachzuweisen war. Seit dem WEMoG stellt sie sich auch dann, wenn ein Umlaufbeschluss aufgrund einer Öffnungsklausel in der Gemeinschaftsordnung gefasst wurde und ins Grundbuch eingetragen werden soll, um gegen Sondernachfolger zu wirken (vgl. § 10 Abs. 3 Satz 1 WEG).

Die herrschende Meinung insbesondere in der obergerichtlichen Rechtsprechung ging bislang davon aus, dass die Unterschriften aller Wohnungseigentümer zu beglaubigen sind.³⁵ Insbesondere in Anbetracht des neuen § 7 Abs. 2 Satz 1 WEG, der die Eintragung von Beschlüssen vereinfachen möchte, überzeugt das nicht: Wenn alle Unterschriften beglaubigt werden müssten, bestünde kein Unterschied mehr zur Bewilligung durch alle Wohnungseigentümer, die gerade entbehrlich sein soll. Vorzugswürdig erscheint es deshalb, § 26 Abs. 4 und § 7 Abs. 2 Satz 1 WEG so ausulegen, dass die Unterschrift des Versammlungsvorsitzenden durch die Unterschrift des Initiators des Umlaufbeschlusses ersetzt wird.³⁶

Ohne sich mit der Diskussion inhaltlich auseinanderzusetzen und ohne sie entscheiden zu müssen, hat der BGH nun bekundet, der herrschenden Meinung zum alten Recht „zuzuneigen“.³⁷ Dabei handelte es sich jedoch nicht um den eigentlich zuständigen V. Zivilsenat, sondern um den Senat für Notarsachen. Er hatte im Rahmen eines Disziplinarverfahrens zu prüfen, ob ein fällig gestellter Kaufpreis tatsächlich fällig war oder ob die Verwalterbestellung noch nicht formgerecht nachgewiesen war.

VI. Umwandlungsverbot nach § 250 BauGB

Am 23.06.2021 ist das Baulandmobilisierungsgesetz in Kraft getreten. Für die notarielle Praxis bedeutsam ist vor allem das sog. Umwandlungsverbot (§ 250 BauGB): Die Landesregierungen können durch Rechtsverordnung in sog. Gebieten mit einem angespannten Wohnungsmarkt bis längstens 31.12.2025 die Genehmigungspflicht für die Bildung von Wohnungseigentum einführen. Bislang haben von dieser Möglichkeit nur Berlin³⁸ und Hamburg³⁹ Gebrauch gemacht, jeweils für ihr gesamtes Gebiet und für den längst möglichen Zeitraum. Ob, wann und in welchem

Umfang das Umwandlungsverbot in Bayern aktiviert werden wird, ist bislang nicht bekannt. Auf der Website des DNotI findet sich eine laufend aktualisierte Übersicht über die Landesverordnungen.⁴⁰

An dieser Stelle bleibt es deshalb bei einem kurzen Überblick über die neue Regelung:⁴¹ Genehmigungspflichtig ist nicht nur die Aufteilung nach dem WEG, sondern auch die Begründung von Dauerwohn- und -nutzungsrechten und Miteigentümergeinschaften nach § 1010 BGB, mit denen die ausschließliche Benutzung einzelner Räume zugewiesen wird (vgl. § 250 Abs. 6 BauGB). Die Genehmigungspflicht gilt nicht für Neubauten (§ 250 Abs. 1 Satz 1 BauGB).⁴² Gebäude mit nicht mehr als fünf Wohnungen sind grundsätzlich ausgenommen (§ 250 Abs. 1 Satz 2 BauGB), wobei die Landesverordnung eine abweichende Grenze zwischen 3 und 15 Wohnungen festlegen kann (§ 250 Abs. 1 Satz 6 BauGB). Ein Anspruch auf Genehmigung besteht insbesondere dann, wenn die Aufteilung der Auseinandersetzung eines Nachlasses dient, die Wohnungen von Familienangehörigen genutzt werden sollen oder zu mindestens zwei Dritteln an Mieter veräußert werden sollen (§ 250 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1-3 BauGB).

Für die Praxis besonders wichtig: Ist die Teilung im Grundbuch vollzogen, gilt eine fehlende Genehmigung als erteilt (§ 250 Abs. 5 Satz 2 BauGB). Nach Ansicht des KG ist es zudem unschädlich, wenn eine Teilung beim Grundbuchamt beantragt wurde und ihr Vollzug durch das Inkrafttreten eines Genehmigungsvorbehalts zeitlich überholt wird. § 878 BGB soll analog gelten und zwar unabhängig davon, ob es sich um eine Aufteilung nach § 8 oder nach § 3 WEG handelt.⁴³ Das ist in dieser Pauschalität freilich nur richtig, wenn der Antrag vollzugsfähig ist, also insbesondere die Abgeschlossenheitsbescheinigung vorgelegt wurde. Fehlt sie, ist die Rechtslage ungeklärt.⁴⁴ Die wohl überwiegende Ansicht lehnt die Anwendung des § 878 BGB in diesem Fall generell ab, weil diese Vorschrift allein Verzögerungen unmittelbar im Grundbuchverfahren betreffe.⁴⁵ Andere lassen es ausreichen, dass die Abgeschlossenheitsbescheinigung schon beantragt ist, weil § 878 BGB auch vor Nachteilen durch die notwendige Mitwirkung anderer Behörden schützen wolle.⁴⁶

40 www.dnoti.de – Arbeitshilfen – Immobilienrecht – Übersicht zu Umwandlungsverordnungen i. S. v. § 250 Abs. 1 Satz 3 BauGB.

41 Vertiefend *Meier/Leidner*, MittBayNot 2022, 114, 121 ff.; DNotI-Report 2021, 113.

42 Vgl. DNotI-Report 2021, 113, 115 f. zur Auslegung der gesetzlichen Wendung „Wohngebäude, die bereits am Tag des Inkrafttretens der Rechtsverordnung nach Satz 3 bestanden“.

43 KG, Beschluss vom 02.12.2021, 1 W 384/21, NJW-RR 2022, 164 Rdnr. 14 ff.; Beschluss vom 16.11.2021, 1 W 347/21, ZWE 2022, 37 Rdnr. 6; DNotI-Report 2021, 113, 114 f.

44 Näher zum Stand der Diskussion Häublein, ZWE 2022, 39, 40 f.

45 Etwa Staudinger/C. Heinze, Neub. 2022, § 878 Rdnr. 39 m. w. N.

46 Etwa MünchKomm-BGB/Kohler, 8. Aufl. 2020, § 878 Rdnr. 20 m. w. N.

35 BayObLG, Beschluss vom 23.01.1986, BReg. 2 Z 14/85, NJW-RR 1986, 565; ihm folgend KG, Beschluss vom 28.08.2012, 1 W 30/12, ZWE 2012, 426; vgl. für weitere Nachweise aus der Literatur BGH, Beschluss vom 19.07.2021, NotSt(Brfg) 1/21, ZWE 2021, 404 Rdnr. 14.

36 Näher *Lehmann-Richter/Wobst*, Rdnr. 1775; so schon vor dem WEMoG *Bärman/Becker*, WEG, 15. Aufl. 2022, § 26 Rdnr. 307; *Schmidt*, ZWE 2015, 105, 108. Wiederum anders *Staudinger/Jacoby*, Neub. 2018, § 26 WEG Rdnr. 233 und *Riecke/Schmid/Drabek/Riecke*, WEG, 5. Aufl. 2019, § 23 Rdnr. 58, die die Unterschrift desjenigen genügen lassen, der den Umlaufbeschluss verkündet.

37 BGH, Beschluss vom 19.07.2021, NotSt(Brfg) 1/21, ZWE 2021, 404 Rdnr. 16.

38 GVBl. 2021, S. 117.

39 HmbGVBl. 2021, S. 731.

VII. Verwalterzertifizierung

Eines der politischen Ziele im Rahmen der WEG-Reform war es, die Qualität der gewerblichen Verwalter zu steigern. Die SPD konnte sich in der damaligen GroKo jedoch mit ihrer Forderung nach einem gewerberechtlichen Sachkundenachweis, wie er etwa seit Längerem für Versicherungsvermittler verpflichtend ist (vgl. § 34d GewO), nicht durchsetzen; die Union sah hierin eine unangemessene Beschränkung der Berufsfreiheit. Der Kompromiss wurde schließlich in einer sog. zivilrechtlichen Lösung gefunden: Ab dem 01.12.2022 kann grundsätzlich jeder Wohnungseigentümer verlangen, dass nur solche Personen zum Verwalter bestellt werden, die zertifiziert sind (vgl. § 19 Abs. 2 Nr. 6, § 26a WEG); die Bestellung einer anderen Person wäre anfechtbar. Öffentlichrechtlich spielt die Zertifizierung nach geltendem Recht dagegen keine Rolle; insbesondere ist sie dem Gewerbeaufsichtsamt nicht nachzuweisen.

Inzwischen wurde die Verordnung über die Prüfung zum zertifizierten Verwalter nach dem Wohnungseigentumsgesetz (ZertVerwV) auf Grundlage des § 26a Abs. 2 WEG er-

lassen.⁴⁷ Dort sind insbesondere die Einzelheiten der Prüfung geregelt, die durch die Industrie- und Handelskammern abgenommen werden (vgl. § 2 Abs. 1 ZertVerwV). Juristische Personen und Personengesellschaften dürfen sich als zertifizierte Verwalter bezeichnen, wenn ihre Beschäftigten, die unmittelbar mit Aufgaben der Wohnungseigentumsverwaltung betraut sind, die Prüfung bestanden haben (§ 8 ZertVerwV). Bestimmte Berufsgruppen (zum Beispiel Volljuristen und Immobilienkaufleute) sind von der Prüfungspflicht befreit (vgl. § 7 ZertVerwV).

Welche Halbwertszeit die neuen Vorschriften haben werden, steht jedoch in den Sternen: Die Ampel-Koalition hat sich im Koalitionsvertrag vorgenommen, „den echten Sachkundenachweis für Makler, Miet- und WEG-Verwalter“ einzuführen.⁴⁸

⁴⁷ BGBl. 2021 I, S. 5182.

⁴⁸ „Mehr Fortschritt wagen“, Koalitionsvertrag 2021-2025 zwischen SPD, Bündnis 90/Grünen und FDP, abrufbar unter https://www.spd.de/fileadmin/Dokumente/Koalitionsvertrag/Koalitionsvertrag_2021-2025.pdf, S. 72.



BUCHBESPRECHUNGEN

Adolf Reul/Heribert Heckschen/Rüdiger Wienberg:

Insolvenzrecht in der Gestaltungspraxis. Immobilien-, Gesellschafts-, Erb- und Familienrecht

3. Aufl., C. H. Beck, 2022. 1098 S., 189 €

Von Notarassessor Dr. **Gerrit M. Bulgrin**, LL.M. (Columbia), München

Anfang des Jahres ist die mittlerweile dritte Auflage des von Adolf Reul, Heribert Heckschen und Rüdiger Wienberg herausgegebenen Handbuchs zum Insolvenzrecht in der Gestaltungspraxis erschienen. Im Vergleich zur Voraufgabe ist der Umfang des Werkes noch einmal um knapp 100 Seiten angewachsen. Diese Erweiterung war unter anderem deswegen angezeigt, da das Sanierungs- und Insolvenzrecht in den letzten Jahren nicht nur vor dem Hintergrund der COVID-19-Pandemie vermehrt in den Fokus des nationalen (aber auch europäischen) Gesetzgebers gerückt ist.

Erstmals behandelt (§ 1 Abschnitt Q.) wird etwa das auf der europäischen Sanierungsrichtlinie basierende und zum 01.01.2021 in Kraft getretene Gesetz über den Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen für Unternehmen (StaRUG), welches im Stadium der drohenden Zahlungsunfähigkeit auch außerhalb eines Insolvenzverfahrens nunmehr eine Unternehmenssanierung gegen den Willen einzelner Gläubiger ermöglicht. Die in der Praxis sehnlichst erwarteten und zum 01.01.2024 wirksam werdenden Änderungen durch das Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG) wurden in der Neuauflage ebenfalls bereits berücksichtigt. Das Werk besticht jedoch nicht nur durch seine Aktualität. Vielmehr stellt es dem Vertragsgestalter auch weiterhin auf eine einzigartige Art und Weise einen allgemeinen Werkzeugkasten zur Verfügung, um die eigenen Verträge im Hinblick auf die potenzielle Insolvenz des Vertragspartners bzw. der eigenen Insolvenz (sog. Asset Protection) „insolvenzfest“ zu machen (§ 2). Diese Grundlagen werden in bewährter – und insbesondere aus der Perspektive eines Notars erfreulicher – Manier in

den besonderen Kapiteln zum Immobilienrecht (§ 3), Gesellschaftsrecht (§ 4), Erbrecht (§ 5) und Familienrecht (§ 6) weiter vertieft. Der themenspezifischen Gliederung des Werks ist es zu verdanken, dass die sich dem Vertragsgestalter in der täglichen Praxis stellenden Fragen nicht mühsam in der allgemeinen insolvenzrechtlichen Literatur nachgeschlagen, sondern zielgerichtet ausfindig gemacht werden können. Besondere Erwähnung soll aufgrund der besonderen Praxisrelevanz auch das Kapitel zu den Pflichten des Notars in Insolvenznähe (§ 10) finden. Hier werden dem Notar beispielsweise die wesentlichen Orientierungspunkte aufgezeigt, wenn er sich im Zwiespalt zwischen notarieller Aufklärungspflicht (§ 17 BeurkG) und Zerstörung des guten Glaubens der Beteiligten im Lichte etwaiger Anfechtungstatbestände befindet. Abgerundet wird der vorzügliche Gesamteindruck schließlich durch verschiedene Gesamtmuster (§ 11), welche dazu dienen können, den eigenen Musterkatalog auch im insolvenznahen Bereich zu vervollständigen.

Nach den einleitenden Worten der Herausgeber soll das Handbuch dazu beitragen, dass jeder, der Vertragsgestaltung betreibt, mit diesem eine Hilfestellung erfährt. Aufgrund der Bedeutung des Werkes für die Praxis dürfte es sich hierbei jedoch um klassisches Understatement handeln. Der *Reul/Heckschen/Wienberg* besitzt aufgrund seines besonderen Zuschnitts für die Gestaltungspraxis ein Alleinstellungsmerkmal in der insolvenzrechtlichen Literatur und sollte daher in der Bibliothek jedes Vertragsgestalters griffbereit vorhanden sein.

Hans-Frieder Krauß:

Vermögensnachfolge in der Praxis

Wolters Kluwer, 2022. 2718 S., 169 €

Von Notarassessor **Tim Kristofer Kraus** (B. Sc. Psychologie), Kronach

Inhalt dieser Besprechung ist die Neuauflage eines Klassikers, der eigentlich keiner Vorstellung mehr bedarf. In sechster Auflage erschien nunmehr das Standardwerk für die Vermögensnachfolge. *Krauß* behandelt in diesem Buch – wie schon in den Voraufgaben – sämtliche Fragen der Vermögensnachfolge sowohl aus zivil- und gesellschaftsrechtlicher als auch aus sozial- und steuerrechtlicher Sicht. Dem Wunsch des Kautelarjuristen, die Behandlung eines Themenbereichs aus einer Hand, also in einem Buch, zu erhalten, wird *Krauß* auch in diesem Werk wieder mehr als gerecht. Insbesondere die Aspekte der Vertragsgestaltung, die den Notar bzw. Assessor besonders interessieren, kommen nicht zu kurz.

Das Werk ist wie immer verständlich geschrieben, straff und klar gegliedert und fühlt sich trotz seines Umfangs kompakt an. Es bietet dem Rechtsanwender einen soliden Zugang zu den sehr unterschiedlichen und komplexen Fragestellungen, welche sich im Zusammenhang mit der Vermögensnachfolge insbesondere in steuerlicher Hinsicht ergeben können. Der Wechsel zwischen allgemein gehaltenen Kapiteln, welche die grundsätzlichen Rahmenbedingungen ausbreiten und solchen, die vom konkreten gestalterischen Zielen ausgehen, ist für den raschen praktischen Zugang zum Werk überaus hilfreich. Ein umfangreiches Stichwort- und Musterverzeichnis sowie zahlreiche Hinweise und Beispiele erleichtern zudem die Orientierung und Handhabung.

Inhaltlich deckt die Neuauflage wieder die Kernbereiche: Zuwendungen unter Ehegatten, Vermögensnachfolge im Kontext von Gesellschaften sowie erb- und pflichtteilsrechtliche Problematiken ab. Daneben werden aber auch ausführlich die steuerlichen- und sozialrechtlichen Themenbereiche in eigenen Kapiteln behandelt. In der Neuauflage wurde die aktuelle Rechtsprechung – insbesondere die des BGH, BFG und BSG – berücksichtigt. Zusätzlich wurden auch die umfangreichen Änderungen im Bereich des Sozialrechts (Bundesteilhabegesetz¹) und die gültigen Erbschaftsteuer-Richtlinien (ErbStR 2019) eingearbeitet.

In eigenen Teilen ausführlich behandelt werden u. a. folgende Gestaltungsmöglichkeiten: Gründung einer Stiftung, Familienpool, Behinderten- bzw. Bedürftigentestamente sowie der Erwerb in GbR. Insbesondere Letzteres wird zukünftig noch mehr an Relevanz erlangen, da mit dem Gesetz zur

Modernisierung des Personengesellschaftsrechts² eine wichtige Fortentwicklung des Rechts der GbR stattfinden wird.³ Die vom BGH bereits anerkannte Rechts- und Grundbuchfähigkeit⁴ der GbR wird nunmehr auch gesetzlich kodifiziert werden. Die GbR wird als Grundform aller rechtsfähigen Personengesellschaften fungieren (zum Beispiel Gewinn- und Verlustbeteiligung nach Beteiligungsquote anstatt nach Köpfen) und es wird ein GbR-Register mit Publizitätswirkung eingeführt werden („eingetragene GbR“ oder eGbR); die Eintragung wird freiwillig, jedoch notwendig für das Betreiben von Grundstücksgeschäften sein. Außerdem wird es die Möglichkeit geben, gesellschaftsvertraglich Beschlussmängelrecht der Handelsgesellschaften für anwendbar zu erklären.

Der eigentliche Text ist immer wieder von optisch hervorgehobenen Hinweisen, Checklisten, Gestaltungsempfehlungen und Formulierungsvorschlägen unterbrochen, die Handlungs- und Lösungsmöglichkeiten zu den jeweils konkret behandelten Problem- und Regelungsfeldern beinhalten. Besonders erwähnenswert sind die in einem eigenen Kapitel zusammengefassten Vertragsmuster, Merkblätter und Fragebögen für typisierte Konstellationen, die die Regelungsbereiche jeweils zu einer abgestimmten Gesamtlösung zusammenführen.

Enthalten sind zum Beispiel folgende Muster: Teilungserklärung im Eigenbesitz und Übertragung des Sondereigentums zum Eigenausbau; Familienpool in Form einer GmbH & Co. KG; Stuttgarter Modell (Überlassung mit Mietvertrag); Vereinbarung einer dauernden Last; Übergabe eines einzelkaufmännischen Gewerbebetriebs mit Grundbesitz; Stiftungsgeschäft unter Lebenden (Familienstiftung), um nur einen kleinen Ausschnitt zu nennen.

Alle Formulierungsvorschläge, Merkblätter, Fragebögen und Vertragsmuster sind über ein übersichtliches Verzeichnis nach Randnummern erschlossen. Dies wird zusätzlich ergänzt durch die Möglichkeit, die vorgenannten Texte im wordfähigen Format online abzurufen, eine Registrierung beim Verlag vorausgesetzt. Dies ermöglicht auch die einfache Übernahme in das eigene Notarprogramm.

Als Fazit lässt sich damit festhalten, dass der Neuauflage für die anwaltliche, wie auch die notarielle Gestaltungspraxis eine uneingeschränkte Empfehlung gegeben werden kann. Für Notarassessoren, die noch nicht im Besitz einer der Voraufgaben sind, lohnt sich der Kauf umso mehr.

1 Mit dem „Gesetz zur Stärkung der Teilhabe und Selbstbestimmung von Menschen mit Behinderungen“ vom 23.12.2016 (Bundesteilhabegesetz, BGBl. I, S. 3234) hat der deutsche Gesetzgeber sich der Aufgabe angenommen, die völkerrechtlichen Vorgaben aus der UN-BRK umzusetzen. Das Bundesteilhabegesetz tritt gestaffelt vom 30.12.2016 bis zum 01.01.2023 in vier Reformstufen in Kraft.

2 MoPeG vom 17.08.2021, BGBl. 2021 I, S. 3436.

3 Das MoPeG tritt am 01.01.2024 in Kraft.

4 BGH, Urteil vom 29.01.2001 II ZR 331/00, BGHZ 146, 341; Beschluss vom 04.12.2008, V ZB 74/08, BGHZ 179, 102.

Armin Hauschild/Jürgen Kallrath/Thomas Wachter:

Notarhandbuch Gesellschafts- und Unternehmensrecht

3. Aufl., C. H. Beck, 2022. 2129 S., 239 €

Von Notarassessor **Jacob Weinert**, Hollfeld

Das Notarhandbuch Gesellschafts- und Unternehmensrecht kann wohl als Standardwerk für ein jedes Notaramt angesehen werden und erschien jüngst nach fünf Jahren Pause in dritter Auflage.

Berücksichtigt wurden zahlreiche Neuerungen, Änderungen und Rechtsentwicklungen. Darunter fallen das neue Restrukturierungs- und Sanierungsrecht, die Neuregelungen zum Transparenzregister und die Einführung einer Frauenquote auch für Vorstände großer Aktiengesellschaften. Zu begrüßen ist ferner, dass stellenweise auch bereits die durch das 2021 verabschiedete MoPeG ab 01.01.2024 in Kraft tretenden Änderungen thematisiert wurden (so beispielsweise auf S. 132 zum kommenden Gesellschaftsregister), wenngleich dies wohl eine neue Auflage nach Inkrafttreten des MoPeG vermutlich nicht ersetzen können wird. Des Weiteren wurde ein gänzlich neuer Teil, § 37, zur Digitalisierung im Gesellschaftsrecht aufgenommen.

Das Werk verfügt über zwei Inhaltsverzeichnisse, welche die Inhalte zunächst grob, dann ausführlich übersichtlich darstellen. Die §§ 1 bis 5 beschäftigen sich mit der Stellung des Notars im Gesellschaftsrecht und den Erwartungshaltungen der Mandanten und sonstigen Beteiligten. Die Lektüre dieser Ausführungen lohnt sehr – gerade für Notarassessoren und Jungnotare –, um die Position als Notar richtig wahrzunehmen und entsprechend zu agieren. An dieser Stelle sei generell ein großes Lob für die sich auch in den folgenden Paragraphen an zahlreichen Stellen findenden praktischen Einleitungen und Hinweise jenseits rechtlicher Ausführungen an die Verfasser des Werkes ausgesprochen.

Das Werk ist überaus intuitiv aufgebaut. Zunächst kommt – nach den allgemeinen Hinweisen in den §§ 1 bis 5 – in § 6 ein sehr hilfreicher Überblick über die Rechtsformen, welcher die grundsätzlichen Unterschiede in den wesentlichen Bereichen, die eine Gesellschaft beschäftigen, in angemessener Knappheit darstellt. Besonders hervorgehoben sei an dieser Stelle die Einführung in die Rechnungslegung und Publizitätspflichten und auch die steuerliche Zusammenfassung, selbst wenn die kürzliche Änderung im Rahmen der Grunderwerbsteuerpflicht bei Anteilsveräußerungen (95 % auf 90 %) leider noch nicht berücksichtigt ist. Es folgen hilfreiche Ausführungen zum Registerrecht (§ 7) samt Checklisten und ein ausführlicher § 8 zu Zweigniederlassungen, insbesondere auch zu Zweigniederlassungen ausländischer Gesellschaften samt zweisprachigen Mustern. Die §§ 9 bis 12 beschäftigen sich mit dem Beurkundungsrecht.

In den §§ 13 bis 19 finden sich sodann umfangreiche Darstellungen zu den Rechtsformen der GbR, OHG/KG, PartGG, GmbH, AG, KGaA und SE, die Antworten auf die

meisten im notariellen Alltag auftauchenden Fragen parat haben. Hieran zeigt sich der oben erwähnte intuitive Aufbau: Zunächst die überblickartige Darstellung der Gesellschaften in § 6, sodann die ausführliche Übersicht der Gesellschaften in den §§ 13 bis 19. Besonders umfangreich sind die Teile zur GmbH und zur AG. Hervorzuheben ist die hilfreiche Checkliste zur Überprüfung von Fremdsatzungen bei GmbHs (§ 16 Rdnr. 463).

Im Übrigen finden sich Kapitel zu Gesellschaftervereinbarungen (§ 20), Unternehmenskaufverträgen (§§ 23-24) und zum Umwandlungsrecht (§§ 25-27); des Weiteren zu Themen, die sich typischerweise im Zusammenhang mit Gesellschaftsrecht stellen wie beispielsweise Unternehmensnachfolge (§ 29) oder Minderjährige in Gesellschaften (§ 32). Hier besonders hervorzuheben – da soweit ersichtlich eher selten in anderen Werken in dieser Form zu finden – ist das Kapitel zur sog. Asset Protection (§ 34), also dem präventiven Schutz des persönlichen Vermögens von Inhabern haftungsträchtiger Berufe wie beispielsweise Vorständen, Managern und Aufsichtsräten. Erwähnt sei schließlich auch der umfangreiche, knapp 200 Seiten umfassende Steuerrechtsteil (§ 35).

Ein weiterer Kaufgrund für die Neuauflage könnte die Aufnahme aktueller Themen rund um Corona und Digitalisierung sein. So wurden zunächst im Paragraphen zum Aktienrecht die aktuellen Themen rund um Corona – vor allem die virtuelle Hauptversammlung – ausführlich und mit Formulierungsvorschlägen eingearbeitet (§ 17 Rdnr. 549 ff.).

Hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang aber vor allen Dingen der komplett neue § 37 zur Digitalisierung des Gesellschaftsrechts, welcher von Dr. *Peter Stelmaszczyk*, langjähriger Geschäftsführer der BNotK am Standort Brüssel, bearbeitet worden ist. Dieser widmet sich zunächst ausführlich den Möglichkeiten hinsichtlich elektronischer Verfahren bei Versammlungen und Beschlüssen in den einzelnen Gesellschaftsformen, auch unter Berücksichtigung der COVID-19-Gesetzgebung. Bei der GmbH erscheinen für die notarielle Praxis insbesondere die Ausführungen zu den Möglichkeiten bei beurkundungspflichtigen Beschlüssen, nicht auf die gleichzeitige Präsenz aller Gesellschafter angewiesen zu sein (§ 37 Rdnr. 21 ff.), interessant. Es folgen (erneut, neben denen in § 17) Ausführungen zur virtuellen Hauptversammlung in der Aktiengesellschaft (§ 37 Rdnr. 31 ff.). Hier wird zunächst ebenfalls auf die COVID-19-Gesetzgebung eingegangen. Deren Regelungen werden sodann erläutert, was für den Notar bei der Beratung einer Aktiengesellschaft hilfreich sein kann. Für die notarielle Praxis von Bedeutung sind auch die Ausführungen zu den Aspekten, die in der notariellen Niederschrift zu einer virtuellen Hauptversammlung zu beachten sind (§ 37 Rdnr. 50 ff.). Lesenswert ist schließlich zudem der Ausblick

auf die Vorschläge, die zur Durchführung der Hauptversammlung in Zeiten nach der Corona-Pandemie vorgetragen werden (§ 37 Rdnr. 55 ff.).

Schließlich erwähnt seien die sich in § 37 zu findenden Ausführungen zum EU-Company Law Package sowie zum Gesetz zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie (DiRUG) (§ 37 Rdnr. 80 ff.). Insoweit könnten ab dem 01.08.2022 die umfangreichen Ausführungen zur GmbH / UG (haftungsbeschränkt) – Online-Gründung (§ 37 Rdnr. 88 ff.) sowie der in gewissem Umfang möglichen Online-Beglaubigung von Handelsregisteranmeldungen (§ 37 Rdnr. 120 ff.) eine überaus wertvolle Hilfestellung im Notaramt leisten. Hier dürften sich Antworten auf die meisten sich in der Praxis insoweit ergebenden Fragen finden.

Abschließend ist zu bemerken, dass das – auch äußerlich hochwertig gestaltete – Buch mit Fug und Recht als Standardwerk bezeichnet werden kann, dessen Anschaffung sich für jedes Notaramt empfehlen dürfte. Dies gilt auch im Hinblick auf die hier besprochene Neuauflage, wenn die Vorauflage bereits im Amt vorhanden ist, insbesondere aufgrund des gänzlich neuen Paragraphen zur Digitalisierung des Gesellschaftsrechts. Vor allem die dort behandelte kommende Online-Gründung kann ab August auch Notarämter beschäftigen, die ansonsten eher wenig mit Gesellschaftsrecht beschäftigt sind.



RECHTSPRECHUNG

Bürgerliches Recht

ALLGEMEINES

1. Unzulässigkeit einer zulasten des vorkaufsberechtigten Mieters getroffenen Preisabrede

BGH, Urteil vom 23.02.2022, VIII ZR 305/20 (Vorinstanz: KG, Urteil vom 02.10.2020, 17 U 18/18)

BGB §§ 577, 463 f.

LEITSATZ:

Die in einem Kaufvertrag über eine mit einem Vorkaufsrecht des Mieters belastete Eigentumswohnung zwischen dem Vorkaufsverpflichteten (Verkäufer) und dem Dritten (Erstkäufer) getroffene Abrede, wonach der Vorkaufsberechtigte (Mieter) einen höheren Preis zu bezahlen hat als der Erstkäufer, stellt eine in Bezug auf den höheren Preis unzulässige und deshalb insoweit unwirksame Vereinbarung zulasten Dritter dar. Das gilt auch dann, wenn der Erstkäufer – wie in der hier zu beurteilenden Preisabrede vorgesehen – den höheren Kaufpreis nur ausnahmsweise (unter bestimmten engen Voraussetzungen) zu entrichten hat, während der Vorkaufsberechtigte diesen bei Ausübung des Vorkaufsrechts stets schuldet.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 Die Klägerin war seit dem Jahr 2011 Mieterin einer 46,60 m² großen unsanierten Wohnung in einem Mehrparteienhaus in Berlin. Die Beklagte, die seinerzeit die Eigentümerin des Hauses und Vermieterin war, teilte dieses im Jahr 2015 in Wohnungseigentumseinheiten auf. Mit notariellem Vertrag vom 06.12.2016 verkaufte sie die an die Klägerin vermietete Wohnung an U G (im Folgenden: Erstkäuferin). Der Kaufvertrag enthält folgende Vereinbarung:

„Der Kaufpreis für den vorbezeichneten Grundbesitz beträgt 163.266,67 € (...). Die Parteien gehen davon aus, dass Bemessungsgrundlage des Wohnungskaufpreises in Höhe von 163.266,67 € die Lieferung des Wohnungseigentums ohne Mietverhältnis mit einem Dritten ist. Der Kaufgegenstand ist derzeit vermietet. Es gilt 'ohne Mietverhältnis mit einem Dritten' zu liefern, soweit der Mieter sein Vorkaufsrecht ausübt oder der Verkäufer dem Käufer binnen eines Monats nach Beurkundung nachweist, dass das Mietverhältnis aufgelöst oder gekündigt ist. Wird das Wohnungseigentum [ent] gegen vorstehender Beschreibung mit dem laufenden oder einem anderen Mietverhältnis geliefert, mindert sich der Kaufpreis um 10 % auf 146.940 € für das Wohnungseigentum.“

2 Er enthält außerdem eine „salvatorische Klausel“, wonach die etwaige Unwirksamkeit oder Undurchführbarkeit einer Vertragsbestimmung die Gültigkeit des Vertrags im Übrigen nicht berühren und in diesem Fall eine dem wirtschaftlichen

Ergebnis der unwirksamen oder undurchführbaren Klausel möglichst nahekommende Regelung gelten soll.

3 Die Klägerin erklärte gegenüber dem empfangsbevollmächtigten Notar rechtzeitig, sie übe das ihr als Mieterin zustehende Vorkaufsrecht aus. Dabei wies sie darauf hin, dass sie die getroffene Kaufpreisregelung für unwirksam halte, soweit der vorkaufsberechtigte Mieter einen um 10 % höheren Kaufpreis zahlen solle als der Erstkäufer. Sie bezahlte unter dem Vorbehalt der teilweisen Rückforderung 163.266,67 € an die Beklagte.

4 Das LG hat der auf Rückzahlung von 16.326,67 € nebst Zinsen gerichteten Klage mit Ausnahme eines geringen Teils der Zinsforderung stattgegeben. Die dagegen gerichtete Berufung der Beklagten hat keinen Erfolg gehabt. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihr Klageabweisungsbegehren weiter.

Entscheidungsgründe:

5 Die Revision hat keinen Erfolg.

(...)

18 Das Berufungsgericht hat zutreffend angenommen, dass die in dem Wohnungseigentumskaufvertrag getroffene Preisabrede, soweit sie für den – hier eingetretenen – Fall der wirksamen Ausübung des Vorkaufsrechts durch den Mieter einen Kaufpreis i. H. v. 163.266,67 € und damit einen um 16.326,67 € höheren als denjenigen Kaufpreis vorsieht, den der Dritte (Erstkäufer) im Fall des Fortbestehens des Mietverhältnisses schuldet (146.940 €), der Klägerin gegenüber unwirksam ist. Dieser steht daher aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB ein Anspruch auf Rückzahlung des rechtsgrundlos über den Betrag von 146.940 € hinaus geleisteten Kaufpreises, mithin i. H. v. 16.326,67 € zu. Die teilweise Unwirksamkeit der Preisabrede folgt allerdings nicht aus der vom Berufungsgericht hierfür herangezogenen Vorschrift des § 577 Abs. 5 BGB, die sich, wie aus dem Gesamtzusammenhang des § 577 BGB abzuleiten ist, nur auf eine – hier nicht gegebene – (unmittelbar) mit dem Mieter getroffene Vereinbarung bezieht. Sie ergibt sich vielmehr aus § 577 Abs. 1 Satz 3, § 464 Abs. 2 BGB in Verbindung mit dem Verbot, einen Vertrag zulasten Dritter zu schließen.

19 1. Nach § 577 Abs. 1 Satz 3 BGB finden auf das dem Mieter unter den Voraussetzungen des § 577 Abs. 1 Satz 1 BGB zustehende Vorkaufsrecht die Vorschriften über den Vorkauf (§§ 463 ff. BGB) Anwendung, soweit sich aus den – im Streitfall nicht einschlägigen – nachfolgenden Absätzen des § 577 BGB nicht etwas anderes ergibt. Gemäß § 464 Abs. 2 BGB kommt mit der Ausübung des Vorkaufsrechts der Kauf zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten unter den Bestimmungen zustande, welche der Verpflichtete mit dem Dritten vereinbart hat.

20 2. Danach schuldet die Klägerin der Beklagten für den Erwerb der Eigentumswohnung lediglich die Bezahlung eines Kaufpreises i. H. v. 146.940 €, sodass sie die über die



AUFSÄTZE



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSPRECHUNG



SONSTIGES



STANDESNACHRICHTEN

sen Betrag hinausgehende Leistung (weitere 16.326,67 €) ohne Rechtsgrund erbracht hat.

21 a) Nach den rechtsfehlerfreien und nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts stand der Klägerin gemäß § 577 Abs. 1 Satz 1 BGB ein Vorkaufsrecht in Bezug auf die von ihr – seinerzeit als Mieterin – genutzte Eigentumswohnung zu, das sie rechtswirksam ausgeübt hat. Dafür, dass der den Vorkaufsfall auslösende Kaufvertrag mit der Erstkäuferin nicht wirksam zustande gekommen wäre, bestehen keine Anhaltspunkte; dies wird auch von keiner Partei geltend gemacht.

22 Demnach ist zwischen den Parteien gemäß § 464 Abs. 2 BGB ein selbstständiger Kaufvertrag zu denselben Bedingungen neu begründet worden, wie er zwischen der Beklagten und der Erstkäuferin abgeschlossen worden ist (vgl. etwa BGH, Urteile vom 27.04.2016, VIII ZR 323/14, NJW-RR 2016, 784 Rdnr. 28; vom 24.02.1995, V ZR 244/93, NJW 1995, 1827 unter II. 1. [zu § 505 Abs. 2 BGB in der bis zum 31.12.2001 geltenden Fassung; im Folgenden: a. F.]; vom 03.12.1999, V ZR 329/98, NJW 2000, 1033 unter II. [zu § 505 Abs. 2 BGB a. F.]).

23 b) Der von der Klägerin nach diesem Vertrag geschuldete Kaufpreis beträgt – wie vom Berufungsgericht zutreffend angenommen – lediglich 146.940 € und nicht – wie die Revision meint – 163.326,67 €. Denn die Abrede, wonach unter bestimmten Bedingungen der höhere Kaufpreis (von 163.326,67 €) zu bezahlen sei, ist teilweise unwirksam (dazu nachfolgend unter aa)); soweit sie wirksam ist (dazu nachfolgend unter bb)), sind die hierfür vereinbarten Voraussetzungen nicht erfüllt (dazu nachfolgend unter cc)).

24 aa) Die zwischen der Beklagten und der Erstkäuferin vereinbarte Kaufpreisabrede ist unwirksam, soweit sie für den Fall der Ausübung des Vorkaufsrechts durch den Mieter (hier: die Klägerin) einen um 16.326,67 € höheren als denjenigen Kaufpreis vorsieht, den die Erstkäuferin im Fall des Fortbestehens des Mietverhältnisses schuldete. Denn es handelt sich bei dieser Teilabrede um eine unzulässige Vereinbarung zugunsten Dritter.

25 (1) Ein unzulässiger und deshalb unwirksamer Vertrag zugunsten Dritter liegt vor, wenn durch ihn unmittelbar eine Rechtspflicht eines am Vertrag nicht beteiligten Dritten – ohne seine Autorisierung – entstehen soll (vgl. BGH, Urteile vom 12.02.2019, VI ZR 141/18, NJW 2019, 2538 Rdnr. 29; vom 12.10.2011, VIII ZR 50/11, WuM 2011, 690 Rdnr. 15; vom 29.06.2004, VI ZR 211/03, NJW 2004, 3326 unter II. 2.).

26 Das Verbot, Verträge zugunsten Dritter zu schließen, steht zudem in der Regel der Wirksamkeit solcher Vereinbarungen entgegen, nach denen die Rechtsposition eines Dritten ohne dessen Mitwirkung verkürzt werden soll (vgl. etwa BGH, Urteile vom 16.01.1980, IV ZR 115/78, juris Rdnr. 9 f. [zu Verträgen über den Unterhalt eines nach dem Gesetz unterhaltsberechtigten Dritten]; vom 29.09.2016, I ZR 11/15, juris Rdnr. 52, 61 [zur Erstreckung einer Vereinbarung über einen Anspruchsverzicht auf etwaige gesetzliche Ausgleichsansprüche Dritter]; vom 04.07.2018, IV ZR 121/17, NJW 2018, 2958 Rdnr. 19 f. [zu Versicherungsverträgen mit Subsidiaritätsklausel für den Fall der gesetzlich geregelten

Mehrfachversicherung]; vgl. zu dieser Fallgruppe insgesamt auch Staudinger/*Klumpp*, Neub. 2020, Vor §§ 328 Rdnr. 55; MünchKomm-BGB/*Gottwald*, 8. Aufl., § 328 Rdnr. 262; BeckOGK-BGB/*Mäsch*, Stand: 01.01.2022, § 328 Rdnr. 125).

27 Unwirksame Vereinbarungen zugunsten Dritter können schließlich auch dann vorliegen, wenn die in Rede stehende Rechtspflicht bzw. Benachteiligung den Dritten erst im Anschluss an eine von ihm selbst noch vorzunehmende Rechtshandlung träfe, etwa erst infolge des Erwerbs eines mit schuldrechtlichen Verpflichtungen des Eigentümers „belasteten“ Grundstücks (vgl. etwa BGH, Urteile vom 12.10.2016, XII ZR 9/15, NJW 2017, 254 Rdnr. 26 [zu einem vermieteten Grundstück mit mietrechtsfremden Vereinbarungen im Mietvertrag]; vom 10.03.2006, V ZR 48/05, NJW-RR 2006, 960 Rdnr. 18 [zu einem vereinbarungsgemäß für die Abführung des auf dem Nachbargrundstück anfallenden Abwassers in Anspruch genommenen Grundstück]) oder infolge der Ausübung eines ihm zustehenden Vorkaufsrechts (vgl. etwa für den Fall eines unmittelbar für den Vorkaufsberechtigten wirkenden Federführungsvertrags BGH, Urteil vom 14.07.1995, V ZR 31/94, NJW 1995, 3183 unter II. 3. c) aa)) zum Tragen käme.

28 (2) Nach diesen Grundsätzen stellt die in einem Kaufvertrag über eine mit einem Vorkaufsrecht belastete Eigentumswohnung zwischen dem Vorkaufsverpflichteten (Verkäufer) und dem Dritten (Erstkäufer) getroffene Abrede, wonach der Vorkaufsberechtigte einen höheren Preis zu bezahlen hat als der Erstkäufer, eine in Bezug auf den höheren Preis unzulässige und deshalb insoweit unwirksame Vereinbarung zugunsten Dritter dar. Das gilt auch dann, wenn der Erstkäufer – wie in der hier zu beurteilenden Preisabrede vorgesehen – den höheren Kaufpreis nur ausnahmsweise (unter bestimmten engen Voraussetzungen) zu entrichten hat, während der Vorkaufsberechtigte diesen bei Ausübung des Vorkaufsrechts stets schuldet. Denn auch in diesem Fall läge – wenn die genannte Bestimmung dem Vorkaufsberechtigten gegenüber Wirksamkeit entfalte – eine Verkürzung der ihm gesetzlich eingeräumten Rechtsposition vor.

29 (a) Durch die gesetzliche Regelung in § 464 Abs. 2 BGB soll gewährleistet werden, dass den Vorkaufsberechtigten nach dem Inhalt seines Kaufvertrags keine anderen, insbesondere keine ungünstigeren Bedingungen treffen als diejenigen, die für den Erstkäufer aufgrund seines Kaufvertrags mit dem Verkäufer gelten (BGH, Urteil vom 14.07.1995, V ZR 31/94, NJW 1995, 3183 unter II. 2. [zu § 505 Abs. 2 BGB a. F.]). Ungünstigere Bedingungen – und damit eine Verkürzung der dem Vorkaufsberechtigten gesetzlich eingeräumten Rechtsposition – liegen aber auch dann vor, wenn dem Erstkäufer unter bestimmten Voraussetzungen die Bezahlung eines niedrigeren Kaufpreises gewährt wird, während der Vorkaufsberechtigte stets – insbesondere auch dann, wenn die den Erstkäufer privilegierenden Voraussetzungen objektiv vorliegen – den höheren Kaufpreis zu bezahlen hätte.

30 (b) So verhält es sich im Streitfall. Nach der vereinbarten Preisabrede schuldet der Erstkäufer den vollen Kaufpreis

nur für den Fall, dass der Verkäufer ihm binnen eines Monats nach der Beurkundung nachweisen sollte, dass bei Beurkundung bestehende Mietverhältnis sei aufgelöst oder gekündigt. Andernfalls – also bei fortbestehendem Mietverhältnis – gilt für ihn ein um 10 % geminderter Kaufpreis. Demgegenüber hätte der Vorkaufsberechtigte auch unter der letztgenannten Bedingung den vollen Kaufpreis zu bezahlen.

31 Denn für den Fall der Ausübung des Vorkaufsrechts soll nach der im Kaufvertrag getroffenen Abrede – entsprechend der revisionsrechtlich nicht zu beanstandenden Auslegung durch das Berufungsgericht – stets der höhere Kaufpreis gelten. Entgegen den hilfsweise angestellten Erwägungen der Revisionserwiderung, die einen Rechtsfehler des Berufungsgerichts insoweit allerdings nicht aufzeigen, ist davon nicht der Fall der „Lieferung des Wohnungseigentums mit dem laufenden Mietverhältnis“, sondern allenfalls die hier nicht relevante Konstellation ausgenommen, dass das bei Abschluss des ersten Kaufvertrags bestehende Mietverhältnis beendet und noch vor der „Lieferung des Wohnungseigentums“ ein neues Mietverhältnis begründet worden sein sollte.

32 (3) Eine andere Beurteilung ist auch unter Berücksichtigung der beim Mietervorkaufsrecht bestehenden Besonderheiten nicht geboten. Insbesondere ist eine differenzierende Entgeltabrede, die – wie hier – unterschiedliche Preisbedingungen für den Erstkäufer einerseits und den Vorkaufsberechtigten andererseits vorsieht, nicht etwa deshalb als wirksam anzusehen, weil sich die verkaufte Wohnung bei fortbestehendem Mietverhältnis aus der Sicht des Erstkäufers – anders als aus der Sicht des vorkaufsberechtigten Mieters – als an einen Dritten vermietet darstellt und sich dieser Gesichtspunkt maßgeblich auf die Höhe des zu erzielenden Kaufpreises auswirken kann (im Ergebnis mit zum Teil unterschiedlichen Begründungen ebenso: Staudinger/Rolfs, Neub. 2021, § 577 Rdnr. 83; Münch-Komm-BGB/Häublein, 8. Aufl., § 577 Rdnr. 30; Spielbauer/Schneider/Krenek, Mietrecht, 2. Aufl., § 577 BGB Rdnr. 65; jurisPK-BGB/Seichter, Stand: 26.01.2021, § 464 Rdnr. 15.1; BeckOGK-BGB/Klühs, Stand: 01.01.2022, § 577 BGB Rdnr. 122; Burbulla/Schneider, ZfIR 2021, 30 f.; Herrler, ZfPW 2018, 328, 343 ff.; Sonnenschein, NJW 1997, 1270, 1283 f.).

33 Ohne Erfolg macht die Revision – gestützt auf die in der Rechtsprechung und im Schrifttum teilweise vertretene Gegenansicht (OLG München, MittBayNot 2005, 306 f.; LG München I, Urteil vom 27.07.2005, 10 O 6287/05, juris Rdnr. 55; Schmidt-Futterer/Blank/Fervers, Mietrecht, 15. Aufl., § 577 BGB Rdnr. 79; Blank/Börstinghaus, Miete, 6. Aufl., § 577 BGB Rdnr. 82; jurisPK-BGB/Tiedemann, Stand: 01.02.2020, § 577 Rdnr. 122; Derleder, NJW 1996, 2817, 2819 f.) – geltend, für vermietete Wohnungen sei regelmäßig nur ein niedrigerer Kaufpreis als für unvermietete Wohnungen zu erzielen und dieser Umstand rechtfertige die Vereinbarung einer „differenzierten Preisabrede“, bei der die Kaufpreiserhöhung vom Erlöschen mietvertraglicher Bindungen abhängig gemacht werde.

34 (a) Schon der Ausgangspunkt, dass vermietete Wohnungen stets nur mit einem Preisabschlag verkauft werden

können, trifft – wie das Berufungsgericht richtig erkannt hat – in dieser Allgemeinheit nicht zu. Denn der Umstand, dass das Objekt vermietet ist, wird sich in der Regel nur dann mindernd auf den Kaufpreis auswirken, wenn die Wohnung zu einem unterhalb des Marktniveaus liegenden Entgelt vermietet ist und deshalb für einen an einer Kapitalanlage interessierten Käufer weniger werthaltig wäre oder wenn der konkret interessierte Käufer die Wohnung zur Eigennutzung erwerben will (ähnlich auch Herrler, a. a. O., S. 344).

35 (b) Selbst wenn aber – wozu das Berufungsgericht keine Feststellungen getroffen hat – die im Streitfall vereinbarten Preise für die betroffene Wohnung in vermietetem bzw. in unvermietetem Zustand den konkret gegebenen Marktverhältnissen und Interessen der am Erstvertrag beteiligten Parteien entsprächen, änderte dies entgegen den von der Revision benannten Stimmen im Schrifttum (Derleder, a. a. O.; jurisPK-BGB/Tiedemann, a. a. O.; Blank/Börstinghaus, a. a. O.; Schmidt-Futterer/Blank/Fervers, a. a. O.) aus den nachfolgenden Gründen nichts daran, dass die Preisabrede eine nach den oben aufgezeigten Grundsätzen unzulässige Benachteiligung der (vorkaufsberechtigten) Klägerin enthielte.

36 (aa) Das Gesetz weist – wie sich den Bestimmungen zum Vorkaufsrecht des Mieters (mittelbar) entnehmen lässt und wie das Berufungsgericht richtig gesehen hat – den etwaigen wirtschaftlichen Vorteil, der sich für den vorkaufsberechtigten Mieter daraus ergeben kann, dass er die Wohnung zu einem Preis erwirbt, der unter Berücksichtigung des – aus Sicht des Erstkäufers nachteilhaften – Umstands der Vermietung an einen Dritten gebildet wurde, dem Mieter zu. Denn diese dem Wesen des Mietervorkaufsrechts innewohnende Besonderheit hat den Gesetzgeber ersichtlich nicht dazu veranlasst, die in § 577 Abs. 1 Satz 3 BGB geregelte Anwendbarkeit der Vorschriften über den Vorkauf entsprechend einzuschränken oder Modifizierungen vorzusehen.

37 (bb) Ein anderweitiger gesetzgeberischer Wille lässt sich weder den Gesetzesmaterialien entnehmen noch erfordern Sinn und Zweck des Mietervorkaufsrechts eine entsprechende Einschränkung der Anwendbarkeit oder Änderung der für den Vorkauf allgemein geltenden Bestimmungen. Insbesondere trifft es entgegen der Auffassung der Revision nicht zu, dass es vom Regelungszweck des § 577 BGB nicht gedeckt sei, dem Mieter den darin liegenden Vermögensvorteil zu gewähren, dass ihm – ggf. – der Erwerb der Wohnung zu dem (niedrigeren) Kaufpreis für eine vermietete Wohnung ermöglicht wird, obwohl sich die Wohnung aus seiner Sicht als nicht an einen Dritten vermietet darstellt.

38 (aaa) Mit der Einführung des gesetzlichen Mietervorkaufsrechts für den Fall des erstmaligen Verkaufs einer in Wohnungseigentum umgewandelten Mietwohnung (§ 570b BGB a. F.; § 577 BGB) hat der Gesetzgeber nicht nur den Schutz des Mieters vor einer Verdrängung aus seiner Wohnung infolge einer Eigenbedarfs- oder Verwertungskündigung durch einen Dritterwerber bezweckt, sondern auch das Ziel verfolgt, das Interesse des Mieters an einem Erwerb der Wohnung zu schützen, insbesondere wenn dieser aus seiner Sicht günstig ist (vgl. Senatsurteil vom 21.01.2015,

VIII ZR 51/14, NJW 2015, 1516 Rdnr. 37 f. unter Bezugnahme auf BT-Drucks. 12/3013, S. 18 und 12/3254, S. 40).

39 (bbb) Indem er dem Mieter durch die Verweisung in § 577 Abs. 1 Satz 3 BGB auf die Bestimmungen zum Vorkaufsrecht (§§ 463 ff. BGB) die im Wesentlichen gleiche Rechtsstellung wie einem sonstigen Vorkaufsberechtigten eingeräumt und den Mieter damit in die Lage versetzt hat, bei Ausübung seines Vorkaufsrechts an den zwischen dem Vorkaufsverpflichteten und dem Dritten ausgehandelten Konditionen zu partizipieren (vgl. Senatsurteil vom 21.01.2015, VIII ZR 51/14, a. a. O. Rdnr. 38), hat der Gesetzgeber es gerade hingenommen, dass der Mieter in den Fällen, in denen die Vermietung an ihn zu der Vereinbarung eines entsprechend niedrigeren Kaufpreises zwischen dem Vorkaufsverpflichteten und dem Erstkäufer geführt hat, bei Ausübung seines Vorkaufsrechts – wirtschaftlich betrachtet – von diesem Umstand profitiert.

40 (ccc) Dass der Gesetzgeber diesen Gesichtspunkt nicht etwa übersehen hat, zeigt sich schon daran, dass er ausweislich der Gesetzesmaterialien zu § 570 b BGB a. F. als der Vorgängerregelung des § 577 BGB ausdrücklich darauf abgestellt hat, das vorgesehene Vorkaufsrecht verschaffe dem Mieter die Möglichkeit, vor der Entscheidung über den Kauf der Wohnung abzuwarten, ob der Vermieter einen anderen Käufer finde und ob dieser ggf. die Wohnung nur aus Gründen der Kapitalanlage erwerben wolle und deshalb eine Kündigung des Mietverhältnisses nicht zu besorgen sei (BT-Drucks. 12/3013, S. 18 und 12/3254, S. 40). Er hat demnach im Blick gehabt, dass die Ausübung des Vorkaufsrechts für den Mieter insbesondere dann von Interesse ist, wenn der Dritte die Wohnung zur Eigennutzung erwerben will, mithin gerade auch die Konstellation bedacht, in der die Vereinbarung eines – bedingt durch den Umstand der Vermietung – niedrigeren Kaufpreises mit dem Erstkäufer naheliegt.

41 (ddd) Schützenswerte Belange der im Fall der Ausübung des Mietvorkaufsrechts an den jeweiligen Kaufverträgen beteiligten Parteien stehen dem aufgezeigten Normenverständnis nicht entgegen.

42 (a) Zu Recht hat das Berufungsgericht darauf abgestellt, dass dem Verkäufer kein unbilliger Nachteil entsteht, wenn er für die in seinem Eigentum stehende Wohnung – von den sogleich (unter (β)) noch zu benennenden Ausnahmen abgesehen – lediglich den Kaufpreis zu erzielen vermag, den ein Erstkäufer unter Berücksichtigung des Umstands, dass die Wohnung (an einen Dritten) vermietet ist, zu bezahlen bereit ist. Denn im Eigentum des Verkäufers steht in diesen Fällen bei Vertragsschluss und – worauf die Revisionserwiderung zutreffend hinweist – gerade bei einer Übertragung an den Vorkaufsberechtigten auch bis zur Beendigung seiner Eigentümerstellung (vgl. Senatsurteil vom 27.04.2016, VIII ZR 323/14, NJW-RR 2016, 784 Rdnr. 18 m. w. N. [zum Zeitpunkt des Erlöschens des Mietverhältnisses durch Konfusion]) „nur“ eine vermietete Wohnung. Ein Grund dafür, dass dem Verkäufer die Möglichkeit eingeräumt werden müsste, den damit etwa verbundenen Nachteil auf Kosten des Mieters auszugleichen, ist nicht erkennbar.

43 (β) Davon abgesehen bleibt es dem Verkäufer unbenommen, mit dem Erstkäufer – ähnlich wie hier (zusätzlich) geschehen – einen höheren Kaufpreis für den Fall zu vereinbaren, dass das bei Vertragsschluss bestehende Mietverhältnis zu einem bestimmten späteren Zeitpunkt vor dem Eigentümerwechsel (etwa bei Fälligkeit der Kaufpreiszahlung) durch Kündigung oder einvernehmliche Aufhebung erloschen sein sollte. Auf diesem Weg kann er sicherstellen, dass es ggf. ihm zugutekäme, wenn der Mieter sich aus eigenem Antrieb noch vor dem Eigentümerwechsel zu einer Kündigung des Mietverhältnisses entscheiden sollte oder sich zeitnah Umstände ergeben sollten, die den Vermieter zu einer Kündigung berechtigten. Auch stünde es dem Verkäufer auf diese Weise offen, im eigenen wirtschaftlichen Interesse zu versuchen, sich mit dem Mieter auf eine Aufhebung des Mietvertrags zu verständigen. Dass ihm das regelmäßig nur gelingen wird, wenn er dem Mieter eine Abfindungszahlung anbietet, zeigt ebenfalls, dass der mit einer Vermietung der Wohnung möglicherweise einhergehende Nachteil wirtschaftlich betrachtet dem Verkäufer zuzuordnen ist (ähnlich *Herrler*, ZfPW 2018, 328, 343 ff.).

44 (y) Vor diesem Hintergrund geht auch die Argumentation der Revision fehl, der vorkaufsberechtigte Mieter erleide durch die differenzierende Preisbestimmung keinen Nachteil, weil er für seine Leistung in Form eines höheren Kaufpreises eine äquivalente Gegenleistung, nämlich die Überweisung einer aus seiner Sicht nicht an einen Dritten vermieteten Wohnung, erhalte. Die Revision übersieht hierbei, dass nicht etwa dem Mieter – ohne eine differenzierende Preisabsprache, die mit der hier verwendeten vergleichbar ist – ein diesem nicht zustehender Vorteil zuflüsse, sondern vielmehr andernfalls der Verkäufer von einem seinem Vermögen anhaftenden Nachteil auf Kosten des Mieters befreit würde.

45 (cc) Entgegen der Auffassung der Revision kommt es für die Beurteilung, ob den Vorkaufsberechtigten nach dem Vertrag – entgegen der Vorschrift des § 464 Abs. 2 BGB – ungünstigere Bedingungen als den Erstkäufer treffen und darin eine unzulässige Benachteiligung des Vorkaufsberechtigten liegt, auch nicht auf einen unter rein wirtschaftlichen Gesichtspunkten anzustellenden Vergleich der Position des Erstkäufers mit derjenigen des vorkaufsberechtigten Mieters an (ähnlich *Burbulla/Schneider*, ZfIR 2021, 31).

46 (aaa) Soweit die Revision sich darauf beruft, dass mit der genannten Preisabrede letztlich erreicht werden solle, den beiden möglichen Käufern, also dem Vorkaufsberechtigten und dem Erstkäufer, die im Ergebnis gleichen wirtschaftlichen Bedingungen – durch einen an die Stellung des jeweiligen Käufers bezogen auf das Kaufobjekt (Mieter der zu verkaufenden Wohnung oder Dritter) angepassten Preis – zu gewähren, verkennt sie, dass nach Maßgabe des § 464 Abs. 2 BGB – wie oben aufgezeigt – für den Vorkaufsberechtigten objektiv dieselben Bedingungen wie für den Erstkäufer zu gelten haben. Ob sich die mit dem Erstkäufer vereinbarten Bedingungen für den Vorkaufsberechtigten im Vorkaufsfall wirtschaftlich betrachtet anders – unter Umständen günstiger – als für den Erstkäufer im Fall der Nichtausübung des Vorkaufsrechts auswirken, ist dabei nicht von Belang.

47 Ebenso kommt es hierbei entgegen der Ansicht der Revision nicht darauf an, dass der Erstkäufer sich – anders als in den Konstellationen, in denen die Entgeltabrede ausschließlich für den Vorkaufsfall einen höheren Kaufpreis vorsieht (so in den Fällen, die den Entscheidungen des OLG München [MittBayNot 2005, 306] und des LG München I [Urteil vom 27.07.2005, 10 O 6287/05, juris] zugrunde lagen) – dazu verpflichtet hat, unter bestimmten Umständen (hier: bei Nachweis der Beendigung des Mietverhältnisses durch Kündigung oder Auflösung innerhalb eines Monats nach Vertragsschluss) ebenfalls den höheren Kaufpreis zu bezahlen. Denn dies ändert nichts daran, dass der vorliegende Vertrag unter bestimmten Voraussetzungen (fortbestehende Vermietung der Wohnung) ausschließlich für den Erstkäufer einen niedrigeren Kaufpreis und damit teilweise unterschiedliche Konditionen für den Erstkäufer und für den Vorkaufsberechtigten vorsieht.

48 (bbb) Schließlich spielt es für die rechtliche Bewertung, ob die mit dem Erstkäufer getroffene Vereinbarung eine unzulässige Benachteiligung des Vorkaufsberechtigten in dem oben genannten Sinne darstellt, auch keine Rolle, ob – was nach Ansicht der Revision zu verneinen ist – der Vorkaufsberechtigte bei (vollumfänglicher) Geltung der Preisabrede im Vergleich zu dem Erstkäufer einen wirtschaftlichen Nachteil erlitt. Maßgeblich ist insoweit vielmehr allein ein Vergleich der dem Vorkaufsberechtigten nach dem Gesetz eingeräumten Rechtsposition (nämlich ausschließliche Geltung der [nur] für den Erstkäufer vereinbarten Bedingungen, [§ 464 Abs. 2 BGB]), mit derjenigen, die er im Fall der Wirksamkeit der (ohne seine Mitwirkung) speziell für ihn vereinbarten Bedingungen inne hätte. Dass dieser Vergleich hier eine unzulässige Benachteiligung des Vorkaufsberechtigten durch die Preisabrede ergibt, wurde oben bereits aufgezeigt.

49 bb) Der Umstand, dass sich die Preisabrede teilweise – nämlich in Bezug auf die speziell für den Vorkaufsfall im Verhältnis zum Vorkaufsberechtigten getroffenen Regelungen – als unzulässige Vereinbarung zulasten Dritter darstellt, hat zur Folge, dass die Klägerin an den betreffenden Teil der Abrede nicht gebunden ist. Der Vertrag im Übrigen, dessen nach Entfernung des unwirksamen Teils verbleibender Inhalt (Wohnungskauf zu höherem Kaufpreis [nur] bei innerhalb eines bestimmten Zeitraums gekündigtem oder aufgelöstem Mietverhältnis, andernfalls zu niedrigerem Kaufpreis) für sich allein einen Sinn behält (vgl. zu diesem Maßstab etwa BGH, Urteile vom 08.02.2019, V ZR 176/17, NJW 2019, 2016 Rdnr. 25; vom 11.05.2012, V ZR 193/11, NJW 2012, 2648 Rdnr. 15 m. w. N.), hat hingegen Bestand, wovon die Parteien auch übereinstimmend ausgehen.

50 (1) Die Frage, ob die teilweise unwirksame Preisabrede zu einer Gesamtnichtigkeit des Kaufvertrags nach Maßgabe des § 139 BGB führt, stellt sich im Streitfall schon deshalb nicht, weil sich die – wegen der in dem Kaufvertrag enthaltenen salvatorischen Erhaltensklausel insoweit ggf. darlegungs- und beweisbelastete (st. Rspr.; vgl. etwa Senatsurteil vom 15.06.2005, VIII ZR 271/04, NJW-RR 2005, 1534 unter II. 2.; BGH, Beschluss vom 15.03.2010, II ZR 84/09, NJW 2010, 1660 Rdnr. 8) – Beklagte nicht auf eine etwaige Ge-

samtnichtigkeit des Vertrags nach § 139 BGB beruft. Vielmehr macht – wie oben bereits erwähnt – keine der Parteien geltend, dass der den Vorkaufsfall auslösende Kaufvertrag vom 06.12.2016 nicht wirksam zustande gekommen wäre.

51 (2) Abgesehen davon könnte die Beklagte sich gegenüber der Klägerin ohnehin nicht mit Erfolg auf eine Gesamtnichtigkeit des Vertrags nach § 139 BGB berufen. Denn im Rahmen der Prüfung nach Maßgabe des § 139 BGB käme es allein darauf an, ob das teilnichtige Rechtsgeschäft gemäß dem mutmaßlichen Willen der Parteien als Ganzes verworfen worden wäre. Maßgeblich wäre daher, welche Entscheidung die Parteien bei Kenntnis der Sachlage nach Treu und Glauben und bei vernünftiger Abwägung der in Betracht kommenden Verhältnisse und Interessen getroffen hätten (st. Rspr.; vgl. etwa BGH, Urteile vom 17.10.2007, IV ZR 266/06, NJW 2008, 298 Rdnr. 16; vom 14.04.2005, IX ZR 109/04, NJW-RR 2005, 1290 unter 2. b); vom 30.01.1997, IX ZR 133/96, NJW-RR 1997, 684 unter B. III. 2. c) m. w. N.; vom 22.05.1996, VIII ZR 194/95, NJW 1996, 2087 unter II. 2. b); vom 13.03.1986, III ZR 114/84, NJW 1986, 2576 unter II. 5.). Die insoweit gebotene objektive Bewertung ergäbe hier, dass das Rechtsgeschäft auch ohne den unwirksamen Teil vorgenommen worden und deshalb im Übrigen wirksam wäre.

52 cc) Nach der demnach – unter Ausklammerung ihres unwirksamen Teils – verbleibenden Preisabrede war die Klägerin lediglich zur Zahlung eines Kaufpreises i. H. v. 146.940 € verpflichtet. Denn die Abrede sieht für den – nach den rechtsfehlerfreien und insoweit nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts – hier vorliegenden Fall, dass das seinerzeit zwischen den Parteien bestehende Mietverhältnis weder gekündigt noch aufgelöst worden ist, eine Herabsetzung des Kaufpreises auf den genannten Betrag vor.

53 Etwas anderes gilt hier auch nicht etwa deshalb, weil das Mietverhältnis zwischen den Parteien mit dem Erwerb des Eigentums der Klägerin an der bis dahin an sie vermieteten Eigentumswohnung – also mit der Eintragung der Klägerin als Eigentümerin im Grundbuch – durch Konfusion erloschen ist (vgl. Senatsurteil vom 27.04.2016, VIII ZR 323/14, NJW-RR 2016, 784 Rdnr. 18 m. w. N.). Abgesehen davon, dass der verbleibende (wirksame) Teil der Vertragsbestimmung nach der aus revisionsrechtlicher Sicht nicht zu beanstandenden und von der Revision hingenommenen Auslegung durch das Berufungsgericht eine Pflicht zur Entrichtung des ungeminderten Kaufpreises für diesen Fall nicht vorsieht, läge gemäß den obigen Ausführungen andernfalls auch insoweit eine unwirksame (Teil-)Abrede vor. Denn eine differenzierende Preisabrede, die die Pflicht zur Entrichtung des höheren Kaufpreises (unter anderem) an das Erlöschen des Mietverhältnisses durch Konfusion knüpft, benachteiligt den Vorkaufsberechtigten aus den oben genannten Gründen in unzulässiger Weise.



AUFsätze



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSPRECHUNG



SONSTIGES



STANDESNACHRICHTEN

2. Konkludenter Ausschluss des Widerrufsrechts bei mehreren Generalbevollmächtigten

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 24.01.2022, 10 W 8/21

BGB §§ 133, 167, 168

LEITSATZ:

Werden mehreren Personen zur Einzelvertretung berechtigte (Vorsorge-)Vollmachten erteilt, ermächtigen diese regelmäßig nicht zum Widerruf der (Vorsorge-)Vollmachten der weiteren Einzelvertretungsberechtigten.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die sofortige Beschwerde des Beklagten richtet sich gegen den Beschluss des LG Heidelberg vom 22.06.2021, mit dem dem Beklagten die Kosten des Verfahrens auferlegt wurden. Zuvor hatten die Parteien den vor dem LG Heidelberg geführten Rechtsstreit um die Herausgabe einer Vollmachtsurkunde übereinstimmend für erledigt erklärt.

2 Der Kläger hatte dem Beklagten, der sein Stiefsohn ist, sowie drei leiblichen Kindern, darunter R Z, am 22.11.2016 jeweils eine zur Einzelvertretung berechtigte notarielle Vorsorge- und Generalvollmacht erteilt. Mit Schreiben vom 20.03.2018 widerrief R Z durch Rechtsanwaltsschreiben die dem Beklagten erteilte Vorsorgevollmacht und forderte die Herausgabe der diesbezüglichen Vollmachtsurkunde. Mit eigenhändig unterzeichnetem Schreiben vom 20.11.2020 widerrief der Kläger gegenüber dem Beklagten die Vollmacht erneut und verlangte wiederum die Herausgabe der Vollmachtsurkunde. Der Aufforderung, die Vollmachtsurkunde herauszugeben, kam der Beklagte jeweils nicht nach. Mit Klageschrift vom 21.01.2021, die dem Beklagten am 24.02.2021 zugestellt wurde, begehrte der Kläger die Verurteilung des Beklagten zur Herausgabe der Vollmachtsurkunde. Am 17.03.2021 gab der Beklagte die Vollmachtsurkunde an den Kläger heraus, woraufhin beide Parteien den Rechtsstreit übereinstimmend für erledigt erklärten.

3 Mit Beschluss vom 22.06.2021 sprach das LG Heidelberg die Verpflichtung des Beklagten zur Tragung der Kosten des Rechtsstreits aus. Die dem Beklagten erteilte notarielle Vollmacht sei durch den Kläger mit Schreiben vom 20.11.2020 wirksam widerrufen worden, weshalb ein Anspruch auf Herausgabe der Vollmachtsurkunde gemäß § 175 BGB bestanden habe. Der Einwand des Beklagten, er habe keinen Anlass zur Klageerhebung gegeben, greife nicht durch.

4 Gegen diesen Beschluss richtet sich die sofortige Beschwerde des Beklagten, mit der er insbesondere vorbringt, die Vollmacht sei durch das Schreiben vom 20.11.2020 aufgrund der Geschäftsunfähigkeit des Klägers nicht wirksam widerrufen worden. Das LG hat der sofortigen Beschwerde mit Beschluss vom 23.08.2021 nicht abgeholfen.

5 Der Senat hat mit Verfügung vom 30.09.2021 den Hinweis erteilt, dass es am schlüssigen Vortrag eines wirksamen Widerrufs der Vorsorgevollmacht durch den Kläger, vertreten durch R Z, mit Rechtsanwaltsschreiben vom 20.03.2018 fehlen dürfte. Hierzu hat der Beklagte Stellung genommen; der Kläger hat keine Stellungnahme abgegeben.

6 II. Die gemäß § 91a Abs. 2 Satz 1 ZPO statthafte sofortige Beschwerde des Beklagten ist auch im Übrigen zulässig. Sie hat auch in der Sache Erfolg.

7 1. Gemäß § 91a Abs. 1 Satz 1 ZPO ist über die Kosten des Rechtsstreits erster Instanz unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstands nach billigem Ermessen durch Beschluss zu entscheiden. Maßgeblich für die Entscheidung sind insbesondere der ohne die Erledigung zu erwartende Verfahrensausgang und die damit einhergehende voraussichtliche Kostenentscheidung (siehe nur BGH, Beschluss vom 07.05.2007, VI ZR 233/05, NJW 2007, 3429; Beschluss vom 19.07.2017, VIII ZR 284/16, NJW-RR 2017, 1041). Bei dessen Beurteilung kann auch neuer, das heißt nach der übereinstimmenden Erledigungserklärung und ggf. auch erst im Beschwerdeverfahren vorgebrachter Tatsachenvortrag noch zu berücksichtigen sein; dies gilt zwar nicht uneingeschränkt (siehe allgemein BeckOK-ZPO/Jaspersen, 43. Edition 2021, § 91a Rdnr. 29 m. w. N.), jedenfalls aber für unstrittigen Tatsachenvortrag, der keiner weiteren Aufklärung oder gar Beweisaufnahme bedarf (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18.06.1993, 17 W 33/93, MDR 1993, 1120; OLG Köln, Beschluss vom 07.05.2018, 24 W 1/18; MünchKomm-ZPO/Schulz, 6. Aufl. 2020, § 91a Rdnr. 49).

8 2. Danach entsprach es vorliegend der Billigkeit, dem Kläger die Kosten des Rechtsstreits aufzuerlegen. Denn unter Würdigung des maßgeblichen Sach- und Streitstands stand dem Kläger zur Zeit des erledigenden Ereignisses kein Anspruch gegen den Beklagten auf Herausgabe der Vollmachtsurkunde aus § 175 BGB zu. Die Vollmacht war zu diesem Zeitpunkt nicht wirksam widerrufen worden.

9 Soweit sich der Kläger auf einen Widerruf der Vollmacht durch den Kläger, vertreten durch Herrn R Z, dieser vertreten durch Herrn Rechtsanwalt Dr. L., mit Schreiben vom 20.03.2018 berufen hat, ist ein wirksamer Widerruf der Vollmacht bereits nicht schlüssig vorgetragen. Mit der Erteilung einer Vorsorgevollmacht an eine Person ist regelmäßig nicht die Bevollmächtigung zum Widerruf einer gleichzeitig einer weiteren Person erteilten Vorsorgevollmacht und daher auch nicht zur Erteilung einer entsprechenden Unterbevollmächtigung verbunden. Denn andernfalls wäre der Wunsch des Vollmachtgebers, mehreren Personen eine Einzelvertretungsmacht einzuräumen, ständig der Gefahr ausgesetzt, nach dem „Windhundprinzip“ konterkariert zu werden, indem jeder Einzelbevollmächtigte fortlaufend gewärtigen müsste, seine Vollmacht werde durch einen anderen Bevollmächtigten widerrufen. Jeder Bevollmächtigte könnte sich so die Position eines ausschließlich Bevollmächtigten verschaffen, und dies – jedenfalls nach Eintritt der Geschäftsunfähigkeit des (Vorsorge-)Vollmachtgebers – sogar dauerhaft. Dies hatte der Vollmachtgeber jedoch ersichtlich nicht gewollt, als er sich dafür entschied, mehreren Personen eine Einzelvertretungsbefugnis zu erteilen, weshalb im Wege der Auslegung (§ 133 BGB) im Regelfall – und so auch hier – eine entsprechende konkludente Beschränkung der Vertretungsmacht jedes Einzelbevollmächtigten zu ermitteln ist (siehe auch OLG Karlsruhe, Beschluss vom 03.02.2010, 19 U 124/09).

(...)

3. Voreintragungsgrundsatz bei Belastung eines Grundstücks mit einer Finanzierungsgrundschuld aufgrund transmortaler Vollmacht

OLG Bremen, Beschluss vom 29.11.2021, 3 W 22/21

GBO § 39 Abs. 1, § 40 Abs. 1

LEITSATZ:

Die Voreintragung des Berechtigten ist nicht entsprechend § 40 Abs. 1 GBO entbehrlich, wenn ein Bevollmächtigter aufgrund einer von dem noch als Eigentümer eingetragenen Erblasser erteilten transmortalen Vollmacht nach dem Ableben des Vollmachtgebers eine Finanzierungsgrundschuld an einem Nachlassgrundstück eintragen lassen will (entgegen OLG Celle, Beschluss vom 16.08.2019, 18 W 33/19; OLG Köln, Beschluss vom 16.03.2018, I-2 Wx 123/18; OLG Stuttgart, Beschluss vom 17.10.2018, 8 W 311/18; OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 27.06.2017, 20 W 179/17; KG, Beschluss vom 22.10.2020, 1 W 1357/20).

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Antragsteller begehren die Eintragung einer Grundschuld.

2 Im Grundbuch von Bremerhaven, Bezirk (...), Blatt (...) sind die Antragstellerin zu 1 und ihr am (...) 2017 verstorbener Ehemann, Herr (...), als Miteigentümer zu je zu ½ Anteil des Grundbesitzes Gemarkung (...) Flur (...) Flurstück (...), eingetragen. Mit notariellen Urkunden vom 16.10.2006 (UR.-Nr. [...] und [...] des Notars [...]) hatten die Eheleute (...) ihren Kindern, Herrn (...) und Frau (...) (die Bevollmächtigten), jeweils eine Vorsorgevollmacht in allen persönlichen und vermögensrechtlichen Angelegenheiten eingeräumt. Die Vollmacht, die über den Tod der Vollmachtgeber hinaus wirksam bleiben sollte, umfasste insbesondere auch das Recht der Bevollmächtigten, über Vermögensgegenstände jeder Art zu verfügen.

3 Mit notariellem Kaufvertrag vom 10.09.2021 (UR.-Nr. [...]) des Notars [...] veräußerten die Bevollmächtigten unter Berufung auf die ihnen erteilten Vollmachten, ausweislich der Urkunde handelnd für die Antragstellerin zu 1 und den verstorbenen Herrn (...), den bezeichneten Grundbesitz an die Antragstellerin zu 3 und bewilligten zugleich die Eintragung einer Auflassungsvormerkung. Unter § 8 des Kaufvertrages wurde der Antragstellerin zu 3 zudem das Recht eingeräumt, das Grundstück bereits vor Eigentumsumschreibung mit einem Grundpfandrecht zu belasten und die Verkäufer bei allen hierfür erforderlichen Rechtshandlungen zu vertreten. Mit gesonderter Urkunde des Notars (...) vom selben Tag (UR.-Nr. [...]) bestellte die Antragstellerin zu 3 sodann im eigenen Namen sowie aufgrund der kaufvertraglich gewährten Belastungsvollmacht für die Verkäufer eine Grundschuld i. H. v. 255.000 € zugunsten der (...) -Bank.

4 Mit Schreiben vom 14.09.2021 beantragte der den Kaufvertrag beurkundende Notar die Eintragung der Grundschuld und mit weiterem Schreiben vom 15.09.2021 die Eintragung der Auflassungsvormerkung für die Antragstellerin

zu 3. Das AG (...) – Abteilung für Grundbuchsachen – teilte mit Zwischenverfügung vom 20.09.2021 mit, dass der beantragten Grundbucheintragung Eintragungshindernisse entgegenstünden. Aufgrund des Versterbens des Herrn (...) sei zunächst eine Grundbuchberichtigung herbeizuführen. Die Ausnahmeregelung des § 40 GBO greife bei der Eintragung einer Grundschuld nicht, sodass eine Voreintragung nach § 39 GBO erforderlich sei.

5 Gegen diesen Beschluss hat der Verfahrensbevollmächtigte zu 1 bis 3 mit Schreiben vom 11.10.2021 Beschwerde eingelegt und unter Bezugnahme auf eine Entscheidung des OLG Celle (Beschluss vom 16.08.2019, 18 W 33/19) die Ansicht vertreten, dass es einer Voreintragung der Erben des noch als Miteigentümer eingetragenen Erblassers nicht bedürfe.

6 Das Grundbuchamt hat der Beschwerde mit Beschluss vom 29.10.2021 nicht abgeholfen und sie dem Hanseatischen OLG zur Entscheidung vorgelegt. Die Ausnahmevorschrift des § 40 GBO sei eng und nach dem Wortlaut ausulegen. Das Grundbuchamt verweist insoweit auf eine Entscheidung des OLG Oldenburg (Beschluss vom 23.03.2021, 12 W 38/21).

7 Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.

8 II. Die gegen die Zwischenverfügung des AG (...) – Grundbuchamt – gerichtete Beschwerde ist zwar zulässig, sie hat aber in der Sache keinen Erfolg.

9 1. Die Beschwerde gegen die nach § 18 Abs. 1 GBO getroffene Zwischenverfügung des Grundbuchamtes ist gemäß § 11 Abs. 1, § 3 Nr. 1 lit. h) RPfIG i. V. m. § 71 Abs. 1 GBO statthaft und durch den beurkundenden Notar in zulässiger Weise sowie formgerecht erhoben (§ 73 i. V. m. § 15 Abs. 2 GBO). Sie ist als Rechtsmittel der Antragsteller auszulegen. Der Verfahrensbevollmächtigte zu 1 bis 3 hat vorliegend zwar nicht ausdrücklich klargestellt, für welchen der Antragsteller er die Beschwerde eingelegt hat. Wenn der Notar im Rahmen der vermuteten Vollmacht nach § 15 GBO eine Beschwerde einlegt, sind grundsätzlich jedoch alle Antragsberechtigten als Beschwerdeführer anzusehen (zum Ganzen: Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rdnr. 189 m. w. N.).

10 2. Die Beschwerde ist jedoch nicht begründet. Das AG (...) – Grundbuchamt – hat die beantragte Eintragung zu Recht wegen der fehlenden Voreintragung (§ 39 Abs. 1 GBO) zurückgewiesen. Bei diesem Voreintragungsgrundsatz muss es auch für den vorliegenden Fall verbleiben. Die Beschwerde kann sich hier nicht mit Erfolg auf § 40 Abs. 1 GBO berufen.

11 In Rechtsprechung und Literatur ist die Frage umstritten, ob die Voreintragung der Erben nach §§ 39, 40 GBO auch dann erforderlich ist, wenn – wie hier – ein transmortal Bevollmächtigter über ein Grundstück verfügt und es mit einer Finanzierungsgrundschuld belastet (zum Meinungsstand siehe etwa Weber, DNotZ 2018, 884, 895 f.). Das OLG Celle (Beschluss vom 16.08.2019, 18 W 33/19) hat diese Frage zuletzt unter Verweis auf die Rechtsprechung der OLG in



AUFSÄTZE



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSPRECHUNG



SONSTIGES



STANDESNACHRICHTEN

Frankfurt a. M. (Beschluss vom 27.06.2017, 20 W 179/17), Köln (Beschluss vom 16.03.2018, I-2 Wx 123/18, 2 Wx 123/18) und Stuttgart (Beschluss vom 17.10.2018, 8 W 311/18) mit der Erwägung verneint, dass das Handeln des transmortal Bevollmächtigten rechtskonstruktiv mit dem Handeln eines Nachlasspflegers vergleichbar sei. Für diesen gelte aber ausdrücklich die Ausnahme vom Voreintragungsgrundsatz nach § 40 Abs. 1 Alt. 2 Fall 2 GBO. Hinzu komme, dass § 40 GBO den Erben die Kosten einer unnötigen Eintragung ersparen wolle, wenn diese durch Übertragung des ererbten Rechts ohnehin alsbald wieder aus dem Grundbuch ausscheiden würden. Auch dies spreche hier aber für eine analoge Anwendung der Ausnahmenvorschrift, zumal eine Differenzierung zwischen der Eintragung der Auflassungsvormerkung, bei der nach allgemeiner Meinung keine Voreintragung der Erben erforderlich sein solle, und der Eintragung von Finanzierungsbelastungen auch der Sache nach nicht gerechtfertigt erscheine. Denn in beiden Konstellationen stehe von vornherein fest, dass eine Eintragung des Käufers im Grundbuch innerhalb verhältnismäßig kurzer Zeit nachfolgen werde (zum Ganzen OLG Celle, a. a. O., juris Rdnr. 20).

12 Der Senat schließt sich diesen Ausführungen nicht an und hält an dem Voreintragungserfordernis auch in Fallkonstellationen wie der vorliegenden fest. Hierfür spricht aus Sicht des Senats was folgt:

13 a. § 40 Abs. 1 GBO ist nach seinem Wortlaut im Falle der Belastung eines Grundstücks mit einem Grundpfandrecht durch einen transmortal Bevollmächtigten – insoweit unstrittig – nicht unmittelbar einschlägig. Denn zum einen handelt es sich bei der Bestellung einer Grundschuld nicht um die Übertragung eines Rechts. Zum anderen erfolgt der Eintragungsantrag in diesem Fall weder durch die Bewilligung eines Nachlasspflegers noch des Erblassers selbst, da letztere grundsätzlich eine noch lebzeitig durch den Erblasser abgegebene Erklärung erfordert. Die transmortale Vollmacht führt nach dem Tod des Vollmachtgebers jedoch zu einer Vertretererklärung für den an die Stelle des Verstorbenen getretenen Erben; sie ist rechtlich nicht als Erklärung des Erblassers anzusehen (vgl. OLG Köln, Beschluss vom 11.03.2019, I-2 Wx 82/19, juris Rdnr. 13).

14 b. Auch eine entsprechende Anwendung des – als Ausnahmenvorschrift ohnehin eng auszulegenden (OLG München, Beschluss vom 27.04.2006, 32 Wx 67/06, juris Rdnr. 17) – § 40 Abs. 1 GBO auf Fallkonstellationen wie die vorliegende scheidet nach Ansicht des Senates aus (entgegen OLG Celle, Beschluss vom 16.08.2019, 18 W 33/19; OLG Köln, Beschluss vom 16.03.2018, I-2 Wx 123/18; OLG Stuttgart, Beschluss vom 17.10.2018, 8 W 311/18; OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 27.06.2017, 20 W 179/17; KG, Beschluss vom 22.10.2020, 1 W 1357/20, allesamt juris).

15 Eine Analogie ist nach der gefestigten höchstrichterlichen Rechtsprechung nur dann zulässig, wenn das Gesetz (i) eine planwidrige Regelungslücke enthält und (ii) der zu beurteilende Sachverhalt in rechtlicher Hinsicht so weit mit dem Tatbestand vergleichbar ist, den der Gesetzgeber geregelt hat, dass angenommen werden kann, dieser wäre bei einer Interessenabwägung, bei der er sich von den gleichen

Grundsätzen hätte leiten lassen wie bei dem Erlass der herangezogenen Gesetzesvorschrift, zu dem gleichen Abwägungsergebnis gekommen (statt aller: BGH, Urteil vom 16.07.2003, VIII ZR 274/02, BGHZ 155, 380-392, juris Rdnr. 22). Das ist hier jedoch nicht ersichtlich.

16 (i) Zweifelhaft ist insoweit bereits, ob überhaupt von dem Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke ausgegangen werden kann. Denn die grundsätzliche Problemlage ist spätestens seit einer Entscheidung des RG vom 28.06.1916 (Az. V. B. 1/16, RGZ 88, 345, 348, abrufbar bei juris) – und mithin seit über 105 Jahren – bekannt, ohne dass der Gesetzgeber dies zum Anlass genommen hätte, die bezeichnete Norm zu revidieren (zum Ganzen auch *Kramer*, FGPrax 2019, 13, 14; für das Gebiet der neuen Länder war die entsprechende Anwendung des § 40 Abs. 1 GBO für die Eintragung von Belastungen in der Übergangsvorschrift des § 11 Abs. 2 GBBerG hingegen ausdrücklich vorgesehen).

17 (ii) Aber selbst wenn man hier das Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke bejahen wollte, so fehlt es – aus Sicht des Senates – doch jedenfalls an einer vergleichbaren Interessenlage.

18 Dies gilt zum einen insoweit, als die Bestellung einer Finanzierungsgrundschuld – und mithin die dauerhafte Belastung eines Grundstücks mit einem Fremdrecht – nicht mit der Übertragung eines Rechtes gleichgesetzt werden kann. Etwas anderes folgt auch nicht aus den Erwägungen, die der BGH im Zusammenhang mit der Bewilligung und Eintragung einer Auflassungsvormerkung zu §§ 39, 40 GBO angestellt hat (BGH, Beschluss vom 05.07.2018, V ZB 10/18, juris). Denn anders als die Auflassungsvormerkung ist das Grundpfandrecht nicht akzessorisch und in seinem rechtlichen Bestand also unabhängig vom Übertragungsanspruch des Erwerbers. Eine Grundschuld würde daher – auch im Falle des Scheiterns der beabsichtigten Grundstücksübertragung – im Grundbuch eingetragen bleiben, ohne dass die Berechtigung des Bewilligenden aus dem Grundbuch ersichtlich wäre. Insoweit unterscheidet sich die Finanzierungsvollmacht jedoch von der Eigentumsvormerkung, die bei Scheitern der Übertragung als unrichtig zu löschen wäre. Dass die Finanzierungsgrundschuld wirtschaftlich der Übertragung eines Grundstücks dient und sie im sachlichen Zusammenhang mit dieser im Grundbuch eingetragen wird, rechtfertigt insoweit – auch unter Wertungsgesichtspunkten – keine rechtliche Gleichstellung mit dieser und mithin auch keine analoge Anwendung der Norm (so bereits OLG Oldenburg, Beschluss vom 23.03.2021, 12 W 38/21, Rdnr. 12; *Weber*, DNotZ 2018, 884, 897; *Dressler-Berlin*, FGPrax 2021, 153, 155; *ders.*, FGPrax 2020, 10, 13; *Kramer*, FGPrax 2019, 13, 15; zustimmend in diesem Punkt auch OLG Stuttgart, Beschluss vom 17.10.2018, 8 W 311/18, Rdnr. 14; KG, Beschluss vom 22.10.2020, 1 W 1357/20, Rdnr. 8; Beschluss vom 02.08.2011, 1 W 243/11, Rdnr. 9, allesamt zitiert nach juris).

19 Das Handeln eines transmortal Bevollmächtigten ist des Weiteren auch nicht mit dem eines Nachlasspflegers rechtskonstruktiv vergleichbar (so allerdings OLG Celle, Beschluss vom 16.08.2019, 18 W 33/19, Rdnr. 20; OLG Köln, Beschluss vom 16.03.2018, I-2 Wx 123/18, Rdnr. 27; KG,

Beschluss vom 22.10.2020, 1 W 1357/20, Rdnr. 9; OLG Stuttgart, Beschluss vom 17.10.2018, 8 W 311/18, Rdnr. 14, OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 27.06.2017, 20 W 179/17, Rdnr. 21; allesamt zitiert nach juris; wie hier u. a.: *Dressler-Berlin*, FGPrax 2020, 10, 13; *Weber*, DNotZ 2018, 884, 896 f.; *Kramer*, FGPrax 2019, 13, 14). Der Grund dafür, dass § 40 Abs. 1 Alt. 2 GBO für Grundbucheintragungen von Nachlasspflegern eine Befreiung vom Voreintragungsgrundsatz anordnet, ist der Umstand, dass die Erben noch nicht feststehen (vgl. §§ 1960 f. BGB). Die Eintragung unbekannter Erben ist grundsätzlich jedoch nicht zulässig und kommt nur in engen Ausnahmefällen in Betracht. Hierüber hilft § 40 Abs. 1 Alt. 2 GBO hinweg. Eine transmortal Vollmacht gilt hingegen auch und gerade im Verhältnis zu den bekannten Erben. Hinzu kommt, dass es die Aufgabe des Nachlasspflegers ist, den Nachlass für den wirklichen Erben als treuhänderische Amtsperson zu sichern und zu erhalten (BGH, Urteil vom 08.12.2004, IV ZR 199/03, BGHZ 161, 281-289, juris Rdnr. 17). Auch insoweit ist die Ausgangslage aber eine gänzlich andere, als bei einem transmortal Bevollmächtigten, den eine entsprechende Fürsorgepflicht gegenüber den Erben nicht trifft, und der daher auch eigene, den Interessen der Erben durchaus auch zuwiderlaufende Interessen verfolgen kann.

20 c. Der Senat übersieht in diesem Zusammenhang nicht das praktische Bedürfnis, die ggf. kostenpflichtige und zeitaufwändige Grundbuchberichtigung in Fällen wie diesem zu vermeiden (zu möglichen Alternativgestaltungen siehe etwa *Weber*, DNotZ 2018, 884, 898; krit. aber *Milzer*, DNotZ 2009, 325 ff.). Der – durchaus nachvollziehbare – Wunsch nach Kosten- und Zeitersparnis kann jedoch nicht über die Aufgabe des Grundbuchs gestellt werden, die eintretenden dinglichen Rechtsänderungen unter Geltung des Voreintragungsgrundsatzes möglichst lückenlos und Schritt für Schritt für den Rechtsverkehr zu dokumentieren (vgl. BGH, Beschluss vom 04.01.1955, V ZB 7/53, BGHZ 16, 101-105, juris Rdnr. 6; zum Ganzen auch *Bestelmeyer*, FGPrax 2018, 106, 108 f.). Soweit hier Änderungsbedarf bestehen mag, wäre es die Aufgabe des Gesetzgebers, tätig zu werden. Dieser hatte mit § 11 Abs. 2 GBBerG jedoch lediglich für das Gebiet der neuen Länder die entsprechende Anwendung von § 40 Abs. 1 GBO für die Eintragung von Belastungen (zeitlich befristet) angeordnet.

21 3. Die Entscheidung über die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens beruht auf § 84 FamFG, § 32 Abs. 1 GNotKG.

22 4. Der Beschwerdewert war gemäß § 61 Abs. 1, § 53 Abs. 1 Satz 1 GNotKG auf 255.000 € festzusetzen.

23 5. Die Rechtsbeschwerde war wegen der Abweichung der vorliegenden Entscheidung von den Entscheidungen der OLG in Frankfurt a. M., Köln, Celle und Stuttgart sowie des KG zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung zuzulassen (§ 78 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GBO).

ANMERKUNG:

Von Notar Dr. **Peter Becker**, Schwäbisch Gmünd

1. Einleitung

Innerhalb nur weniger Wochen im Oktober/November letzten Jahres haben zwei weitere OLG zur Geltung des Voreintragungsgrundsatzes gemäß § 39 Abs. 1 GBO bei der Eintragung einer Finanzierungsgrundschuld bei Abschluss des Kaufvertrags und Erteilung der Finanzierungsvollmacht durch einen transmortal Bevollmächtigten entschieden. Das OLG Karlsruhe¹ hat – dem OLG Stuttgart² folgend und nunmehr für Baden-Württemberg einheitlich – in diesen Fällen eine Ausnahme vom Voreintragungsgrundsatz gemäß § 40 Abs. 1 Alt. 2 GBO (analog) angenommen. Zwar sei § 40 Abs. 1 Alt. 1 GBO weder direkt noch entsprechend auf die Eintragung einer Finanzierungsgrundschuld anzuwenden, da diese im Unterschied zur Erwerbsvormerkung nicht akzessorisch und daher weder bei Erfüllung noch bei Scheitern des Erwerbsvorgangs als unrichtig zu löschen sei.³ Es sei aber § 40 Abs. 1 Alt. 2 GBO analog anzuwenden. Die Argumente des OLG Karlsruhe wiederholen und vertiefen dabei den bisherigen Argumentationskanon.⁴ So sei die Bewilligung durch den transmortal Bevollmächtigten ebenso bindend für den Erben wie diejenige durch den Erblasser oder Nachlasspfleger. Auch bestünden keine Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber diesen Lebenssachverhalt bedacht und sich bewusst gegen eine Regelung nach § 40 Abs. 1 Alt. 2 GBO entschieden habe. Zudem seien die Unterschiede zwischen Nachlasspfleger und transmortal Bevollmächtigten (zum Beispiel fehlende Überwachung durch das Nachlassgericht, unterschiedliche Aufgaben) nicht groß genug, um eine Vergleichbarkeit von geregelten und nicht geregelten Lebenssachverhalt abzulehnen.

Damit besteht eine „Meinungswand“ der OLG Celle,⁵ Köln,⁶ Stuttgart,⁷ Frankfurt a. M.,⁸ Karlsruhe und des KG.⁹ Dieser vorherrschenden Auffassung der OLG ist nunmehr das OLG Bremen entgegen getreten. Grund genug, diese Entscheidung näher zu betrachten.

- 1 OLG Karlsruhe, Beschluss vom 18.10.2021, 19 W 72/21 (Wx), BWNotZ 2022, 60 = FGPrax 2022, 5.
- 2 OLG Stuttgart, Beschluss vom 17.10.2018, 8 W 311/18, MittBayNot 2019, 343 m. Anm. *Böttcher*.
- 3 OLG Karlsruhe, Beschluss vom 18.10.2021, 19 W 72/21 (Wx), Abschn. II. 1 a) der Gründe, BWNotZ 2022, 60.
- 4 OLG Karlsruhe, Beschluss vom 18.10.2021, 19 W 72/21 (Wx), Abschn. II. 1 b) der Gründe, BWNotZ 2022, 60.
- 5 OLG Celle, Beschluss vom 16.08.2019, 18 W 33/19, FGPrax 2020, 10 = MittBayNot 2020, 137 m. Anm. *Becker*.
- 6 OLG Köln, Beschluss vom 16.03.2018, I – 2 Wx 123/18, MittBayNot 2018, 538.
- 7 OLG Stuttgart, Beschluss vom 17.10.2018, 8 W 311/18, MittBayNot 2019, 343 m. Anm. *Böttcher*.
- 8 OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 27.06.2017, 20 W 179/17, MittBayNot 2018, 247 m. Anm. *Milzer*.
- 9 KG, Beschluss vom 22.10.2020, 1 W 1357/20, MittBayNot 2021, 245 m. Anm. *Becker*.

2. Die Entscheidung des OLG Bremen

Ausgangspunkt der Entscheidung war wiederum das Handeln transmortal Bevollmächtigter, diesmal für einen verstorbenen Miteigentümer. Der Eintragung der durch den Erwerber bestellten Finanzierungsgrundschuld stand nach dem Grundbuchamt die fehlende Voreintragung der Erben entgegen, weshalb dieses eine Zwischenverfügung erließ. Die Grundbuchbeschwerde der Beteiligten wies der Senat zurück. Dabei stellte das OLG zunächst klar, dass kein direkter Anwendungsfall von § 40 Abs. 1 GBO vorliege. Für eine analoge Anwendung fehlten hingegen die Voraussetzungen.

So sei schon das Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke offen. Die Problemlage sei bereits seit einer Entscheidung des RG aus dem Jahre 1916 bekannt, ohne dass der Gesetzgeber die Norm angepasst hätte. Für das Gebiet der neuen Länder hatte § 11 Abs. 2 GBBerG eine entsprechende Anwendung des § 40 Abs. 1 GBO für Belastungen vorgesehen.

Jedenfalls fehle eine vergleichbare Interessenlage. Dies gelte sowohl für § 40 Abs. 1 Fall 1 als auch § 40 Abs. 1 Fall 2 GBO. Im Hinblick auf Fall 1 der Norm verweist das OLG Bremen, wie die Gerichte vor ihm, auf die fehlende Akzessorietät der Grundschuld, die auch bei Scheitern des Erwerbsvorgangs zunächst¹⁰ bestehen bleiben würde. Wirtschaftlicher und sachlicher Zusammenhang mit der Erwerbsvormerkung rechtfertigten keine analoge Anwendung. Auch im Hinblick auf Fall 2 der Vorschrift fehle es aber an der Vergleichbarkeit zwischen transmortal Bevollmächtigten und Nachlasspfleger. Grund für die Ausnahmevorschrift sei, dass die Erben unbekannt seien und die Eintragung unbekannter Erben grundsätzlich nicht zulässig sei. Anders als der Nachlasspfleger sei der transmortal Bevollmächtigte auch nicht „treuhänderische Amtsperson“ mit der Aufgabe der Sicherung und Erhaltung des Nachlasses, ihn treffe keine entsprechende Fürsorgepflicht. Ein praktisches Bedürfnis, die kosten- und zeitaufwändige Grundbuchbuchberichtigung zu vermeiden, rechtfertige keine Durchbrechung des Voreintragungsgrundsatzes. Dies sei Aufgabe des Gesetzgebers, zum Beispiel durch Erweiterung des Anwendungsbereichs der Norm.

¹⁰ Vorbehaltlich eines Anspruchs auf Löschung des Veräußerers gegen das Kreditinstitut.

3. Stellungnahme

Überzeugend ist die – auch so von anderen OLG – abgelehnte Vergleichbarkeit der (nicht akzessorischen) Finanzierungsgrundschuld und der (akzessorischen) Erwerbsvormerkung. Möglich wäre es freilich, die Finanzierungsgrundschuld auflösend bedingt zu bestellen, etwa für den Fall, dass der Veräußerer vom Kaufvertrag zurückgetreten ist, und so eine „Quasi-Akzessorietät“ in Ansätzen herzustellen. Doch würde dies in der Bankenpraxis auf wenig Gegenliebe stoßen.

Hingegen überzeugen die weiteren Argumente des OLG Bremen zur fehlenden Vergleichbarkeit von Nachlasspfleger und transmortal Bevollmächtigten nicht. So verkürzt der Senat einerseits die Frage, welche Voraussetzungen an die Bestellung einer Nachlasspflegschaft nach § 1960 BGB zu stellen sind. Die Nachlasspflegschaft kommt eben nicht nur bei (vollends) unbekanntem Erben in Betracht, sondern auch bei bekannten Erben, wenn der Erbe zwar bekannt, aber ungewiss ist, ob er die Erbschaft auch angenommen hat (§ 1960 Satz 2 Fall 2 BGB). Blickt man hier auf die Kasuistik, insbesondere die Fälle bekannter Erben, aber unbekannter Erbquoten,¹¹ wird deutlich, dass dieses Merkmal nicht zur Unterscheidung vom Handeln eines transmortal Bevollmächtigten taugt. Auch wenn Sicherung und Erhaltung des Nachlasses durch den Nachlasspfleger im Vordergrund stehen, kann dieser, falls die Verwaltung zu seinen Aufgaben gehört, auch Nachlassgegenstände verkaufen. Unterschied zum transmortal Bevollmächtigten ist dann wiederum nur das Genehmigungserfordernis nach § 1915 Abs. 1, § 1821 f. BGB.¹² Schließlich trifft es nicht zu, dass den transmortal Bevollmächtigten keine Pflichten, insbesondere Fürsorgepflichten gegenüber den Erben treffen, diese folgen aus dem im Wege der Gesamtrechtsnachfolge übergegangenen (in der Regel) Auftragsverhältnis¹³ (§ 672 Satz 1, §§ 662, 666, 667, 242 BGB).¹⁴ Unterschiede und Gemeinsamkeiten von Nachlasspfleger und transmortal Bevollmächtigten stellt nochmals folgende Übersicht zusammen:

¹¹ Zum Ganzen: *Zimmermann*, Die Nachlasspflegschaft, 4. Aufl. 2017, S. 19 ff.

¹² Zum Ganzen: *Zimmermann*, Die Nachlasspflegschaft, S. 218 ff.

¹³ Hier ist zwischen Auftrag, Gefälligkeitsverhältnis und Gefälligkeitsverhältnis im rechtsgeschäftlichen Bereich abzugrenzen.

¹⁴ Vgl. etwa MünchKomm-BGB/*Schubert*, 9. Aufl., 2021, § 168 Rdnr. 59.

Vergleichskriterium	Nachlasspfleger	Transmortal Bevollmächtigter
Verkäufer	„der bzw. die unbekannt Erben“	„der bzw. die unbekannt Erben“
Vertretungsmacht	gesetzliche Vertretungsmacht, abhängig vom Wirkungskreis (alle Nachlassangelegenheiten?)	gewillkürte Vertretungsmacht, abhängig vom Inhalt der Vollmacht
Befreiung von § 181 BGB	§ 1915 Abs. 1 Satz 1, §§ 1795, 181 BGB	abhängig vom Inhalt der Vollmacht
Genehmigungserfordernisse	§ 1915 Abs. 1 Satz 1, §§ 1812, 1821 f. BGB	nicht entsprechend anwendbar
Aufsicht durch das Nachlassgericht	§ 1915 Abs. 1 Satz 1, §§ 1837 ff. BGB	keine Beaufsichtigung durch das Nachlassgericht
Voreintragung im Grundbuchverfahren	§ 40 Abs. 1 Fall 4 GBO	§ 40 Abs. 1 Fall 4 GBO analog (str.)
Passivprozess	§ 1960 Abs. 3 BGB – Klage gegen „d. unbekannt Erben d. (...), geb. (...), geb. am (...), verstorben am (...) (ErblasserIn), vertreten durch (...)“. § 780 Abs. 2 ZPO	§ 1960 Abs. 3 BGB analog? § 780 Abs. 2 ZPO analog?
§ 10 BeurkG	keine Namhaftmachung der Erben erforderlich	keine Namhaftmachung der Erben erforderlich, auch bei vollstreckbarer Urkunde (siehe oben)?
GwG	§ 3 Abs. 1 Nr. 2, § 11 GwG; Nr. 4 AE zu § 154 AO	entsprechende Anwendung?
Widerruflichkeit durch den/die Erben	Beendigung durch gerichtliche Aufhebung bzw. gemäß § 1918 Abs. 3 BGB	grundsätzlich jederzeit widerruflich, auch durch einzelne Miterben nur für sich
Schenkungsverbot	§ 1915 Abs. 1 Satz 1, § 1804 BGB	abhängig vom Inhalt der Vollmacht
Begründung von Verbindlichkeiten	Begründung von Nachlassverbindlichkeiten möglich, aber keine Nachlass-Erbenschulden	keine Verpflichtung mit dem Eigenvermögen

Solche Parallelen bestehen auch zwischen Testamentsvollstreckung und postmortaler Vollmacht. Vorliegend war eine Analogie zu § 40 Abs. 2 GBO allerdings nicht relevant.

Diese wurde zuletzt aber vom OLG Köln im Hinblick auf die Bestellung eines Nießbrauchs durch einen postmortal Bevollmächtigten abgelehnt.¹⁵

Vergleichskriterium	Testamentsvollstreckung	Vollmacht
Beginn	Es ist zwischen dem Beginn der Testamentsvollstreckung und dem Amt als solchen zu unterscheiden. Letzteres beginnt erst mit Amtsannahme.	mit Zugang der Vollmachtserklärung, also ggf. auch schon vor dem Tod des Erblassers
Verwaltungs-/Verfügungsbefugnis	Je nach Art der Testamentsvollstreckung: Verwaltungs-/Verfügungsbeschränkung der Erben (§§ 2205, 2211 f. BGB).	keine verdrängende Vollmacht möglich, Widerruf aus wichtigem Grund grundsätzlich stets möglich
Schenkungsverbot	§ 2205 Satz 3 BGB	nur wenn ausdrücklich angeordnet
Verpflichtung des Erben mit Eigenvermögen	nein	nein
Rule against perpetuities	§§ 2209, 2210 BGB	nein
Voreintragungsgrundsatz im Grundbuchverkehr	durchbrochen gemäß § 40 Abs. 2 GBO	str.
Anerkennung im Ausland	Europäisches Nachlasszeugnis als „Testamentsvollstreckerzeugnis“	grundsätzlich keine Anerkennungsprobleme
Besonderheiten im Personengesellschaftsrecht	Dauervollstreckung als Rechtsproblem, Ersatzlösungen in der Praxis ¹⁶	Vertretungsschranken im Gesellschaftsvertrag vorhanden?

15 OLG Köln, Beschluss vom 19.12.2019, 2 Wx 343/19, RNotZ 2020, 215 = MittBayNot 2020, 437.

16 Vgl. hierzu etwa: *Kämpfer*, RNotZ 2016, 625 ff.

Wirklich erheblich ist aber der Gegenschluss zu § 11 Abs. 2 GBBerG. Dieser lautete:

„§ 11 Ausnahmen von der Voreintragung des Berechtigten

(1) (...)

(2) Bis zum Ablauf des 31.12.1999 ist in dem in Artikel 3 des Einigungsvertrages genannten Gebiet § 40 Abs. 1 der Grundbuchordnung für Belastungen entsprechend anzuwenden.“

Blickt man hier in die ursprüngliche Gesetzesbegründung des RegVBG¹⁷ findet man folgende Aussage:

„Abs. 2 erstreckt die Ausnahmeregelung des § 40 GBO, die im Falle der Aufhebung und Übertragung von Rechten insbesondere durch den Erben des eingetragenen Eigentümers gilt, auch auf die Belastung des Grundstücks. Dies betrifft insbesondere den Fall, dass der Erbe des eingetragenen Eigentümers im Zuge einer Veräußerung vor der Eintragung des Rechtsübergangs zur Finanzierung des Kaufpreises die Eintragung eines Grundpfandrechts bewilligt.“

Dem Gesetzgeber war das Problem daher bekannt. Ein „beredetes“ Schweigen lässt sich daraus m. E. aber gleichwohl nicht ableiten. Es handelt sich eben um eine Sonderregelung für die Grundbuchämter in den neuen Bundesländern zur Ersparnis von Schreibezeit,¹⁸ die nicht sicher erkennen lässt, ob der Gesetzgeber diese nur als Klarstellung oder konstitutiv erlassen hat und die auch nicht sicher erkennen lässt, dass der Gesetzgeber damit für das restliche Bundesgebiet gerade die Geltung des Voreintragungsgrundsatzes bestätigen wollte. De lege ferenda wäre eine vergleichbare Klarstellung in § 40 Abs. 1 GBO, etwa durch Einfügung eines Satzes 2¹⁹ aber sicher wünschenswert.

¹⁷ BT-Drucks. 12/553, S. 95 f. (dort noch § 9 GBBerG).

¹⁸ Bauer/Schaub/Maaß, GBO, 4. Aufl. 2018, § 11 GBBerG Rdnr. 1

¹⁹ „Satz 1 ist für Belastungen entsprechend anzuwenden.“

Bürgerliches Recht

SACHEN- UND GRUNDBUCHRECHT

4. Jahresabrechnung bei Untergemeinschaften

BGH, Urteil vom 16.07.2021, V ZR 163/20 (Vorinstanz: LG Hamburg, Urteil vom 15.07.2020, 318 S 6/19)

WEG § 10 Abs. 1, § 28

WEG § 10 Abs. 2 Satz 2 (i. d. F. bis zum 30.11.2020)

LEITSÄTZE:

1. Auch dann, wenn nach der Gemeinschaftsordnung einer Mehrhausanlage Untergemeinschaften in eigener Zuständigkeit nach dem Vorbild selbstständiger Eigentümergemeinschaften über die Lasten und Kosten entscheiden, muss für die Wohnungseigentümergeinschaft eine einheitliche Jahresabrechnung erstellt und beschlossen werden.
2. Über die Gesamtabrechnung als Teil der einheitlichen Jahresabrechnung muss zwingend allein die Gesamtgemeinschaft beschließen; ebenso ist die Darstellung der Instandhaltungsrücklage notwendigerweise Sache der Gesamtgemeinschaft, und zwar auch dann, wenn für Untergemeinschaften separate Rücklagen zu bilden sind.
3. Untergemeinschaften kann eine Befugnis zur eigenständigen Beschlussfassung über Teile der einheitlichen Jahresabrechnung nur durch ausdrückliche, eindeutige Regelung in der Gemeinschaftsordnung eingeräumt werden, und zwar beschränkt auf die Verteilung der ausschließlich die jeweilige Untergemeinschaft betreffenden Kosten in den Einzelabrechnungen; im Zweifel ist das Rechnungswesen insgesamt Sache der Gesamtgemeinschaft. (Teilweise Aufgabe von Senat, Urteil vom 20.07.2012, V ZR 231/11, NZM 2012, 766).

5. Notwendigkeit der Bestellung eines Ergänzungspflegers bei Ausschluss der Aufhebung der Gemeinschaft in der Übertragungsurkunde

OLG München, Beschluss vom 27.09.2021, 34 Wx 253/21, mitgeteilt von Dr. **Andreas Stegbauer**, Richter am OLG München

BGB §§ 104, 177, 181, 749, 1010, 1626, 1629

FamFG § 9

GBO §§ 16, 19

LEITSÄTZE:

1. Die Erklärung des Ausschlusses der Aufhebung der Miteigentümergeinschaft ist nicht lediglich rechtlich vorteilhaft oder zumindest neutral.

2. Wird in einem Grundstücksüberlassungsvertrag die Eintragung eines solchen Ausschlusses für einen geschäftsunfähigen Minderjährigen durch einen sorgeberechtigten Elternteil bewilligt, der wie der Minderjährige einen Miteigentumsanteil an dem Grundstück erhält, ist die Bewilligung wegen des Vorliegens eines unerlaubten Insihgeschäfts unwirksam.
3. Dies hindert, wenn ein innerer Zusammenhang mit der Grundstücksüberlassung besteht, auch die Eintragung der Auflassung.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Beteiligten zu 2 und 3 sind als Miteigentümerinnen von Grundbesitz zu je $\frac{1}{2}$ im Grundbuch eingetragen. Die Beteiligte zu 1 ist die Tochter der Beteiligten zu 2 und die allein sorgeberechtigte Mutter der ein Jahr alten Beteiligten zu 4.

2 Mit notarieller Urkunde vom 20.10.2020 überließ die Beteiligte zu 2 Miteigentumsanteile von $\frac{3}{16}$, $\frac{2}{16}$, $\frac{2}{16}$ und $\frac{1}{16}$ an die Beteiligten zu 3, 1, 5 bzw. 4, letztere vertreten durch die Beteiligte zu 1.

3 In der Urkunde ist in Abschnitt XI. u. a. vereinbart:

„2. Das Recht, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, wird für immer ausgeschlossen (§ 1010 BGB). (...) Die Vertragsteile bewilligen und beantragen die Eintragung des vorgenannten Ausschlusses der Aufhebung der Gemeinschaft an ihrem jeweiligen Miteigentumsanteil im Grundbuch. (...)“

Abschnitt XII. lautet:

„Die Beteiligten bewilligen und beantragen, gemäß den Erklärungen in dieser Urkunde in das Grundbuch einzutragen:

1. alle zur vertragsgemäßen Lastenfreistellung und Rangverschaffung zweckdienlichen Erklärungen,
2. die Umschreibung des Eigentums gemäß Abschnitt III.,
3. Aufhebungsausschluss gemäß Abschnitt XI. Ziffer 2.,
4. im Rang danach die Nießbrauchsrechte gemäß Abschnitt IV. Ziffer 1 c) an nächstoffener Rangstelle (...),
5. im Rang danach die Vormerkung (...).“

4 Auf den Eintragungsantrag vom 29.10.2020 hin hat das Grundbuchamt am 13.04.2021 eine Zwischenverfügung erlassen, wonach die Bestellung eines Ergänzungspflegers für die Beteiligte zu 4 erforderlich sei. Gemäß § 1629 Abs. 2, § 1795 Abs. 2, § 181 BGB sei die Mutter von der Vertretung ausgeschlossen, wenn sie als Vertreter auf beiden Seiten des Vertrags stehe. Die Minderjährige könne nicht durch einen Elternteil vertreten werden, der selbst einen Miteigentumsanteil erhalten solle, wenn im Vertrag ein Ausschluss der Auseinandersetzung vereinbart sei.

5 Gegen diese Zwischenverfügung hat der Urkundsnotar mit Schriftsatz vom 30.04.2021 im Namen der Beteiligten zu 1 Beschwerde eingelegt. § 181 BGB sei nach dem Norm-

zweck nicht anwendbar, wenn das Insihgeschäft dem Vertretenen lediglich einen rechtlichen Vorteil bringe. Die Vereinbarung des Auseinandersetzungsausschlusses bewirke nur eine Einschränkung der Möglichkeit, den Grundstücksanteil zu verwerten. Durch sie würden keine weiteren unmittelbaren oder finanziellen Verpflichtungen oder sonstige rechtliche Belastungen des Vermögens des Erwerbers herbeigeführt.

6 Das Grundbuchamt hat der Beschwerde mit Beschluss vom 15.06.2021 nicht abgeholfen. Hinsichtlich der Vereinbarung des Auseinandersetzungsausschlusses sei die Mutter von der Vertretung der Tochter ausgeschlossen, da sie auf beiden Seiten des Vertrags stehe.

7 Auf einen Hinweis des Senats zur Frage des rechtlichen Vorteils hat der Urkundsnotar ergänzend vorgetragen, im vorliegenden Fall sei der Ausschluss des Rechts, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, Inhalt des erworbenen Miteigentumsanteils der Minderjährigen. Es könne keinen Unterschied machen, ob der Veräußerer die Vereinbarung bereits vor der Übertragung gemeinsam mit anderen Vertragsteilen ohne die Minderjährige in einer gesonderten Urkunde treffe und danach die Übertragung an die Minderjährige des bereits mit dem Ausschluss belasteten Anteils erfolge oder ob dies aus Kostengründen in einer Urkunde geschehe. Die Reihenfolge der Eintragungsanträge in Abschnitt XII. der Urkunde zeige auch, dass der Ausschluss wie der Nießbrauch und die Rückforderungsrechte Inhalt des zugewandten Anteils seien.

8 II. Die Beschwerde ist zulässig, aber unbegründet.

9 1. Die Beschwerde ist zulässig. Insbesondere ist sie gemäß § 71 Abs. 1 GBO statthaft, denn Entscheidungen des Grundbuchamts im Sinne dieser Bestimmung sind auch Zwischenverfügungen nach § 18 Abs. 1 Satz 1 GBO (Senat, Beschluss vom 11.04.2011, 34 Wx 160/11, FGPrax 2011, 173; OLG Hamm, FGPrax 2010, 177; *Demharter*, GBO, 32. Aufl., § 71 Rdnr. 1; *Hügel/Kramer*, GBO, 4. Aufl., § 71 Rdnr. 68; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 16. Aufl., Rdnr. 473). Als gemäß § 13 GBO Antragsberechtigte ist die Beteiligte zu 1 auch beschwerdeberechtigt (vgl. BGH, NJW 2005, 1430; *Demharter*, GBO, § 71 Rdnr. 63; *Hügel/Kramer*, GBO, § 71 Rdnr. 181).

10 2. In der Sache bleibt das Rechtsmittel jedoch ohne Erfolg.

11 Die Eintragung der Auflassung sowie weiterer Rechte und Belastungen setzt neben dem Eintragungsantrag und der Vorlage der Auflassungsurkunde voraus, dass auch diese weiteren Rechte und Belastungen eingetragen werden können. Gegen die Wirksamkeit der Auflassung als solcher bestehen hier keine durchgreifenden Bedenken. Gleichwohl kann die begehrte Eintragung nicht erfolgen, weil derzeit keine wirksame Bewilligung der Eintragung des Ausschlusses der Aufhebung der Gemeinschaft nach § 19 GBO vorliegt. Dieser Mangel steht der Eintragung insgesamt entgegen, kann aber durch die Bestellung eines Ergänzungspflegers nach § 1909 Abs. 1 Satz 1 BGB, der die Vereinbarung des Ausschlusses genehmigt, beseitigt werden.

12 a) Eine wirksame Bewilligung der Eintragung des Ausschlusses der Aufhebung der Gemeinschaft seitens der Beteiligten zu 4 liegt nicht vor.

13 aa) Gemäß § 104 Nr. 1 BGB ist ein Minderjähriger, der nicht das siebente Lebensjahr vollendet hat, geschäftsunfähig. Er wird nach § 1626 Abs. 1 Satz 1, § 1629 Abs. 1 BGB durch seine Eltern, ggf. nach §§ 1626a, 1629 Abs. 1 Satz 3 BGB auch nur durch den allein sorgeberechtigten Elternteil vertreten. Dies gilt gemäß § 9 Abs. 2 FamFG auch für die Vornahme von Verfahrenshandlungen wie die Bewilligung nach § 19 GBO (BGH, NJW 2021, 1673, 1674).

14 Gemäß § 181 BGB kann allerdings ein Vertreter im Namen des Vertretenen mit sich im eigenen Namen ein Rechtsgeschäft nicht vornehmen, es sei denn, dass das Rechtsgeschäft ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht; die Folge eines Verstoßes hiergegen ist die schwebende Unwirksamkeit des Geschäfts analog § 177 BGB (BGHZ 65, 123, 125 f.; OLG Frankfurt a. M., NJOZ 2012, 1490, 1491; BeckOGK-BGB/*Fröhler*, § 181 Rdnr. 450; Palandt/*Ellenberger*, 80. Aufl., § 181 Rdnr. 15). Ob dies grundsätzlich auch für Verfahrenshandlungen wie die Bewilligung nach § 19 GBO gilt (abl. Hügel/*Reetz*, GBO, V Rdnr. 65; Schöner/*Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 3562), kann vorliegend offenbleiben. Jedenfalls dort, wo – wie beim Ausschluss der Aufhebung der Gemeinschaft gemäß § 1010 Abs. 1 BGB – der materielle Rechtserfolg die Grundbucheintragung voraussetzt, erfasst eine Einschränkung der materiellrechtlichen Vertretungsbefugnis auch die verfahrensrechtliche Bewilligungsbefugnis und ist deshalb vom Grundbuchamt von Amts wegen zu beachten (vgl. BGH, NJW 2021, 1673, 1674 zu § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB; OLG Frankfurt a. M., NJOZ 2012, 1490, 1491 zu § 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB). Im Übrigen ist das Grundbuchamt nicht nur zur Prüfung der förmlichen Eintragungsvoraussetzungen, sondern auch zur Wahrung der Richtigkeit des Grundbuchs verpflichtet und darf deshalb keine Eintragung vornehmen, deren materiellrechtlich begründete Unrichtigkeit ihm bekannt ist (BGH, a. a. O.).

15 Vom Anwendungsbereich des § 181 BGB ausgenommen sind indes u. a. Willenserklärungen, die für den Vertretenen lediglich rechtlich vorteilhaft oder zumindest neutral sind, da hier ein Interessenwiderstreit ausgeschlossen ist und Belange Dritter nicht entgegenstehen (BGHZ 59, 236, 240; BeckOGK-BGB/*Fröhler*, § 181 Rdnr. 330 f.; Palandt/*Ellenberger*, § 181 Rdnr. 9). Ob dies der Fall ist, bestimmt sich nach den rechtlichen Folgen des Geschäfts, ohne dass eine wirtschaftliche Betrachtung anzustellen wäre (BeckOGK-BGB/*Duden*, § 107 Rdnr. 37; Palandt/*Ellenberger*, § 107 Rdnr. 2). Steht einem Vorteil die Aufgabe eines Rechts gegenüber, ist das Geschäft auch dann nicht rechtlich vorteilhaft oder neutral, wenn die Vorteile die Nachteile erheblich überwiegen. Abweichend ist die Übereignung einer belasteten Sache zu beurteilen, da die Belastungen den Vorteil nur von vornherein einschränken. Dies gilt auch, wenn das Grundstück bei der Übertragung zugleich mit einem Vorbehaltsnießbrauch belastet wird (BGH, NJW 2021, 1673) oder sich der Veräußerer eine Belastung des Grundstücks vorbehält (Palandt/*Ellenberger*, § 107 Rdnr. 4).

16 Wird mit der Auflassung des Grundstücks der Ausschluss der Aufhebung der Gemeinschaft gemäß § 749 Abs. 2 BGB – der nur durch Vereinbarung der Teilhaber und nicht durch Mehrheitsentscheidung erfolgen kann (OLG Frankfurt a. M., NJOZ 2012, 1490; BeckOGK-BGB/*Fehrenbacher*, § 749 Rdnr. 24; Palandt/*Sprau*, § 749 Rdnr. 5) – gegenüber dem Veräußerer und weiteren Erwerbern erklärt, so ist das Grundstück bei Übereignung noch nicht mit dem Recht belastet, anders als bei Übertragung eines mit einem gleichzeitig vom Veräußerer sich selbst eingeräumten Vorbehaltsnießbrauch belasteten Grundstücks. Auch stellt dies keinen bloßen Vorbehalt des Verkäufers dar, dass er die Immobilie belasten darf. Der Erwerber erhält in diese Konstellation vielmehr ein Grundstück, dessen Belastung er selbst – zumindest noch gegenüber den weiteren Erwerbern – bewilligen muss. Allein die Erklärung des Ausschlusses der Aufhebung der Gemeinschaft ist bereits rechtlich nachteilig, da der Erklärende damit einem Dritten ein Recht an seinem Eigentum einräumt (OLG Frankfurt a. M., NJOZ 2012, 1490, 1491; BeckOGK-BGB/*Sonnenfeld*, § 1795 Rdnr. 62.6; a. A. LG Münster, Rpfleger 1999, 73; Schöner/*Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 3610 I).

17 bb) Nach diesen Maßgaben ist vorliegend die Bewilligung der Eintragung des Ausschlusses der Aufhebung der Gemeinschaft, die nach § 9 Abs. 2 FamFG, § 1626 Abs. 1, § 1626a Abs. 3, § 1629 Abs. 1 Satz 3 BGB durch die Beteiligte zu 1 für die gemäß § 104 Nr. 1 BGB geschäftsunfähige und damit gemäß § 9 Abs. 1 FamFG verfahrensunfähige Beteiligte zu 4 erklärt wurde, unwirksam. Daher scheidet selbst dann, wenn die Auflassung als solche wirksam erklärt wäre, eine Eintragung derzeit insgesamt aus.

18 Das Vorliegen eines nach § 181 BGB unzulässigen Ingeschäfts wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass mit dem Aufhebungsausschluss eine Verbindlichkeit erfüllt würde. Eine solche ist nicht ersichtlich.

19 Auch im Übrigen ist eine Ausnahme vom Anwendungsbereich des § 181 BGB nicht gegeben. Nach dem klaren Wortlaut der Urkunde wird in Abschnitt XI. Ziffer 2. das Recht der Miteigentümer, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, ausgeschlossen; die Beteiligte zu 4 bewilligt die Eintragung dieses Ausschlusses an ihrem Anteil zugunsten aller anderer Erwerber. Gemäß den unter aa) dargestellten Grundsätzen erwirbt die Beteiligte zu 4 somit nicht den Miteigentumsanteil mit bereits bestehender Belastung, sondern vereinbart und bewilligt diese erst anlässlich des Erwerbsvorgangs. Nichts anderes ergibt sich aus der Reihung der vorzunehmenden Eintragungen in Abschnitt XII. der Urkunde, vielmehr ist dort der Aufhebungsausschluss sogar erst nach der Auflassung genannt. Auch dass man sich lediglich aus Kostengründen für die Kombination u. a. dieser beiden Vorgänge in einer Urkunde entschied, ändert nichts daran, dass die für die Beteiligte zu 4 abgegebene Erklärung für diese weder rechtlich vorteilhaft noch zumindest neutral und damit wie auch die Bewilligung nach § 19 GBO unwirksam ist. Dabei spielt es keine Rolle, ob für die Beurteilung dieser Frage auf eine Gesamt- oder eine isolierte Betrachtung von schuldrechtlichem und dinglichem Teil abzustellen ist (vgl. BGHZ 161, 170, 174 f.). Im einen

wie im anderen Fall erweist sich das Einverständnis mit der Belastung als rechtlich nachteilhaft. Denn die Beteiligte zu 4 gibt dabei stets ein Recht auf. Auf wirtschaftliche Aspekte darf gerade nicht abgestellt werden.

20 b) Das Fehlen einer wirksamen Bewilligung insoweit hindert auch die Eintragung der Auflassung, und zwar unabhängig davon, ob man insoweit von einem einheitlichen Antrag oder von formal selbständigen Anträgen ausgeht.

21 aa) Ein einheitlicher Antrag kann nur insgesamt abgelehnt werden, eine teilweise Stattgabe ist nicht möglich (OLG Hamm, Rpfleger 1956, 343). Aber auch wenn mehrere formal selbstständige Eintragungen beantragt werden, kann gemäß § 16 Abs. 2 GBO vom Antragsteller ausdrücklich oder stillschweigend bestimmt werden, dass eine Eintragung nicht ohne die andere erfolgen soll. Von einer stillschweigenden Bestimmung ist dann auszugehen, wenn zwischen den Anträgen ein innerer Zusammenhang rechtlicher oder wirtschaftlicher Natur besteht, der die Einheitlichkeit der Erledigung als gewollt vermuten lässt (BayObLGZ 1973, 309, 311; OLG Schleswig, FGPrax 2009, 290, 291; *Demharter*, GBO, § 16 Rdnr. 11; Hügel/Reetz, GBO, § 16 Rdnr. 24; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 92).

22 bb) Geht man vorliegend von einem einheitlichen Antrag auf Eintragung von Auflassung und Aufhebungsausschluss aus, so fehlt es aus den unter a) genannten Gründen an einer wirksamen Bewilligung der Eintragung, weshalb diese insgesamt nicht möglich ist. Zum selben Ergebnis gelangt man, wenn man selbstständige Anträge annimmt. Denn der Ausschluss der Aufhebung der Gemeinschaft dient hier offensichtlich dem Zweck, den von der Beteiligten zu 2 ihren Nachkommen überlassenen Grundbesitz ungeschmälert im Familienverband zu erhalten. Somit ist von einem inneren Zusammenhang dieser Maßnahme mit der Auflassung auszugehen. Folglich blockiert – unabhängig davon, dass die Auflassung als solche wohl eingetragen werden könnte – nach § 16 Abs. 2 GBO das der Eintragung des Aufhebungsausschlusses entgegenstehende Hindernis auch die Eintragung der Auflassung.

III.

(...)

ANMERKUNG:

Von Notar Dr. **Benedikt Jugl**, LL.M. (Cambridge), Naila

Der 34. Zivilsenat des OLG München hatte darüber zu entscheiden, ob die Vereinbarung des Ausschlusses der Aufhebung der Miteigentümergeinschaft im Rahmen einer Überlassung an einen Minderjährigen lediglich rechtlich vorteilhaft oder zumindest neutral ist. Für die Beantwortung dieser Frage lohnt es sich, vorab einen kurzen Blick darauf zu werfen, was der Ausschluss der Aufhebung der Gemeinschaft überhaupt bedeutet und wann die Rechtsprechung annimmt, dass Minderjährige bei Grundstücksgeschäften nicht durch ihre Eltern vertreten werden können, sondern es der Bestellung eines Ergänzungspflegers bedarf.

1. Der Ausschluss der Aufhebung der Gemeinschaft

Steht Grundbesitz mehreren Miteigentümern gemeinschaftlich nach Bruchteilen zu, so bestimmt § 749 Abs. 1 BGB, dass jeder Teilhaber jederzeit die Aufhebung der Gemeinschaft verlangen kann. Dies bedeutet, dass grundsätzlich jeder Miteigentümer unabhängig von der Größe seines Anteils nach § 753 Abs. 1 BGB den Grundbesitz zwangsversteigern und den Erlös entsprechend verteilen lassen kann. In der Praxis ist dies oft nicht gewollt, insbesondere wenn Grundbesitz (anteilig) auf die nächste Generation übertragen wird und langfristig im Familienvermögen erhalten bleiben soll.

§ 749 Abs. 2 Satz 1 BGB geht aber davon aus, dass das Recht, die Aufhebung zu verlangen, für immer oder auf Zeit ausgeschlossen werden kann, wenn kein wichtiger Grund zur Aufhebung vorliegt, wobei hierfür ein strenger Maßstab gilt.¹ Und nach § 1010 Abs. 1 BGB wirken Benutzungs- und Verwaltungsregelungen der Miteigentümer von Grundstücken, wie die Vereinbarung des Ausschlusses, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, nur dann gegen Sonderrechtsnachfolger, wenn sie im Grundbuch eingetragen sind.

2. Das Erfordernis der Bestellung eines Ergänzungspflegers

Nach § 1626 Abs. 1, § 1629 Abs. 1 BGB haben Eltern grundsätzlich gemeinschaftlich die elterliche Sorge für im Sinne von § 2 BGB minderjährige Kinder, was auch deren Vertretung umfasst. Ist nur ein Elternteil sorgeberechtigt, so vertritt dieser das Kind allein, §§ 1626a, 1629 Abs. 1 Satz 3 BGB. § 1629 Abs. 2 Satz 1 BGB legt aber fest, dass eine Vertretung durch die Eltern insoweit nicht möglich ist, als auch ein Vormund nach § 1795 BGB von der Vertretung eines Kindes ausgeschlossen wäre. Besonders praxisrelevant ist dabei § 1795 Abs. 2 BGB, der § 181 BGB unberührt lässt und damit Insichgeschäfte zwischen Vormund und Mündel bzw. Eltern und Kindern prinzipiell verbietet. Hiervon gibt es allerdings mehrere Ausnahmen. Zunächst müssen überhaupt gegensätzliche und nicht nur parallele Willenserklärungen vorliegen, damit ein Insichgeschäft gegeben und § 181 BGB überhaupt einschlägig ist.² Besteht das Rechtsgeschäft ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit, so wird durch § 181 BGB a. E. klar, dass die Eltern dennoch für sich selbst und das minderjährige Kind handeln können. Und schließlich muss § 181 BGB nach ganz herrschender Meinung dann teleologisch reduziert werden, wenn das Geschäft für den Minderjährigen lediglich rechtlich vorteilhaft im Sinne des § 107 BGB ist und er deswegen (bei beschränkter Geschäftsfähigkeit) auch nicht der Ein-

1 Beispiele bei Grüneberg/*Sprau*, 81. Aufl. 2022, § 749 Rdnr. 6.

2 BGH, Urteil vom 23.02.1968, V ZR 188/64, NJW 1968, 936; BayObLG, Beschluss vom 09.02.1995, 2 Z BR 109/94, MittBayNot 1995, 216, 217; OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 23.02.2007, 1 UF 371/06, MittBayNot 2008, 56, 57.

willigung seines gesetzlichen Vertreters bedürfte.³ Hintergrund dieser einschränkenden Auslegung ist, dass bei einem solchen Rechtsgeschäft keine Schutzbedürftigkeit des Minderjährigen gegeben ist.⁴ Dabei werden auch neutrale Geschäfte von der Einschränkung des Anwendungsbereichs des § 181 BGB umfasst, sodass es im Endeffekt also darauf ankommt, dass kein rechtlicher Nachteil vorliegt.⁵

Ob ein Geschäft lediglich rechtlich vorteilhaft bzw. neutral ist, ist dabei ausschließlich nach rechtlichen Erwägungen zu beurteilen, wirtschaftliche Gesichtspunkte bleiben außer Betracht.⁶ Auch wenn der BGH seine lange Zeit vertretene „Gesamtbetrachtungslehre“⁷ mittlerweile wohl aufgegeben hat,⁸ ist die Überlassung von Grundbesitz sowohl im Verpflichtungs- als auch im Verfügungsgeschäft grundsätzlich als lediglich rechtlich vorteilhaft anzusehen, da die mit einem Grundstückserwerb verbundene Pflicht zur Tragung öffentlicher Lasten trotz der persönlichen Haftung hierfür als unerheblich eingestuft wird.⁹ Bestehen aber Belastungen des Grundbesitzes, so kommt es in den für die notarielle Praxis besonders häufig vorkommenden Fällen wie so oft darauf an.¹⁰

Ein Nießbrauch ist zumindest dann unschädlich, wenn der Nießbraucher auch die außergewöhnlichen Kosten und Lasten zu tragen hat,¹¹ ebenso die Bestellung eines Wohnungsrechts.¹² Dabei kommt es auch nicht darauf an, ob der Nießbrauch oder das Wohnungsrecht bereits vor der Überlassung bestellt und im Grundbuch eingetragen ist oder ob diese Rechte erst bei der Überlassung vorbehalten werden, da in beiden Fällen der Minderjährige von vornherein ein Grundstück erhält, das in der Benützbarkeit eingeschränkt ist, sodass die Belastung den Vorteil (nur) mindert, aber nicht entfallen lässt.¹³ Gleiches soll un-

abhängig von der Höhe der zugrunde liegenden Verbindlichkeiten auch für die Bestellung von Grundpfandrechten gelten, so lange der Minderjährige keine persönliche Haftung übernimmt.¹⁴ Bei Vorbehalt eines Rückforderungsrechts ist dann ein rechtlicher Nachteil gegeben, wenn die Rückabwicklung nicht ausschließlich nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen erfolgt.¹⁵ Bloße Pflichtteilsanrechnung und Pflicht zur Ausgleichung nach § 2050 BGB werden ebenfalls nicht als nachteilig angesehen.¹⁶

Als Nachteil ist dagegen stets die Übertragung von Wohnungseigentum wegen der damit verbundenen Pflichten und der Haftung gegenüber der Wohnungseigentümergemeinschaft einzustufen¹⁷ sowie die Überlassung von vermietetem oder verpachtetem Grundbesitz wegen der damit einhergehenden Vermieter- bzw. Verpächterpflichten, selbst wenn ein Nießbrauch besteht.¹⁸

Sind die Eltern von der Vertretung ausgeschlossen, ist nach § 1909 Abs. 1 Satz 1 BGB ein Ergänzungspfleger zu bestellen. Wird das Rechtsgeschäft ohne Beteiligung eines hierfür notwendigen Ergänzungspflegers abgeschlossen, so ist dieses bis zur Entscheidung des Ergänzungspflegers über die Genehmigung schwebend unwirksam gemäß § 177 BGB analog.¹⁹

3. Die Entscheidung des OLG München

Im zugrunde liegenden Fall vor dem OLG München wollte nun die Veräußerin Anteile an einem Grundstück u. a. an ihre Tochter und an ihre Enkelin schenkweise übertragen. Dabei war die Tochter allein sorgeberechtigt für die Enkelin und vertrat diese bei Abschluss des Rechtsgeschäfts. In der notariellen Urkunde wurde das Recht, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, für immer ausgeschlossen und dies von den Vertragsteilen zur Eintragung im Grundbuch an ihrem jeweiligen Miteigentumsanteil bewilligt und beantragt. Auf den Eintragungsantrag hin erging aber eine Zwischenverfügung des Grundbuchamts, das die Bestellung eines Ergänzungspflegers für notwendig erachtete. Dieser wurde auch auf die Beschwerde des Notars hin nicht abgeholfen.

3 St. Rspr., vgl. BGH, Urteil vom 27.09.1972, IV 225/69, NJW 1972, 2262, 2263; BayObLG, Beschluss vom 29.05.1998, 2 Z BR 85/98, MittBayNot 1998, 431, 432.

4 Grüneberg/Ellenberger, § 107 Rdnr. 7.

5 MünchKomm-BGB/Spickhoff, 9. Aufl. 2021, § 107 Rdnr. 54.

6 BGH, Beschluss vom 25.11.2004, V ZB 13/04, MittBayNot 2005, 408, 411 m. Anm. Feller; BayObLG, Beschluss vom 15.02.1979, BReg. 2 Z 29/78, MittBayNot 1979, 6.

7 Vgl. BGH, Urteil vom 09.07.1980, V ZB 16/79, DNotZ 1981, 111.

8 MünchKomm-BGB/Spickhoff, § 107 Rdnr. 52 f.; und nunmehr wohl § 181 BGB a. E. zum Minderjährigenschutz teleologisch reduziert, vgl. BGH, Beschluss vom 25.11.2004, V ZB 13/04, MittBayNot 2005, 408, 410 m. Anm. Feller.

9 BGH, Beschluss vom 25.11.2004, V ZB 13/04, MittBayNot 2005, 408 m. Anm. Feller; BayObLG, Beschluss vom 12.01.1968, BReg. 2 Z 94/67, NJW 1968, 941.

10 Instruktiv und ausführlich Kölmel, RNotZ 2010, 618.

11 BGH, Beschluss vom 25.11.2004, V ZB 13/04, MittBayNot 2005, 408 m. Anm. Feller; BayObLG, Beschluss vom 29.05.1998, 2 Z BR 85/98, MittBayNot 1998, 431, 433.

12 BayObLG, Beschluss vom 14.06.1967, BReg. 2 Z 26/67, NJW 1967, 1912, 1913.

13 BGH, Beschluss vom 25.11.2004, V ZB 13/04, MittBayNot 2005, 408, 413, 414 m. Anm. Feller; BayObLG, Beschluss vom 29.05.1998, 2 Z BR 85/98, MittBayNot 1998, 431, 433.

14 BGH, Beschluss vom 25.11.2004, V ZB 13/04, MittBayNot 2005, 408, 410 f. m. Anm. Feller; BayObLG, Beschluss vom 15.02.1979, BReg. 2, Z 29/78, MittBayNot 1979, 6; OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 09.09.1980, 20 W 168/80, MittBayNot 1981, 66.

15 OLG Köln, Beschluss vom 10.11.1997, 14 Wx 10/97, MittBayNot 1998, 106; OLG Dresden, Beschluss vom 02.04.1996, 3 W 336/96 289, MittBayNot 1996, 288, 290.

16 OLG Dresden, Beschluss vom 02.04.1996, 3 W 336/96 289, MittBayNot 1996, 288, 291; bei der Pflichtteilsanrechnung aber nicht unumstritten, vgl. Kölmel, RNotZ 2010, 618, 622.

17 BGH, Beschluss vom 30.06.2010, V ZB 206/10, MittBayNot 2011, 129, 130; OLG München, Beschluss vom 06.03.2008, 34 Wx 14/08, MittBayNot 2008, 389, 390.

18 BGH, Beschluss vom 25.11.2004, V ZB 13/04, MittBayNot 2005, 413 m. Anm. Feller; OLG Oldenburg, Beschluss vom 01.10.1987, 5 W 46/87, DNotZ 1989, 92 f.

19 Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rdnr. 3605.

Das OLG hält die Vereinbarung des Ausschlusses der Aufhebung der Gemeinschaft für einen Nachteil und stellt in seinem Beschluss insbesondere darauf ab, dass das Grundstück bei der Übertragung noch nicht belastet gewesen und eine Belastung auch nicht vorbehalten worden sei, sondern vielmehr der minderjährige Erwerber die Belastung selbst bewilligen habe müsse. Dies sei nicht lediglich rechtlich vorteilhaft oder neutral, da damit der Erwerber einem anderen ein Recht an seinem Eigentum einräume. Insofern bestehe ein Unterschied zu den Fällen, in denen sich der Veräußerer einen Nießbrauch einräume oder sich sonst eine Belastung des Grundstücks vorbehalte.

Das OLG führt sodann noch weiter aus, dass dadurch auch die Eintragung der Auflassung im Grundbuch gehindert werde, solange keine Genehmigung durch den Ergänzungspfleger erfolgt sei, unabhängig davon, ob man von einem einheitlichen Antrag oder von selbstständigen Anträgen ausgehe und unabhängig von der Reihenfolge der Grundbuchanträge, da von einem inneren Zusammenhang der Miteigentümergeinschaft mit der Auflassung im Sinne von § 16 Abs. 2 GBO auszugehen sei.

Weitere Rechtsprechung zu der vom Senat entschiedenen Frage ist rar gesät, diese aber jedenfalls nicht unstrittig. Im Sinne des OLG München hat bereits das OLG Frankfurt a. M. entschieden.²⁰ Dagegen hat das LG Münster einen lediglich rechtlichen Vorteil bejaht²¹, was auch in der Literatur Zustimmung gefunden hat.²²

4. Fazit

Die Entscheidung des OLG München erscheint auf den ersten Blick widersprüchlich, wenn sie im Einklang mit der ständigen Rechtsprechung die Vereinbarung zum Beispiel eines Nießbrauchs auch erst in der Überlassungsurkunde zulässt, ohne dann einen lediglich rechtlichen Vorteil abzulehnen, eine Miteigentümergeinschaft zum Ausschluss der Aufhebung der Gemeinschaft aber als nachteilig erachtet. Faktisch mag das für den Minderjährigen auch keinen Unterschied machen, in beiden Fällen erhält er ein Grundstück, dessen Nutzung durch eine Belastung eingeschränkt ist. Streng dogmatisch betrachtet – und darauf kommt es an, wenn wirtschaftliche Gesichtspunkte außer Betracht bleiben müssen – ist dem OLG München aber zuzustimmen. Denn der Veräußerer behält sich gerade kein Recht an dem Grundstück vor und überlässt dieses dann mit diesem Recht belastet an den Erwerber oder überträgt den Grundstücksanteil unter gleichzeitiger Einräumung der Belastung. Vielmehr wird unter Mitwirkung des Erwerbers eine Vereinbarung über das Grundstück getroffen, wobei der Erwerber anderen Miteigentümern ein Recht an seinem Grundstücksanteil gewährt.

²⁰ OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 02.04.2012, NJOZ 2012, 1490, 1491.

²¹ LG Münster, Beschluss vom 30.09.1998, 5 T 757/98, FamRZ 1999, 739.

²² Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 3610 I.

Aus Sicht der notariellen Praxis ist die Entscheidung durchaus bedeutsam, kommt es doch nicht selten vor, dass bei einer Überlassung auf die Kinder eine Miteigentümergeinschaft getroffen werden soll, um die Aufhebung der Gemeinschaft auszuschließen. Dabei ist für den Notar entweder darauf zu achten, bei mehreren Miteigentümern den Ausschluss der Aufhebung der Gemeinschaft unter expliziter Anordnung der Geltung auch für künftig hinzukommende Miteigentümer²³ bereits vor der Überlassung in gesonderter notarieller Urkunde ohne Mitwirkung des Minderjährigen zu vereinbaren (und am besten den Vollzug im Grundbuch abzuwarten) oder rechtzeitig vor Beurkundung der Überlassung die Bestellung eines Ergänzungspflegers in die Wege zu leiten, um Verzögerungen zu vermeiden.

²³ Vgl. OLG München, Beschluss vom 23.02.2015, 34 Wx 7/14, DNotI-R 20/2015, 158.

6. Verweis auf § 472 BGB bei Kennzeichnung des Beteiligtenverhältnisses im Grundbuch

OLG Saarbrücken, Beschluss vom 21.09.2021, 5 W 49/21

BGB §§ 461, 472

GBO § 47 Abs. 1

LEITSATZ:

Bei der Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung eines bedingten Rückübertragungsanspruchs können die nach § 47 Abs. 1 GBO geforderten Angaben durch einen Hinweis auf die entsprechende Geltung des § 472 BGB ersetzt werden.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Der Antragsteller zu 1 ist als Eigentümer des im Beschlusseingang bezeichneten Grundbesitzes eingetragen; die Antragstellerin zu 2 ist seine Ehefrau. Mit Übergabevertrag vom 01.03.2021 (Urkunde des Notars M K, [...], Urkundenrollen-Nr. [...]), übertrug der Antragsteller zu 1 das Eigentum – neben anderem Grundbesitz – an den gemeinsamen Sohn der Antragsteller, Herrn J F. In § 4 der genannten Urkunde wurde ein beiden Antragstellern zustehendes Rückforderungsrecht vereinbart, das unter bestimmten, in der Urkunde näher bezeichneten Umständen (u. a. Veräußerung des Grundbesitzes an Dritte ohne Zustimmung eines der beiden Antragsteller) entstehen soll. Mit Zugang einer Erklärung der Rückforderungsberechtigten bei Herrn J F binnen Jahresfrist nach Eintritt einer der festgelegten Bedingungen soll ein Anspruch der Antragsteller „entsprechend § 472 BGB“ auf Rückübertragung des Grundbesitzes entstehen. Zur Sicherung des Rückübertragungsanspruchs bewilligten und beantragten die Beteiligten die Eintragung einer befristeten Rükckerwerbsvormerkung für die beiden Antragsteller „entsprechend § 472 BGB“, die mit dem Tod des jeweiligen Vormerkungsberechtigten erlöschen soll.

2 Das AG Saarbrücken – Grundbuchamt – teilte dem antragstellenden Notar mit Schreiben vom 06.05.2021 mit, der bei der Eintragungsbewilligung in Bezug genommene § 472 BGB beziehe sich auf das Beteiligungsverhältnis bei einem Vorkaufsrecht; bei einer Rückauflassungsvormerkung käme § 428 BGB zum Tragen. Nachdem der Notar mit Schreiben vom 12.05.2021 darauf hingewiesen hatte, dass eine Eintragung der Rückerwerbsvormerkung „entsprechend“ § 472 BGB beantragt worden sei und hierzu Rechtsprechung zitiert hatte, erließ das AG am 15.06.2021 die angefochtene Zwischenverfügung. Darin vertrat es die Auffassung, es fehle „das korrekte Beteiligungsverhältnis der beiden Berechtigten bezüglich der beantragten Vormerkung“. § 472 BGB regle auch bei entsprechender Anwendung kein Gemeinschaftsverhältnis der Berechtigten, „sondern lediglich mit der Ausübung des gemeinschaftlichen Anspruchs dessen Unteilbarkeit bei Vorhandensein mehrerer Berechtigter“.

3 Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Antragsteller, der das AG mit Beschluss vom „13.04.2021“ (...), laut Ausfertigung (...) vom 06.08.2021, nicht abgeholfen hat.

4 II. Das gegen die Zwischenverfügung nach § 18 Abs. 1 GBO gerichtete Rechtsmittel ist als unbeschränkte Beschwerde (§ 11 Abs. 1 RPfIG, § 71 Abs. 1 GBO) statthaft und auch im Übrigen zulässig (§ 73 GBO, § 7 Abs. 1, § 10 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 FamFG, § 15 GBO). Die Beschwerde ist auch begründet, weil das vom Grundbuchamt angenommene Eintragungshindernis nicht besteht. Die Eintragung der Vormerkung darf im vorliegenden Fall nicht von der Angabe eines Anteilsverhältnisses abhängig gemacht werden.

5 1. Haben mehrere Personen gemeinsam einen Anspruch auf Auflassung eines Grundstücks, ist grundsätzlich das Anteilsverhältnis, in denen ihnen der Auflassungsanspruch zusteht, anzugeben. Denn nach § 47 Abs. 1 GBO soll, wenn ein Recht für mehrere gemeinschaftlich eingetragen werden soll, die Eintragung in der Weise erfolgen, dass entweder die Anteile der Berechtigten in Bruchteilen angegeben werden oder das für die Gemeinschaft maßgebende Rechtsverhältnis bezeichnet wird (vgl. BGH, Beschluss vom 09.07.1980, V ZB 5/80, NJW 1981, 176). Gleiches gilt, wenn eine Vormerkung zur Sicherung eines mehreren Berechtigten zustehenden Anspruchs eingetragen werden soll (vgl. Meikel/Böhringer, GBO, 12. Aufl., § 47 Rdnr. 121 m. w. N.). Vorliegend ist allerdings eine nähere Kennzeichnung des Beteiligungsverhältnisses nach § 47 Abs. 1 GBO entbehrlich. Es genügt vielmehr der Hinweis auf die entsprechende Anwendung des § 472 BGB im Rahmen der Eintragung.

6 a. § 472 BGB regelt – wie die wortgleiche Vorschrift des § 461 BGB für das Wiederkaufsrecht – nicht nur die Ausübung des Vorkaufsrechts, sondern bestimmt darüber hinaus das Verhältnis der Berechtigten untereinander und zum Verpflichteten. Die Berechtigung mehrerer führt durch die in § 461 Satz 2, § 472 Satz 2 BGB enthaltene Regelung zu einer besonderen gesamthandartigen Berechtigung der Beteiligten an dem vereinbarten Recht. Denn der Anspruch auf Auflassung, welcher durch die Ausübung des Rechts entsteht, wird auf den Anteil derjenigen Mitberechtigten, die das Vorkaufs- oder Wiederkaufsrecht nicht (mit-)ausgeübt haben oder in deren Person es erloschen ist, erstreckt.

Damit bestimmen diese Vorschriften das Gemeinschaftsverhältnis der Beteiligten, das im Grundbuch bei der Eintragung der Vormerkung gemäß § 47 Abs. 1 GBO zu verlautbaren ist. Dies hat dadurch zu erfolgen, dass der gesicherte Anspruch der Berechtigten als aus dem Recht gekennzeichnet wird, für das die §§ 461, 472 BGB gelten. Eine weitere Angabe ist nicht erforderlich (für das Vorkaufsrecht: BGH, Beschluss vom 11.09.1997, V ZB 11/97, NJW 1997, 3235; Beschluss vom 13.10.2016, V ZB 98/15, NJW 2017, 1811; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 03.11.1982, 3 W 200/82, juris; OLG Frankfurt a. M., NJW-RR 1999, 17; jurisPK-BGB/Seichter, Stand: 01.02.2020, § 472 Rdnr. 5; für das Wiederkaufsrecht: Thüringer OLG, Beschluss vom 29.09.2014, 3 W 420/14, juris; Staudinger/Schermaier, Neub. 2013, § 461 Rdnr. 3).

7 b. Zwar haben die Beteiligten vorliegend weder ein Wiederkaufs- noch ein Vorkaufsrecht vereinbart. Vielmehr handelt es sich um einen bedingten Rückübertragungsanspruch aus dem Übergabevertrag. Allerdings lassen sich die vorstehenden Erwägungen aufgrund der Vereinbarung der entsprechenden Geltung von § 472 BGB auch auf die hier zwischen den Beteiligten getroffenen Regelungen übertragen.

8 (1) Eine Rückübertragungsverpflichtung, wie sie hier vereinbart wurde, ist im BGB nicht geregelt. Die Beteiligten wollten aber durch die Vereinbarung der entsprechenden Anwendbarkeit des § 472 BGB ersichtlich ein dem Wiederkauf angenähertes Verfahren für den Vollzug des Rückforderungsrechts vereinbaren. Dabei ist es für die hier in Rede stehende Angabe des für die Gemeinschaft maßgebenden Rechtsverhältnisses (§ 47 Abs. 1 GBO) unschädlich, dass die Beteiligten mit dem Verweis auf § 472 BGB eine Vorschrift des – hier ersichtlich als Parallele nicht in Betracht kommenden – Vorkaufsrechts in Bezug genommen haben, weil die Bestimmungen des BGB über den Wiederkauf mit § 461 BGB eine wortgleiche Vorschrift enthalten. Denn wie bei einer Wiederkaufsabrede ist auch vorliegend durch die Rückübertragungsabrede ein aufschiebend bedingter Vertrag (vgl. Palandt/Weidenkaff, 80. Aufl., § 456 Rdnr. 11) geschlossen worden, der durch Erklärung gegenüber dem Verpflichteten wirksam wird. Das folgt aus der vertraglichen Vereinbarung in dem Übergabevertrag. Durch die Ausübung des Wiederkaufsrechts bzw. hier des Rückforderungsrechts entsteht ein schuldrechtlicher Anspruch auf Übereignung zwischen den Berechtigten und dem Erwerber, der jeweils durch eine Vormerkung gesichert werden kann. Wie auch bei dem Wiederkaufs- und dem Vorkaufsrecht soll der Sohn der Antragsteller als Erwerber davor geschützt werden, bei nur teilweiser Ausübung des Vorkaufsrechts wider Willen in eine Gemeinschaft gezwungen zu werden (vgl. Palandt/Weidenkaff, § 461 Rdnr. 1; MünchKomm-BGB/Westermann, 8. Aufl., § 461 Rdnr. 1; Staudinger/Schermaier, § 472 Rdnr. 2).

9 (2) Die Vereinbarung der entsprechenden Anwendbarkeit von § 461 bzw. § 472 BGB auf das hier vertraglich begründete Rückforderungsrecht ist auch zulässig. Es ist in der Rechtsprechung allgemein anerkannt, dass es den Vertragsparteien freisteht, die entsprechende Anwendung von

§ 461 bzw. § 472 BGB auch auf Erwerbsrechte und Über eignungsansprüche zu vereinbaren, wenn diese Rechte nicht aus einem Vor- oder Wiederkauf stammen (BayObLG, NJW-RR 1993, 472; OLG Nürnberg, NJW-RR 2021, 146; OLG München, NJW-RR 2008, 106).

10 (3) Den vereinzelt hiergegen erhobenen Bedenken vermag der Senat – anders als das AG – nicht zu folgen; insbesondere wird die Verfügungsberechtigung durch die Angabe „entsprechend § 472 BGB“ hinreichend deutlich zum Ausdruck gebracht. Denn nach § 472 BGB haben die Vorkaufsberechtigten das Vorkaufsrecht nicht nur im Ganzen, sondern auch gemeinschaftlich auszuüben, und eine dem widersprechende Regelung, nach der jeder Vorkaufsberechtigte ohne Rücksicht auf die Berechtigung des anderen das Vorkaufsrecht im Ganzen für sich allein ausüben könnte, wäre unwirksam (vgl. BGH, Beschluss vom 13.10.2016, V ZB 98/15; Urteil vom 13.03.2009, V ZR 157/08, NJW-RR 2009, 1172). Kann mithin bei einer Berechtigung „entsprechend § 472 BGB“ kein Berechtigter alleine über das Recht insgesamt verfügen, ist dadurch die Verfügungsberechtigung nach § 47 Abs. 1 GBO hinreichend deutlich bezeichnet (so zutreffend Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl., Rdnr. 1047a im Widerspruch zu Rdnr. 1511).

11 4. Eine Kostenentscheidung ist im Hinblick auf § 22 Abs. 1, § 25 Abs. 1 GNotKG nicht veranlasst.

Bürgerliches Recht

FAMILIENRECHT

7. Inhaltskontrolle eines Ehevertrags

OLG Celle, Beschluss vom 09.03.2021, 17 UF 172/20

BGB § 138 Abs. 1, §§ 242, 1408, 1414, 1570, 1580, 1605 Abs. 1 FamFG § 117 Abs. 2 Satz 1, § 137 Abs. 1, § 142 Abs. 1

LEITSÄTZE:

1. Die gesetzlichen Regelungen über den nahehe lichen Unterhalt, Zugewinn- und Versorgungsaus gleich unterliegen grundsätzlich der vertraglichen Disposition der Ehegatten. Die vertragliche Dispositi onsbefugnis der Ehegatten darf allerdings nicht dazu führen, dass dadurch der Schutzzweck der gesetzli chen Regelungen unterlaufen wird. Das wäre der Fall, wenn dadurch eine evident einseitige und durch die individuelle Gestaltung der ehelichen Lebensverhält nisse nicht gerechtfertigte Lastenverteilung entstünde, die hinzunehmen für den belasteten Ehegatten – unter angemessener Berücksichtigung der Belange des anderen Ehegatten und seines Vertrauens in die Geltung der getroffenen Abrede – bei verständiger Würdigung des Wesens der Ehe unzumutbar er scheint. (Leitsatz der Schriftleitung)
2. Der Ausschluss des Versorgungsausgleichs ist sit tenwidrig, wenn sich ein Ehegatte, wie schon bei Ver

tragsschluss geplant oder verwirklicht, der Betreuung der gemeinsamen Kinder gewidmet und deshalb auf eine versorgungsbegründende Erwerbstätigkeit in der Ehe – weitgehend – verzichtet hat. In diesem Ver zicht liegt ein Nachteil, den der Versorgungsausgleich gerade auf beide Ehegatten gleichmäßig verteilen will und der ohne Kompensation nicht einem Ehegat ten allein angelastet werden kann, wenn die Ehe scheitert. Hierfür kommt es darauf an, ob die Beteilig ten ersichtlich davon ausgingen, dass ein Beteiligter für die Betreuung der geplanten Kinder seine Er werbstätigkeit würde aufgeben oder zumindest we sentlich einschränken müssen. Insofern liegt aber bei kinderlosen Ehegatten im gebär- bzw. zeugungsfähi gen Alter die Annahme der Absicht, eine Familie zu gründen, bereits angesichts allgemeiner Lebenser fahrung nahe. (Leitsatz der Schriftleitung)

3. In subjektiver Hinsicht bedarf es für die Feststellung, eine Regelung aus dem Kernbereich der Scheidungs folgen sei nichtig, nicht der Ausnutzung der unterle genen Verhandlungsposition eines Ehegatten. Inso fern unterscheiden sich die Voraussetzungen der Sit tenwidrigkeit einer einzelnen Bestimmung aus dem Kernbereich der Scheidungsfolgen von den Anforde rungen, die an die Sittenwidrigkeit aufgrund eines insgesamt unausgewogenen Vertrags gestellt wer den und bei denen außerhalb der Vertragsurkunde liegende Umstände erforderlich sind, die für eine be wusst ausgenutzte unterlegene Verhandlungsposi ti on sprechen. (Leitsatz der Schriftleitung)
4. Die Unwirksamkeit der Begrenzung des Betreuungs unterhalts führt gemäß § 139 BGB zur Unwirksamkeit der Vertragsklausel zum nahehelichen Unterhalt insgesamt, wenn die Vereinbarung zum naheheli chen Unterhalt als einheitliche Klausel gefasst wurde, die nicht nach verschiedenen gesetzlichen An spruchsgrundlagen differenziert. Eine geltungserhal tende Reduktion innerhalb einer einheitlichen Klausel ist in der von den Beteiligten vereinbarten salvatori schen Klausel nicht vorgesehen. (Leitsatz der Schrift leitung)
5. Sind nur einzelne Bestimmungen eines Ehevertrags – nicht aber der gesamte Vertrag – unwirksam, so werden die übrigen, isoliert betrachtet wirksamen Re gelungen des Ehevertrags von der Nichtigkeit nicht erfasst, wenn der Vertrag eine salvatorische Klausel enthält. (Leitsatz der Schriftleitung)

AUS DEN GRÜNDEN:

11. Der 1952 geborene Antragsteller und die 1957 geborene Antragsgegnerin haben am 05.12.1986 die Ehe miteinander geschlossen. Aus der Ehe sind vier inzwischen volljährige und wirtschaftlich selbstständige Kinder hervorgegangen, der am 07.01.1989 geborene (...), der am 07.02.1990 gebore ne (...), die am 03.03.1992 geborene (...) und die am 11.11.1994 geborene (...). Die Beteiligten leben jedenfalls seit Januar 2017 getrennt, der Scheidungsantrag des Antragstellers wurde der Antragsgegnerin am 02.02.2017 zugestellt.

2 Am 03.11.1986 schlossen die Beteiligten vor dem Notar (...), dem der Antragsteller aufgrund vorheriger Beurkundungstätigkeit für den väterlichen Betrieb von Person bekannt war, zur Urkunden-Nr. 129/1986 einen Ehe-, Erbverzichts- und Erbvertrag. Darin wurde unter Punkt A) der gesetzliche Güterstand ausgeschlossen und Gütertrennung vereinbart. Unter Punkt B) schlossen die Beteiligten den Versorgungsausgleich aus. Punkt C) lautet:

„Sofern die [Antragsgegnerin] nach einer Ehescheidung einen Unterhaltsanspruch gegen den [Antragsteller] hat, wird dieser Anspruch der Höhe nach unter Anrechnung aller sonstigen Nettoeinkünfte der [Antragsgegnerin] von den Vertragspartnern auf monatlich DM 2.500 (...) begrenzt und verzichtet die [Antragsgegnerin] hiermit unwiderruflich, und zwar auch für den Fall des Notbedarfs, auf die Fortzahlung des Unterhalts durch den [Antragsteller] a) bei kinderlos gebliebener Ehe über den Zeitraum eines Jahres hinaus und, b) sofern Kinder aus der Ehe hervorgegangen sind, über den Zeitraum von drei Jahren hinaus, jeweils gerechnet vom Tage der Rechtskraft der Ehescheidung an.“

Unter Punkt D) verzichtete die Antragsgegnerin für den Fall des Todes des Antragstellers sowohl auf ihr gesetzliches Erbrecht als auch auf ihr Pflichtteilsrecht, unter Punkt E) nahm der Antragsgegner die unter C) und D) ausgesprochenen Verzichtserklärungen der Antragstellerin an. Unter Punkt F) vermachte der Antragsteller der Antragsgegnerin für den Fall, dass seine Ehe mit dieser im Falle seines Todes noch Bestand habe, den ihm gehörenden Hausrat. Punkt G) enthält folgende salvatorische Klausel:

„Sollte eine dieser Vereinbarungen unwirksam sein oder werden, so sollen die übrigen Vereinbarungen dennoch wirksam bleiben.“

3 Hintergrund des Ehevertrags war, dass dem Vater des Antragstellers im Raum Soltau Autohäuser in zweiter Generation gehörten und diese auf den seit 1979 bei seinem Vater als angestellten Verkaufsleiter beschäftigten Antragsteller übergehen sollten. Der Vater des Antragstellers machte den Abschluss des Ehevertrags zur Voraussetzung für den Unternehmensübergang. Im Zeitpunkt des Abschlusses des Ehevertrags betrug das Jahresgehalt des Antragstellers rund 90.000 DM brutto; ferner war der Antragsteller in geringem Umfang (rund 150.000 DM) als stiller Gesellschafter an dem Unternehmen beteiligt. 1992 wurden ihm dann 51 % der (...) Automobilhandelsgesellschaft mbH übertragen und im Jahr 1998 weitere 49 %. Ferner wurden dem Antragsteller auch Immobilien von den Eltern übertragen. Zum Ende der Ehezeit war der Antragsteller alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer der (...) Automobilhandelsgesellschaft mbH (VW-Vertrieb) und alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer der Autohaus (...) mbH (Audi-Vertrieb). Ferner erzielte er Einnahmen aus Vermietung und Verpachtung über die Betriebsimmobilien- & Dienstleistungs GmbH & Co. KG und die Immobilien- & Vermietungs GmbH & Co. KG. Das monatliche Gesamteinkommen lag jedenfalls nicht unter 20.000 € netto. Inzwischen hat der Antragsteller seine berufliche Tätigkeit als Geschäftsführer nach einem im Februar 2019 erlittenen Schlaganfall redu-

ziert und bezieht – neben der hieraus erzielten Vergütung in Höhe von noch 5.700 €/Monat brutto – gesetzliche Altersrente i. H. v. 862,51 €; eine Übergabe der Autohäuser an den ältesten Sohn der Beteiligten ist geplant.

4 Im Zeitpunkt des Abschlusses des Ehevertrags hatte der Antragsteller lediglich Versorgungsansprüche in der gesetzlichen Rentenversicherung. Seit 1992 verfügte auch über eine betriebliche Altersversorgung in Form einer Pensionszusage der (...) Automobil-Handelsgesellschaft, die eine monatliche Rente i. H. v. 4.000 € ab Vollendung des 68. Lebensjahres vorsieht. Der Ehezeitanteil des sich in der Leistungsphase befindlichen Anrechts bei der DRV Bund beträgt 13,30 Entgeltpunkte, was einer Monatsrente von 405,01 € entspricht.

5 Die Antragsgegnerin machte im April 1983 ihr Staatsexamen in Humanmedizin, promovierte im Mai 1983 und erhielt ebenfalls im Mai 1983 ihre Approbation. Seit dem 01.06.1983 arbeitete sie als Assistenzärztin im Bereich Kinderchirurgie in einem Krankenhaus in Karlsruhe bei einem Gehalt von rund 6.000 DM.

6 Die Beteiligten führten seit 1975 eine (Fern-)Beziehung. Nach der Verlobung im Juli 1984 kündigte die Antragsgegnerin die Stelle in Karlsruhe zum 30.09.1984 und zog zum Antragsteller nach Soltau. Dort bewarb sie sich erfolglos an allen umliegenden Krankenhäusern und meldete sich im November 1984 arbeitssuchend. Sie erhielt sodann Arbeitslosengeld i. H. v. 840 DM/Woche. In der Folge fand sie lediglich Praxisvertretungen. 1985 fassten die Beteiligten den Entschluss, dass sich die Antragsgegnerin im HNO-Bereich fortbilden sollte. Vom 01.02. bis zum 21.07.1986 war sie als Weiterbildungsassistentin in einer HNO-Praxis tätig, vom 01.08.1986 bis zum 31.07.1987 – von vornherein befristet – im Rahmen einer selbstständigen Vollzeit-Tätigkeit als Weiterbildungsassistentin in einer anderen Praxis. Ihre Einnahmen aus selbstständiger Tätigkeit und aus Gutachtenerstellung betrugen 1986 31.450 DM, unter Abzug der Ausgaben verblieb ein Überschuss von 20.208,12 DM 1987 erzielte sie Einnahmen i. H. v. 27.650 DM und einen Überschuss von 16.015,24 DM; 1988 Einnahmen i. H. v. 21.252 DM und einen Überschuss von 6.709,25 DM. Daneben besuchte die Antragsgegnerin kontinuierlich HNO-Fortbildungen, Kurse und Praktika; dies auch wieder seit dem Jahr 2005.

7 Nach der Geburt der Kinder betreute die Antragsgegnerin diese und kümmerte sich um den Haushalt sowie um die mit dem Betrieb einhergehenden sozialen Verpflichtungen. Seit 1991 wurde sie hierbei durch eine Kinderfrau an drei Nachmittagen pro Woche unterstützt, 1995 kam ein Au Pair hinzu; ferner gab es eine Haushaltshilfe. Drei der vier Kinder wiesen eine Hörminderung auf und waren aufgrund dieser und wegen ihrer vorzeitigen Geburt entwicklungsverzögert, was u. a. eine jahrelange Behandlung am Zentrum für Kindesentwicklung sowie Logopädie und Hörgeräteanpassungen erforderlich machte. Beginnend ab 2005 lebten die Kinder jeweils ein Jahr in einem Internat in England.

8 Die Antragsgegnerin verfügt über Zinseinkünfte aus einem der Autohaus (...) GmbH gewährten, mit rund 270.000 € valutierenden Darlehen in Höhe von monatlich

rund 1.400 €. Hinzu kommen – geringe – Kapitalerträge aus Sparbüchern sowie Pachteinkünfte. Ferner ist sie aktuell teilzeitbeschäftigt in einer privatärztlich geführten Praxis mit einem monatlichen Bruttoeinkommen i. H. v. 1.750 €. Ohne die Eheschließung hätte die Antragsgegnerin eine medizinische Karriere aufgebaut.

9 Im Zeitpunkt des Abschlusses des Ehevertrags verfügte die Antragstellerin über ein Anrecht bei der Baden-Württembergischen Versorgungsanstalt für Ärzte, Zahnärzte und Tierärzte. Der Antragsteller zahlte dort in der Folgezeit den jährlichen Mindestbeitrag ein, sodass sich das Anrecht Anfang 2015 auf einen monatlichen Rentenbetrag von rund 700 € belief; der Ehezeitanteil beträgt 611,67 €. Ferner hatte die Antragsgegnerin ein Anrecht bei der gesetzlichen Rentenversicherung, der Ehezeitanteil beträgt 9,996 Entgeltpunkte, was einer Monatsrente von 304,38 € entspricht.

10 Die Beteiligten streiten über die Wirksamkeit des Ehevertrags.

11 Die Antragsgegnerin hält den Ehevertrag für sittenwidrig. Sie behauptet, der Notar habe lediglich die Wünsche des Antragstellers, nicht aber die ihren ermittelt; sie habe vorab keinen Entwurf vom Notar erhalten, im Termin kein Leseexemplar und nach dem Termin auch keine beglaubigte Abschrift. Sie sei über den Inhalt nicht informiert gewesen; der Antragsteller habe ihr vielmehr (nur) gesagt, sie sei hinreichend abgesichert.

12 Ihre berufliche Situation sei im Zeitpunkt der Vertragsunterzeichnung mangels konkreter Möglichkeit der Fortsetzung der Facharztausbildung vollständig unsicher gewesen, sie sei vom Antragsteller sozial und wirtschaftlich vollständig abhängig gewesen bzw. der Antragsteller habe seine „zukünftige wirtschaftliche Überlegenheit“ ausgenutzt. Aus der von ihr gegenüber dem Antragsteller „tief empfundenen Liebe“ habe sich dessen Dominanz bzw. eine Zwangslage zu ihren Lasten ergeben. Die Beteiligten hätten viele gemeinsame Kinder gewollt, eine Haushaltsführungsehe sei geplant gewesen.

13 Sie habe die Kinder durch sämtliche Krisen hinweg ohne Beteiligung des Antragstellers betreut. Ferner habe sie dem Antragsteller in sämtlichen betrieblich Belangen als Gesprächspartnerin ständig zur Verfügung gestanden und habe diverse betriebliche Aufgaben übernommen, so sei sie zum Beispiel für die Dekoration im Unternehmen zuständig gewesen.

14 Hätte sie durchgängig vollschichtig als Fachärztin gearbeitet, läge ihre Altersversorgung beim Versorgungswerk bei rund 3.840 €/Monat.

15 Sie habe – soweit unstreitig – aufgrund ihrer vielfältigen Belastungen im familiären und beruflichen Umfeld 2014 einen völligen psychischen Zusammenbruch mit einer Burnout-Depression erlitten und sei suizidal gewesen. Trotz intensiver und noch andauernder psychotherapeutischer Behandlung sei sie nach wie vor aufgrund der Folgen dieses Zusammenbruchs nicht mehr voll erwerbsfähig.

16 Die Antragsgegnerin hat zum Zugewinnausgleich erstinstanzlich mit Schriftsatz vom 11.01.2018 (...), konkretisiert

durch Schriftsatz vom 04.06.2020 (...), im Wege des Stufenantrags beantragt, den Antragsteller zur Auskunft (nebst Belegvorlage) über sein Anfangs- und sein Endvermögen sowie das Vermögen zum Zeitpunkt der Trennung einschließlich erhaltener bzw. gemachter Zuwendungen, zur Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung und zur Zahlung eines Zugewinnausgleichs nebst Zinsen zu verpflichten. Für den genauen Wortlaut des Antrags wird auf die genannten Schriftsätze verwiesen.

17 Zum nahehelichen Unterhalt hat die Antragsgegnerin erstinstanzlich mit Schriftsatz vom 09.01.2018 (...), ergänzt durch Schriftsatz vom 31.01.2018 (...), im Wege des Stufenantrags zunächst beantragt, den Antragsteller zu verpflichten, Auskunft zu erteilen über sein Vermögen am 01.05.2017 sowie über sämtliche Einnahmen und Aufwendungen aus selbstständiger Arbeit, aus Kapitalvermögen, aus Vermietung und Verpachtung sowie aus anderer Herkunft unter Angabe der Privatentnahmen in der Zeit vom 01.01.2015 bis zum 31.12.2017 und die Auskunft zu belegen durch Vorlage der Einkommensteuererklärungen, Bilanzen nebst Gewinn- und Verlustrechnungen sowie Einkommensteuerbescheiden für 2015 bis 2017, an Eides statt zu versichern, dass die Auskunft richtig und vollständig ist, sowie ab Rechtskraft der Scheidung eine monatlich im Voraus fällige Unterhaltsrente zu zahlen. Für den genauen Wortlaut des Antrags wird auf die genannten Schriftsätze verwiesen.

18 Der Antragsgegner hat beantragt,

die Anträge in den Folgesachen Unterhalt und Zugewinnausgleich abzuweisen.

19 Er hält den Ehevertrag für wirksam und hat vorgetragen, die Antragsgegnerin sei durch die Ehe und die Kinderbetreuung nicht an einer vollschichtigen Tätigkeit gehindert gewesen; der Verzicht hierauf sei vielmehr ihre eigene Entscheidung gewesen. Sie sei für sein Unternehmen nur sporadisch tätig geworden und habe keine verantwortliche Tätigkeit ausgeübt.

20 Die Antragsgegnerin sei zu einer vollschichtigen Tätigkeit auch weiterhin in der Lage, was sich daran zeige, dass sie 14 Tage in Deutschland vollschichtig arbeite, um sodann mit dem Pkw nach England zu fahren und sich für 14 Tage dort aufzuhalten.

21 Hätte die Antragsgegnerin durchgängig vollschichtig als Ärztin gearbeitet, läge ihre von der Baden-Württembergischen Versorgungsanstalt für Ärzte, Zahnärzte und Tierärzte zu erwartende Rente bei rund 2.240 €.

22 Das AG hat den Ehevertrag für wirksam gehalten und demnach durch Verbundbeschluss vom 06.07.2020 die Ehe der Beteiligten geschieden (Ziffer I.), festgestellt, dass ein Versorgungsausgleich nicht stattfindet (Ziffer II.), sowie die Anträge im Zugewinnausgleichsverbundverfahren vom 11.01.2018 (Ziffer III.) sowie im Nachehelichenunterhaltsverbundverfahren vom 09.01.2018 (Ziffer IV.) abgewiesen und die Kosten des Verfahrens gegeneinander aufgehoben (Ziffer V.).

23 Hiergegen wendet sich die Antragsgegnerin im Wege der Beschwerde, mit der sie sich weiterhin auf die Sitten-



widrigkeit des Ehevertrags beruft und hilfsweise geltend macht, dass eine Anpassung im Rahmen der Ausübungskontrolle stattfinden müsse.

24 Die Antragstellerin ist dabei der Ansicht, die begehrten Auskünfte zum Zugewinn seien auch dann zu erteilen, falls die Vereinbarung der Gütertrennung wirksam sei. Denn vorliegend sei von einer Funktionsäquivalenz zwischen Versorgungsausgleich und Zugewinn auszugehen, da der (durchzuführende) Versorgungsausgleich nicht bewirken werde, dass die auf Seiten der Antragsgegnerin entstandenen ehebedingten Nachteile in der Altersversorgung vollständig ausgeglichen würden.

25 Sie beantragt, den Beschluss des AG Soltau in den Ziffern II., II. und IV. wie folgt abzuändern:

Ziffer II.: Der Versorgungsausgleich wird durchgeführt.

Ziffer III.: 1. Dem Antragsteller wird aufgegeben, Auskunft über sein Anfangs- und Endvermögen wie folgt zu erteilen:

1) Der Antragsteller wird verpflichtet, der Antragsgegnerin Auskunft über den Bestand seines Anfangsvermögens zum 05.12.1986 sowie sämtliche dem Anfangsvermögen hinzuzurechnende Zuwendungen gemäß § 1374 Abs. 2 BGB durch Vorlage eines vollständigen Verzeichnisses, das geordnet sämtliche Aktiva und Passiva enthält, zu erteilen und die Angaben in dem Verzeichnis zu belegen.

(2) Der Antragsteller wird verpflichtet, der Antragsgegnerin Auskunft über den Bestand seines Endvermögens zum 26.01.2017 (Tag der Zustellung des Ehescheidungsantrags) durch Vorlage eines geschlossenen Verzeichnisses, das sämtliche Aktiva und Passiva geordnet zum Stichtag enthält, zu erteilen und die Angaben im Vermögensverzeichnis zu belegen.

2. Der Antragsgegner wird für den Fall, dass die Auskunft nicht mit der erforderlichen Sorgfalt erteilt wurde, verpflichtet, die Vollständigkeit und Richtigkeit der erteilten Auskunft eidesstattlich zu versichern

3. Dem Antragsteller wird aufgegeben, in nach Auskunftserteilung zu beziffernder Höhe einen Zugewinnausgleich an die Antragsgegnerin zu zahlen.

4. Für den Fall, dass der Senat das Auskunftsbegehren für begründet halten sollte, wird die angefochtene Entscheidung zu Ziffer III. aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das AG Soltau zurückverwiesen.

Ziffer IV.: 1. Der Antragsteller wird verpflichtet, der Antragsgegnerin Auskunft über die Höhe seiner Einkünfte wie folgt zu erteilen:

(1) aus nichtselbstständiger Tätigkeit durch Vorlage einer systematischen Zusammenstellung sämtlicher Brutto- und Nettoeinkünfte einschließlich der Nebeneinkünfte in der Zeit vom 01.10.2019 bis zum 30.09.2020 und die erteilten Auskünfte zu belegen durch Vorlage der Lohnsteuerbescheinigung für das Jahr 2019 und der Lohnabrechnungen für den gesamten Zeitraum;

(5) über sämtliche Renteneinkünfte ebenfalls in der Zeit vom 01.10.2019 bis zum 30.09.2020 und diese Auskünfte durch Rentenbescheide und die Abrechnungen des betrieblichen Rentenversicherungsträgers für den gleichen Zeitraum zu belegen;

(6) über sämtliche Einkünfte aus selbstständiger und unternehmerischer Tätigkeit für die Jahre 2017 bis 2019 durch Vorlage einer systematischen Zusammenstellung (nach Jahren und Einkommensarten systematisch geordnetes Verzeichnis) der Einnahmen und Ausgaben, der Einkommensteuererklärungen und der Einkommensteuerbescheide für die Jahre 2017 bis 2019 sowie Vorlage sämtlicher vollständiger Bilanzen nebst Gewinn- und Verlustrechnung von sämtlichen Unternehmen, an denen der Antragsteller beteiligt ist, sowie etwaige Einnahmen-/Überschussrechnungen für die genannten Jahre; die Auskunft hat jeweils geordnet nach Jahren sämtliche Privatentnahmen und private Einlagen zu enthalten sowie sämtliche Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung, Kapitalvermögen und die wertbildenden Faktoren des Wertes des mietfreien Wohnens;

(7) der Antragsteller wird weiter verpflichtet, die Gewinnverwendungsbeschlüsse und die Ausschüttungsbescheinigungen sämtlicher Gesellschaften, an denen er beteiligt ist, für die Jahre 2017 bis 2019 vorzulegen;

(8) der Antragsteller wird verpflichtet, Auskunft darüber zu erteilen, welche Ausgaben er innerhalb der letzten drei Jahre, also in der Zeit vom 01.01.2017 bis zum 31.12.2019 für vermögensbildende Anlagen getätigt hat und diese zu belegen.

2. Der Antragsteller wird verpflichtet, für den Fall, dass die Auskunft nicht mit der erforderlichen Sorgfalt erteilt wurde, die Vollständigkeit und Richtigkeit der erteilten Auskunft an Eides Statt zu versichern.

3. Dem Antragsteller wird aufgegeben, in nach Auskunftserteilung zu beziffernder Höhe Unterhalt an die Antragsgegnerin ab Rechtskraft der Ehescheidung monatlich im Voraus zu zahlen.

4. Für den Fall, dass der Senat das Auskunftsbegehren für begründet hält, wird die angefochtene Entscheidung zu Ziffer IV. aufgehoben und die Angelegenheit zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das AG Soltau zurückverwiesen.

26 Der Antragsteller beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

27 Die beiden Beteiligten haben sich mit einer Entscheidung im schriftlichen Verfahren einverstanden erklärt.

28 II. Die zulässige Beschwerde der Antragsgegnerin hat in der Sache teilweise Erfolg.

29 Da der in Ziffer B) des Ehevertrags vom 03.11.1986 vereinbarte Ausschluss des Versorgungsausgleichs und die in Ziffer C) enthaltene Unterhaltsbeschränkung der Antragsgegnerin wegen Sittenwidrigkeit unwirksam sind, sind Ziffer II. und Ziffer IV. des amtsgerichtlichen Tenors aufzuheben.

Der Antragsteller ist im Verbundverfahren Unterhalt auf der ersten Stufe zur Auskunft zu verpflichten; der Versorgungsausgleich ist zugleich mit der Endentscheidung im Verbundverfahren Unterhalt nach Zurückverweisung der Sache an das AG zu regeln. Um den Verbund der Folgesachen zu wahren, ist auch die vom AG erfolgte vollständige Abweisung des Antrags im Zugewinnausgleichsverfahren in Ziffer III. des Tenors aufzuheben. Da jedoch die güterrechtliche Vereinbarung in Ziffer A) des Ehevertrags vom 03.11.1986 wirksam ist und auch der Gesichtspunkt der Funktionsäquivalenz von Versorgungs- und Zugewinnausgleich vorliegend keinen güterrechtlichen Ausgleich erfordert, ist der im Zugewinnausgleichsverfahren gestellte Auskunftsantrag der Antragsgegnerin abzuweisen und die Sache nur im Übrigen an das AG zurückzuverweisen, dem sodann die Endentscheidung über den Zugewinnausgleich im Verbund mit dem Versorgungsausgleich und der Endentscheidung über den Unterhalt obliegt.

Im Einzelnen:

30 1. Der Ehevertrag ist sittenwidrig nach § 138 Abs. 1 BGB, soweit der Versorgungsausgleich ausgeschlossen und der nacheheliche Unterhalt beschränkt wurden. Die Vereinbarung der Gütertrennung hält hingegen für sich genommen einer Inhalts- und Ausübungskontrolle stand und scheitert zudem nicht an einer Gesamtnichtigkeit des Ehevertrags; ein güterrechtlicher Ausgleich ist auch nicht unter dem Gesichtspunkt der Funktionsäquivalenz von Zugewinnausgleich und Versorgungsausgleich geboten.

31 Die gesetzlichen Regelungen über den nachehelichen Unterhalt, Zugewinn- und Versorgungsausgleich unterliegen grundsätzlich der vertraglichen Disposition der Ehegatten. Diese darf allerdings nicht dazu führen, dass der Schutzzweck der gesetzlichen Regelungen durch vertragliche Vereinbarungen beliebig unterlaufen wird. Das wäre der Fall, wenn dadurch eine evident einseitige und durch die individuelle Gestaltung der ehelichen Lebensverhältnisse nicht gerechtfertigte Lastenverteilung entstünde, die hinzunehmen für den belasteten Ehegatten – unter angemessener Berücksichtigung der Belange des anderen Ehegatten und seines Vertrauens in die Geltung der getroffenen Abrede – bei verständiger Würdigung des Wesens der Ehe unzumutbar erscheint. Die Belastungen des einen Ehegatten wiegen dabei umso schwerer und die Belange des anderen Ehegatten bedürfen umso genauerer Prüfung, je unmittelbarer die vertragliche Abbedingung gesetzlicher Regelungen in den Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts eingreift. Das Verdikt der Sittenwidrigkeit wird dabei regelmäßig nur in Betracht kommen, wenn durch den Vertrag Regelungen aus dem Kernbereich des gesetzlichen Scheidungsfolgenrechts ganz oder jedenfalls zu erheblichen Teilen abbedungen werden, ohne dass dieser Nachteil für den anderen Ehegatten durch anderweitige Vorteile gemildert oder durch die besonderen Verhältnisse der Ehegatten, den von ihnen angestrebten oder gelebten Ehetyt oder durch sonstige gewichtige Belange des begünstigten Ehegatten gerechtfertigt wird (vgl. zuletzt BGH, Beschluss vom 27.05.2020, XII ZB 447/17, BeckRS 2020, 15779 Rdnr. 18 ff. m. w. N.). Sind die einzelnen Regelungen des

Ehevertrags für sich genommen wirksam, so kann sich die Sittenwidrigkeit auch aus einer Gesamtwürdigung des Vertrags ergeben, wenn das Zusammenwirken aller ehevertraglichen Einzelregelungen erkennbar auf die einseitige Benachteiligung eines Ehegatten abzielt und der andere Ehegatte insofern die unterlegene Verhandlungsposition dieses Ehegatten ausgenutzt hat (vgl. BGH, Urteil vom 31.10.2012, XII ZR 129/10, NJW 2013, 380 Rdnr. 22 ff. m. w. N.).

A) Ausschluss des Versorgungsausgleichs

32 Der hier vereinbarte Verzicht auf die Durchführung des Versorgungsausgleichs stellt sich nach den dargelegten Maßstäben als sittenwidrig dar.

33 a) Nach der Rechtsprechung des BGH ist der Versorgungsausgleich dem Kernbereich der Scheidungsfolgen zugeordnet und steht als vorweggenommener Altersunterhalt einer vertraglichen Gestaltung nur begrenzt offen. So ist ein Ausschluss des Versorgungsausgleichs nach § 138 Abs. 1 BGB schon für sich genommen unwirksam, wenn er dazu führt, dass ein Ehegatte aufgrund des bereits beim Vertragsschluss geplanten Zuschnitts der Ehe über keine hinreichende Alterssicherung verfügt und dieses Ergebnis mit dem Gebot ehelicher Solidarität unvereinbar erscheint (BGH, Beschluss vom 27.05.2020, XII ZB 447/17, a. a. O. Rdnr. 23 m. w. N.).

34 b) Sittenwidrig ist ein Ausschluss des Versorgungsausgleichs nach dem Willen des Gesetzgebers insbesondere dann, wenn ein Ehegatte infolge des Verzichts im Alter und bei Erwerbsminderung auf Leistungen der Grundsicherung angewiesen ist (vgl. MünchKomm-BGB/Weber, 8. Aufl., § 8 VersAusglG Rdnr. 18 m. w. N.). Hiervon kann vorliegend angesichts der eigenen Versorgungsansprüche der Antragsgegnerin (Anfang 2015 rund 700 € bei der Versorgungsanstalt, nach dem Vortrag des Antragstellers im Schriftsatz vom 18.02.2020 inzwischen erhöht auf rund 1.320 €; sowie bei Ehezeitende rund 300 € in der DRV, welche sich infolge der aktuellen Berufstätigkeit zudem noch erhöht) in Kombination mit deren Zinseinkommen aus dem der Gesellschaft des Antragstellers gewährten Darlehen von monatlich rund 1.400 € jedoch nicht ausgegangen werden.

35 c) Eine Sittenwidrigkeit liegt auch dann nahe, wenn sich ein Ehegatte, wie schon bei Vertragsschluss geplant oder verwirklicht, der Betreuung der gemeinsamen Kinder gewidmet und deshalb auf eine versorgungsbegründende Erwerbstätigkeit in der Ehe – weitgehend – verzichtet hat. In diesem Verzicht liegt ein Nachteil, den der Versorgungsausgleich gerade auf beide Ehegatten gleichmäßig verteilen will und der ohne Kompensation nicht einem Ehegatten allein angelastet werden kann, wenn die Ehe scheitert (vgl. BGH, Beschluss vom 29.01.2014, XII ZB 303/3, NJW 2014, 1101 Rdnr. 20).

36 Letztere Fallgestaltung ist hier gegeben: Die Beteiligten gingen bereits beim Vertragsabschluss kurz vor Eheschließung ersichtlich davon aus, dass die Antragsgegnerin für die Betreuung der geplanten Kinder ihre Erwerbstätigkeit würde aufgeben oder zumindest wesentlich einschränken müssen.

37 aa) Dabei kommt es nicht darauf an, ob die Antragsgegnerin ihre bestrittene Behauptung, sie hätten von Anfang an mindestens vier, besser noch sechs gemeinsame Kinder haben wollen, beweisen kann; es ist jedenfalls von einem konkreten Kinderwunsch der Beteiligten auszugehen. Abgesehen davon, dass bei kinderlosen Ehegatten im gebärfähigen Alter (vorliegend war die Antragsgegnerin bei Vertragsschluss und Eheschließung 29 und der Antragsteller 34 Jahre alt) die Annahme der Absicht, eine Familie zu gründen, bereits angesichts allgemeiner Lebenserfahrung naheliegt (OLG Celle, Beschluss vom 13.09.2018, 17 UF 28/18, NJW 2018, 3462 Rdnr. 56), zeigt auch die im Rahmen der Vereinbarung zum Unterhalt erfolgte Differenzierung danach, ob aus der Ehe „Kinder“ hervorgegangen sind, dass die Beteiligten einen konkreten und zeitnah umzusetzenden Kinderwunsch gehegt haben. Auch die Tatsache, dass aus der Ehe der Beteiligten vier Kinder hervorgegangen sind, spricht indiziell für einen von Anfang an vorhandenen Kinderwunsch.

38 Dabei war auch vorhersehbar, dass die Antragsgegnerin für die Kinderbetreuung ihre Erwerbstätigkeit würde – zumindest zeitweise – aufgeben oder jedenfalls wesentlich einschränken müssen. Eine Aufteilung der Kinderbetreuung und Erwerbstätigkeit erschien angesichts der persönlichen Situation der Beteiligten fernliegend: Während der Antragsteller sich – ungeachtet zwischenzeitlicher Auseinandersetzungen mit seinem Vater, die diese Perspektive kurzfristig in Frage gestellt haben mögen – darauf vorbereitete, in dritter Generation die Autohäuser seiner Familie als Unternehmer zu übernehmen und fortzuführen, hatte die Antragsgegnerin ihre ärztliche Karriere 1984 zumindest vorübergehend ersichtlich unterbrochen, als sie zum Antragsteller nach Soltau zog und dafür ihre (unbefristete) Assistenzstelle in einem Karlsruher Krankenhaus aufgab, ohne eine vergleichbare Stelle in Soltau zu haben und in der Folge zu bekommen. Im Zeitpunkt des Abschlusses des Ehevertrags hatte sie zwar (erneut) eine Facharztausbildung begonnen, jedoch keine konkrete Aussicht darauf, diese nach dem 31.07.1987 fortzusetzen. Insofern sprach der Zuschnitt der beiderseitigen Lebensverhältnisse dafür, dass der Antragsteller seine berufliche Tätigkeit fortsetzen und ggf. sogar ausbauen, die Antragstellerin ihre aber im Falle der Geburt von Kindern zumindest zunächst unterbrechen bzw. deutlich einschränken würde. Es kann dabei dahinstehen, ob bereits bei Vertragsschluss absehbar war, dass die Antragsgegnerin ihre berufliche Karriere auch dann nicht fortsetzen würde, als die Kinder größer waren bzw. sie bei der Betreuung Unterstützung durch Dritte erhielt. Es war jedenfalls nicht konkret geplant, dass die Antragsgegnerin zeitlich nur in dem Rahmen „aussetzen“ würde, der durch die damals geltende Rechtslage zur sog. Anrechnung von Kindererziehungszeiten auf die gesetzliche Rentenversicherung abgedeckt war. Insofern waren für die Antragsgegnerin Altersversorgungsnachteile durch die Kinderbetreuung vorhersehbar bzw. war sogar eine gewisse Tendenz zur Alleinverdienerhe vorgezeichnet (vgl. BGH, Beschluss vom 17.01.2018, XII ZB 20/17, NJW 2018, 1015 Rdnr. 15 m. w. N.). Die weiteren Umstände (Kinderfrau „erst“ ab 1991, als der jüngste Sohn bereits zwei Jahre alt war, und dann „nur“ drei

Nachmittage in der Woche; Au Pair „erst“ 1995, als alle vier Kinder bereits auf der Welt waren) sprechen ebenfalls dafür, dass ein „frühestmöglicher Wiedereinstieg“ in eine Vollzeit-tätigkeit durch die Antragsgegnerin nicht geplant war.

39 bb) Eine Kompensation auf diesen von Anfang an zumindest teilweise geplanten Verzicht auf den Erwerb von Versorgungsanrechten sieht der Ehevertrag der Beteiligten nicht vor. Soweit der Antragsteller während der Ehe die Mindestbeiträge in die Ärzteversorgung eingezahlt hat, war dies zum einen eine rein freiwillige Leistung, die er jederzeit hätte einstellen können, und vermochte zum anderen eine angemessene Altersversorgung nicht zu begründen; die sich aus dem Anrecht der Antragsgegnerin bei der Versorgungsanstalt für Ärzte Anfang 2015 (unter Einschluss der bereits vorher während der Berufstätigkeit der Antragsgegnerin abgeführten Beträge) ergebende Altersrente belief sich auf ungefähr 700 €, nach dem aktuellen Vortrag des Antragstellers besteht ein Anspruch auf Altersrente in Höhe von rund 1.320 €.

40 cc) In subjektiver Hinsicht bedarf es für die Feststellung, eine Regelung aus dem Kernbereich der Scheidungsfolgen sei nichtig, nicht der Ausnutzung der unterlegenen Verhandlungsposition eines Ehegatten. Insofern unterscheiden sich die Voraussetzungen der Sittenwidrigkeit einer einzelnen Bestimmung aus dem Kernbereich der Scheidungsfolgen von den Anforderungen, die an die Sittenwidrigkeit aufgrund eines insgesamt unausgewogenen Vertrags gestellt werden und bei denen außerhalb der Vertragsurkunde liegende Umstände erforderlich sind, die für eine bewusst ausgenutzte unterlegene Verhandlungsposition sprechen (vgl. dazu OLG Celle, Beschluss vom 13.09.2018, 17 UF 28/18, a. a. O. Rdnr. 25; Schleswig-Holsteinisches OLG, Beschluss vom 31.08.2020, 15 UF 100/19, n. v.). In die Beurteilung einzubeziehen sind aber die von den Ehegatten mit der Abrede verfolgten Zwecke und ihre Beweggründe, die zur Vereinbarung der Klausel geführt haben. Ergeben sich weder aus dem Ehevertrag noch aus dem Zuschnitt der Ehe oder den Lebensverhältnissen der Ehegatten Umstände, aufgrund derer die einseitige, den Kernbereich der Scheidungsfolgen betreffende Lastenverteilung subjektiv anerkennenswert und gerechtfertigt erscheinen kann, so ist die Regelung sittenwidrig.

41 Derartige rechtfertigende Elemente sind vorliegend nicht ersichtlich. Der den Anlass des Ehevertrags bildende Schutz des aus der Familie des Antragstellers stammenden Vermögens vor einem möglicherweise existenzbedrohenden Zugriff der Antragsgegnerin im Scheidungsfall erforderte keinen Ausschluss des Versorgungsausgleichs. Eine Kompensation für den Verzicht auf den Versorgungsausgleich sah der Ehevertrag nicht vor; eine angemessene Kompensation wurde auch während der Ehezeit nicht geleistet, obwohl die Antragsgegnerin die vier gemeinsamen Kinder betreut und auf eine versorgungsbegründende Tätigkeit praktisch vollständig verzichtet hat. Die aus der Kinderbetreuung entstehenden Nachteile in der Altersversorgung hatte sie nach dem Vertrag allein zu tragen. Dies führt zur Sittenwidrigkeit der Klausel über den Versorgungsausgleich.

B) Unterhaltsbeschränkung

42 Die vorliegend in doppelter Hinsicht vereinbarte Beschränkung eines nach den gesetzlichen Bestimmungen gegebenen Unterhaltsanspruchs (zum einen in zeitlicher Hinsicht eine Befristung auf maximal drei Jahre ab Rechtskraft der Scheidung und zum anderen eine Begrenzung auf 2.500 DM unter Anrechnung jedweden Einkommens der Antragsgegnerin) erweist sich ebenfalls als sittenwidrig.

43 a) Zum Kernbereich der Scheidungsfolgen zählt (neben dem Alters- und Krankenvorsorgeunterhalt) insbesondere der Anspruch auf Unterhalt wegen Betreuung minderjähriger Kinder. Dieser ist am Kindeswohlinteresse ausgerichtet und daher der Dispositionsfreiheit der Ehegatten weitgehend entzogen (vgl. BGH, Beschluss vom 15.03.2017, XII ZB 109/16, NZFam 2017, 408 Rdnr. 31), jedenfalls sofern – wie vorliegend – eine Einschränkung der Erwerbstätigkeit nur eines Ehegatten infolge der Betreuung gemeinsamer Kinder absehbar ist.

44 Zwar wird durch den vorliegenden Ehevertrag der Betreuungsunterhalt nicht vollständig ausgeschlossen, sondern nur zum einen der Höhe nach begrenzt und zum anderen zeitlich befristet. Dennoch überschreitet die Vereinbarung nach Auffassung des Senats die Grenzen der Sittenwidrigkeit. Zum einen war die Befristung auf drei Jahre ab Rechtskraft der Scheidung angesichts der im Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch nicht geltenden grundsätzlichen Beschränkung des § 1570 Abs. 1 Satz 1 BGB auf drei Jahre und in Anbetracht der in Bezug auf die Dauer des Betreuungsunterhalts damals eher großzügigen Rechtsprechung sehr kurz bemessen, zumal sie Zahl und Alter der Kinder im Einsatzzeitpunkt unberücksichtigt lässt. Zum anderen überstieg die Höhe des Unterhalts von 2.500 DM/Monat zwar die Grenze des Existenzminimums, war jedoch ersichtlich nicht geeignet, die ehebedingten Nachteile der Antragsgegnerin auszugleichen (vgl. zu diesem Kriterium BGH, Urteil vom 05.07.2006, XII ZR 25/04, NJW 2006, 3142 Rdnr. 29 ff.; OLG Celle, Beschluss vom 13.09.2018, 17 UF 28/18, a. a. O. Rdnr. 23). Die Antragsgegnerin hatte bereits am Anfang ihrer Berufslaufbahn eine Stelle mit einem Monatsgehalt von rund 6.000 DM erhalten; dieses wäre im Verlauf einer ärztlichen Karriere nach allgemeiner Lebenserfahrung sicherlich noch gestiegen. Hinzu kommt, dass der Unterhaltsbetrag als Festbetrag vereinbart war; eine Indexierung war nicht vorgesehen. Allein eine Steigerung nach dem (allerdings erst) seit 1991 ausgewiesenen Verbraucherpreisindex würde mit dem Basisjahr 2015 heute einen Betrag von rund 2.070 € ergeben. Dieser Wertung als objektiv sittenwidrig steht nicht entgegen, dass der nach dem bei Vertragsschluss erzielten Einkommen des Antragstellers errechnete Unterhaltsanspruch der Antragsgegnerin betragsmäßig geringer gewesen wäre. Beide Beteiligten gingen ersichtlich davon aus, dass sich die Einkommensverhältnisse des Antragstellers durch die Realisierung der geplanten Betriebsübernahme deutlich verbessern würden; diese Erwartung hat sich in der Folgezeit unstreitig auch erfüllt.

45 Auch die subjektiven Voraussetzungen der Sittenwidrigkeit liegen vor. Der Ehevertrag, dessen Zweck vorliegend

eine derartige Begrenzung des Betreuungsunterhalts – der nur auf Grundlage der aktuellen Einkommensverhältnisse zu bemessen ist und daher eine Vermögensverwertung regelmäßig nicht zur Folge hat – nicht erforderte, enthält keinerlei Regelungen, die sich für die Ehefrau günstig auswirken und den Verzicht auf Betreuungsunterhalt ausgleichen können. Im Gegenteil: Die Unterhaltsansprüche des Antragstellers gegen die Antragsgegnerin sind in keiner Form beschränkt. Damit ist mangels anerkanntem Motiv die vertragliche Unterhaltsregelung sittenwidrig, soweit der Betreuungsunterhalt des § 1570 BGB betroffen ist.

46 b) Es kann dahinstehen, ob auch die Begrenzung des zum Kernbereich der Scheidungsfolgen zählenden Alters- und Krankenunterhalt nach §§ 1571 f. BGB vorliegend sittenwidrig ist. Zwar war im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht absehbar, ob, wann und unter welchen wirtschaftlichen Gegebenheiten ein Ehegatte wegen Alters oder Krankheit unterhaltsbedürftig werden könnte, was tendenziell gegen eine Sittenwidrigkeit spricht (vgl. BGH, Beschluss vom 15.03.2017, XII ZB 109/16, a. a. O. Rdnr. 32). Allerdings ist auch in diesem Zusammenhang kein Grund ersichtlich, warum vorliegend lediglich die Ansprüche der Antragsgegnerin gegen den Antragsteller, nicht jedoch diejenigen des Antragstellers gegen die Antragsgegnerin einer Beschränkung unterliegen, zumal eine Kompensation für die Antragsgegnerin nicht erfolgt ist. Insofern spricht einiges dafür, dass auch unter diesem Gesichtspunkt eine Sittenwidrigkeit vorliegt.

47 c) Die Unwirksamkeit der Begrenzung des Betreuungsunterhalts führt vorliegend gemäß § 139 BGB zur Unwirksamkeit der Vertragsklausel zum nahehelichen Unterhalt insgesamt, auch wenn sich ein (ggf.) aktuell bestehender Unterhaltsanspruch der Antragsgegnerin nicht aus § 1570 BGB ergibt. Die Beteiligten haben ihre Vereinbarung zum nahehelichen Unterhalt als einheitliche Klausel gefasst, die nicht nach verschiedenen gesetzlichen Anspruchsgrundlagen differenziert. Eine geltungserhaltende Reduktion innerhalb einer einheitlichen Klausel ist in der von den Beteiligten vereinbarten salvatorischen Klausel nicht vorgesehen, so dass die aus der sittenwidrigen Begrenzung des Betreuungsunterhalts resultierende Teilunwirksamkeit der Unterhaltsvereinbarung nach § 138 Abs. 1 BGB zu deren Gesamtnichtigkeit führt (vgl. MünchKomm-BGB/Maurer, a. a. O., § 1585c Rdnr. 100).

C) Zugewinnausgleich

48 Die von den Beteiligten getroffene vertragliche Vereinbarung der Gütertrennung gemäß §§ 1408, 1414 BGB ist hingegen sowohl isoliert betrachtet als auch in der Gesamtwürdigung des Vertrags wirksam und erweist sich auch nicht im Rahmen einer Ausübungskontrolle für korrekturbedürftig. Dies gilt auch unter Berücksichtigung des von der Antragsgegnerin in der Beschwerde begründeten Aspekts der Funktionsäquivalenz von Versorgungs- und Zugewinnausgleich.

49 a) Die Vereinbarung des Güterstands der Gütertrennung und damit einer ausgeschlossenen Teilhabe am Vermögenszuwachs des jeweils anderen Ehegatten ist gesetzlich

vorgesehen und begründet für sich genommen keinerlei Nachteile für einen der Ehegatten. Der Zugewinnausgleich zählt nicht zum Kernbereich der Scheidungsfolgen, sodass sein auch kompensationsloser Ausschluss grundsätzlich nicht zu beanstanden ist (vgl. BGH, Urteil vom 21.11.2012, XII ZR 48/11, a. a. O. Rdnr. 17 ff.). Zwar nimmt die Antragsgegnerin aufgrund der vereinbarten Gütertrennung nicht am (nach ihrer Behauptung erheblichen) Vermögenszuwachs des Antragsgegners teil. Diese notwendige und beabsichtigte Folge der getroffenen Vereinbarung führt aber schon deshalb nicht zur Sittenwidrigkeit der entsprechenden Vereinbarung, weil ein Anspruch, notwendig am Vermögenszuwachs seines Ehegatten zu partizipieren, nicht besteht (vgl. OLG Celle, Beschluss vom 13.09.2018, 17 UF 28/18, a. a. O. Rdnr. 29 ff.). Der Zugewinnausgleich findet seine innere Rechtfertigung in der gleichmäßigen Verteilung gemeinsam erworbenen Vermögens. Haben die Eheleute die grundsätzlich gleichwertige Erwerbs- und Familienarbeit so untereinander aufgeteilt, dass erworbenes Vermögen formal dem erwerbstätigen Gatten zugeordnet ist, so ermöglicht es der Anspruch auf Zugewinnausgleich, den anderen Ehegatten in angemessener Weise am arbeitsteilig erworbenen Vermögen teilhaben zu können. Empfinden die Eheleute diese gleichmäßige Teilhabe als unbillig und schließen den Zugewinnausgleich deshalb aus, so ist dies (auch soweit damit das zur Altersvorsorge dienende Vermögen einem Ausgleich entzogen wird) generell nicht zu beanstanden. Vorliegend erwarteten bei Vertragsschluss beide Beteiligte, dass der Antragsteller in dem ihm von seinem Vater zu überschreibenden Familienbetrieb ein erhebliches Einkommen bzw. Vermögen erwirtschaften würde. Es erscheint nicht sittenwidrig, die Antragsgegnerin von diesem Vermögenserwerb auszuschließen, der auch ohne die Ehe in gleicher Weise eingetreten wäre und dessen Eintritt die Eheleute ohne Rücksicht auf die Lebensgestaltung innerhalb der Ehe erwarteten.

50 b) Auch die erforderliche Gesamtbetrachtung des Vertrags führt vorliegend nicht zu einer Nichtigkeit des Ausschlusses des Zugewinnausgleichs. Zwar erscheint der Ehe-, Erb- und Pflichtteilsverzichtvertrag im Ergebnis insgesamt und ausschließlich nachteilig für die Antragsgegnerin. Einen Ausgleich für allein die Antragsgegnerin treffenden Beschränkungen enthält der notarielle Vertrag nicht. Dies genügt aber nicht, um die Nichtigkeit des Vertrags zu begründen. Die gesetzlichen Scheidungsfolgen sind nicht in der Weise vorgegeben, dass die nachteilige Abweichung von einer gesetzlich vorgesehenen Berechtigung zwingend durch günstige Regelungen an anderer Stelle ausgeglichen werden müssten. Vor dem Hintergrund der bestehenden Vertragsfreiheit ist einer Vereinbarung, die einen der Ehegatten einseitig belastet und diesen benachteiligt, vielmehr nur dann die Wirksamkeit nach § 138 Abs. 1 BGB zu versagen, wenn der andere Teil dabei die Unterlegenheit des anderen bewusst ausgenutzt und so auch subjektiv verwerflich gehandelt hat. Es bedarf daher – da es sich verbietet, aufgrund der einseitigen Belastung ungleiche Verhandlungspositionen zu vermuten – neben einseitig belastender Regelungen im Vertrag selbst noch der Feststellung weiterer Umstände, die die Überlegenheit eines Ehegatten bei

Vertragsschluss belegen können (vgl. BGH, Urteil vom 31.10.2012, XII ZR 129/10, NJW 2013, 380 Rdnr. 24).

51 Derartige Umstände hat die Antragsgegnerin hier nicht aufzuzeigen vermocht.

52 aa) Der (mutmaßlich beiderseitige) Wunsch der Ehegatten, die Ehe zu schließen, vermag ohne besondere Umstände, wie etwa einer Schwangerschaft oder der Betreuung bereits vorehelich innerhalb der Beziehung geborener Kinder, jedenfalls keine ungleiche Verhandlungsposition zu begründen (OLG Celle, Beschluss vom 13.09.2018, 17 UF 28/18, a. a. O. Rdnr. 36). Es liegt in der Natur eines gesetzlich vorgesehenen Ehevertrags, dass dieser im Hinblick auf eine beabsichtigte Heirat abgeschlossen wird, sodass Eheschließung und Vertragsinhalt voneinander abhängen können. Dies begründet aber – angesichts der beiderseitigen Eheschließungs- und Vertragsfreiheit – gerade keine ungleiche Verhandlungsposition der Ehegatten; eine solche wird entgegen der Ansicht der Antragsgegnerin auch nicht dadurch begründet, dass bei Abschluss des Ehevertrages die Hochzeitsvorbereitungen bereits abgeschlossen waren.

53 bb) Eine ungleiche Verhandlungsposition folgt auch nicht aus einem unterschiedlichen Bildungs- und Erfahrungshorizont der Eheleute bei Vertragsschluss. Die Antragsgegnerin war 29 Jahre alt und promovierte sowie approbierte Ärztin mit Berufserfahrung. Es gibt überhaupt gar keine Anhaltspunkte dafür, dass sie – trotz behaupteten fehlenden juristischen Beistands – die Bedeutung und Tragweite der in Gegenwart eines Notars geschlossenen, zudem eher einfach gestalteten Regelungen nicht erfasst hätte. Vor diesem Hintergrund erscheint auch die – zudem nicht unter Beweis gestellte – Behauptung der Antragsgegnerin, sie habe vor Unterzeichnung des Vertrags keinen Entwurf und bei der Beurkundung kein Leseexemplar erhalten und sei durch den Vertragsinhalt überrumpelt worden, sowie der unstreitige Vortrag, der Notar sei der „Hausnotar“ des Vaters des Antragstellers gewesen und hätte diesen von Person gekannt, nicht geeignet, eine ungleiche Verhandlungsposition zu begründen. Die Umstände unterscheiden sich hier auch auf Grundlage der Darstellung der Antragsgegnerin deutlich von den Umständen, die dem vom BGH durch Beschluss vom 15.03.2017 entschiedenen Fall zugrunde lagen (vgl. BGH, NZFam 2017, 408). Dort musste die Ehefrau die Beurkundung mit einem Säugling bewältigen; zudem ließ der geschäftserfahrene Ehemann gleichzeitig gesellschaftsrechtliche Vorgänge, an denen die (nicht geschäftserfahrene) Ehefrau nicht beteiligt war, beurkunden.

54 cc) Auch eine relevante wirtschaftliche Unterlegenheit lag bei Vertragsabschluss nicht vor. Zwar mag die Fortsetzung der medizinischen Karriere der Antragsgegnerin im Raum Soltau zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ungewiss oder sogar unwahrscheinlich gewesen sein. Sie verfügte jedoch über ein abgeschlossenes Studium der Humanmedizin nebst Approbation und ein Jahr Berufserfahrung, sodass sie – wäre die Eheschließung an der Verweigerung der Unterzeichnung des Ehevertrages gescheitert – ohne größere Schwierigkeiten jedenfalls irgendwo in

Deutschland eine neue Anstellung hätte finden können. Hinzu kommt, dass sie sich bei Vertragsunterzeichnung in einem – zwar befristeten, aber noch über ein halbes Jahr laufenden – Weiterbildungsassistenzenverhältnis befand, welches ihr die Erzielung von Einkünften aus selbstständiger Tätigkeit ermöglichte.

55 dd) Sind dementsprechend „nur“ die Regelungen zum Ausschluss des Versorgungsausgleichs und zum naheheulichen Unterhalt nichtig, ergreift dies die anderen Vorschriften des Ehevertrags nicht. Dies folgt aus der vorliegend von den Beteiligten vereinbarten salvatorischen Klausel, die nur dann unbeachtlich ist, wenn der Vertrag insgesamt aufgrund der Ausnutzung einer unterlegenen Verhandlungsposition sittenwidrig erscheint (vgl. etwa BGH, Urteil vom 21.11.2012, XII ZR 48/11, NJW 2013, 457 Rdnr. 31 m. w. N.; OLG Celle, Beschluss vom 13.09.2018, 17 UF 28/18, a. a. O. Rdnr. 38). Dies ist aber hier – wie dargelegt – nicht der Fall.

56 c) Es besteht aus Sicht des Senats keine Veranlassung, von dem sich im Rahmen der Inhaltskontrolle ergebenden Ergebnis im Rahmen der Ausübungskontrolle abzuweichen.

57 Hält ein Ehevertrag der Wirksamkeitskontrolle stand und ist er auch nicht aus sonstigen Gründen sittenwidrig, hat eine richterliche Ausübungskontrolle nach § 242 BGB zu erfolgen. Dabei ist zu prüfen, inwieweit der begünstigte Ehegatte im Zeitpunkt des Scheiterns der Lebensgemeinschaft seine ihm durch den Vertrag eingeräumte Rechtsmacht missbraucht, wenn er sich auf den vertraglichen Ausschluss von Scheidungsfolgen beruft, obwohl sich nunmehr in diesem Zeitpunkt infolge einer von den Vorstellungen der Ehepartner bei Abschluss der Vereinbarung abweichenden Entwicklung eine evident einseitige Lastenverteilung zulasten des anderen Ehegatten ergibt (vgl. BGH, Beschluss vom 20.06.2018, XII ZB 84/17, NJW 2018, 2871 Rdnr. 20 m. w. N.). Eine derartige grundlegende Abweichung der tatsächlichen einvernehmlichen Gestaltung der ehelichen Lebensverhältnisse von den ursprünglich geplanten und dem Vertrag zugrunde gelegten Lebensverhältnissen ist vorliegend nicht gegeben. Die Antragsgegnerin kann sich an dieser Stelle entgegen ihrer Ansicht auch nicht hilfsweise darauf berufen, dass eine Doppelverdienerehe geplant gewesen sei. Eine Konstellation, in der das Hauptvorbringen des Anspruchstellers wegen Nichterweislichkeit nicht durchdringt und sich der Anspruchsteller deshalb ohne Verstoß gegen die Wahrheitspflicht das Verteidigungsvorbringen des in Anspruch Genommenen zu eigen machen darf (so in BGH, Urteil vom 25.01.1956, V ZR 190/54, NJW 1956, 631), liegt nicht vor. Der Senat ist vielmehr – dem Vortrag der Antragsgegnerin folgend – davon ausgegangen, dass vorliegend absehbar war, dass die Antragsgegnerin ihre Berufstätigkeit für die Kinderbetreuung zurückstellen würde bzw. sogar eine Tendenz zur Alleinverdienerehe vorlag. Er hat lediglich hieraus nicht den von der Antragsgegnerin gewünschten Schluss auf eine umfassende Sittenwidrigkeit des Ehevertrags gezogen.

58 d) Letztlich führt auch die von der Antragsgegnerin angeführte sog. Funktionsäquivalenz von Versorgungs- und Zugewinnausgleichs vorliegend nicht zu einem (teilweisen) Hinübergreifen der Sittenwidrigkeit des Ausschlusses des

Versorgungsausgleichs auf den Ausschluss des Zugewinnausgleichs (vgl. BGH, Beschluss vom 20.06.2018, XII ZB 84/17, a. a. O. 22 ff.; ebenso Johannsen/Henrich/Althammer/Milzer, a. a. O., § 1413 BGB Rdnr. 64 ff.).

59 Hat einer der Ehegatten durch die Übernahme von Haushaltsführung und Kinderbetreuung Nachteile beim Aufbau einer eigenen Altersversorgung erlitten, wird diesem Umstand systemgerecht durch den Versorgungsausgleich Rechnung getragen. Führt der Versorgungsausgleich zu einer Halbteilung der von den Ehegatten in der Ehezeit erworbenen Versorgungsansprüche, besteht für ein Hinübergreifen der Vereinbarungen zum Güterrecht regelmäßig kein Anlass mehr, und zwar auch dann nicht, wenn die ehebedingten Versorgungsnachteile des haushaltsführenden Ehegatten durch den Versorgungsausgleich nicht vollständig kompensiert werden konnten und der erwerbstätige Ehegatte in der Ehezeit zusätzlich zu seinen Versorgungsansprüchen ein zur Altersversorgung geeignetes Privatvermögen aufgebaut hat (vgl. BGH, Beschluss vom 08.10.2014, XII ZB 318/11, NJW 2015, 52 Rdnr. 29).

60 Soweit der BGH in der Vergangenheit mehrfach angedeutet hat, dass es in Fällen der sog. Funktionsäquivalenz von Versorgungs- und Zugewinnausgleich besondere Sachverhaltskonstellationen geben könnte, in denen ein „Hinübergreifen“ auf das andere vermögensbezogene Ausgleichssystem im Rahmen der Ausübungskontrolle in Betracht gezogen werden kann (vgl. BGH, Beschlüsse vom 20.06.2018, XII ZB 84/17, a. a. O. Rdnr. 24; vom 08.10.2014, XII ZB 318/11, a. a. O. Rdnr. 30; vom 21.11.2012, XII ZR 48/11, a. a. O. Rdnr. 35 f.) betraf dies solche Fallkonstellationen, in denen ein haushaltsführender Ehegatte, der zugunsten der Familienarbeit auf die Ausübung einer versorgungsbegründenden Erwerbstätigkeit verzichtet hat, im Falle der Scheidung im Versorgungsausgleich keine Kompensation für seine Nachteile beim Aufbau von Versorgungsvermögen erlangt, weil der erwerbstätige Ehegatte aufgrund seiner individuellen Vorsorgestrategie keine nennenswerten Versorgungsansprüche erworben, sondern seine Altersvorsorge bei vereinbarter Gütertrennung auf die Bildung von Privatvermögen gerichtet hat. In solchen Fällen kann es im Einzelfall geboten erscheinen, dem haushaltsführenden Ehegatten zum Ausgleich für die entgangenen Versorgungsansprüche einen modifizierten Zugewinnausgleich zu gewähren, der einerseits durch den zum Aufbau der entgangenen Versorgungsansprüche erforderlichen Betrag und andererseits durch die gesetzliche Höhe des Ausgleichsanspruchs beschränkt ist.

61 Gemessen daran ergeben sich im vorliegenden Fall keine ausreichenden Anknüpfungspunkte für eine Korrektur der zum Güterrecht getroffenen ehevertraglichen Vereinbarungen. Der Antragsteller verfügt ausweislich der Auskunft des Versorgungsträgers Winkelmann Automobil Handelsgesellschaft mbH vom 03.01.2019 über eine betriebliche Altersrente in Höhe von monatlich 4.000 € aus einer Pensionszusage vom 01.07.1992 mit Nachträgen, deren Ausgleichswert 1.320,81 €/Monat beträgt. Hierbei handelt es sich um ein nennenswertes Versorgungsanrecht, an dem die Antragsgegnerin – ebenso wie an dem ebenfalls zu tei-

lenden Anrecht des Antragstellers in der gesetzlichen Rentenversicherung mit einem Ausgleichswert von 6,6504 Entgeltpunkten bzw. einer Monatsrente von 202,50 € – partizipieren würde. Ein Fall, in dem der erwerbstätige Ehegatte seine Altersvorsorge allein auf die Bildung von Privatvermögen gerichtet hat, liegt demnach nicht vor.

(...)

8. Änderung des Vornamens des Anzunehmenden bei Erwachsenenadoption

OLG München, Beschluss vom 20.01.2021, 16 UF 1318/20

BGB § 1741 Abs. 1, § 1757 Abs. 3 Nr. 1, § 1767

LEITSATZ:

Bei der Annahme eines Volljährigen kann auf Antrag des Annehmenden und mit Einwilligung des Anzunehmenden auch der Vorname des Anzunehmenden geändert werden, wenn dies sittlich gerechtfertigt ist. (Leitsatz der Schriftleitung)

Die Entscheidung ist abgedruckt in DNotZ 2021, 776.

Bürgerliches Recht

ERBRECHT

9. Löschung des Nacherbenvermerks im Grundbuch bei Übertragung des Nacherbenanwartschaftsrechts auf den (Allein-)Vorerben auch ohne Zustimmung der Ersatznacherben

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 24.03.2022, 3 Wx 130/20, mitgeteilt von Prof. Dr. **Jürgen Kühnen**, Vorsitzender Richter am OLG Düsseldorf

BGB § 2120

LEITSÄTZE:

- Überträgt der Nacherbe seine Anwartschaft auf den Vorerben, wird dieser infolge Konfusion Vollerbe des Erblassers.**
- Die Übertragung der Anwartschaft bedarf nicht der Zustimmung des Ersatznacherben.**
- Fehlt die Zustimmung des Ersatznacherben und tritt der Ersatznacherbfall ein, endet allerdings die Wirkung der Konfusion und der Vollerbe wird mit Wirkung ex nunc wieder Vorerbe.**
- Der Nacherbe ist befugt, in die Übertragung einzelner Nachlassgegenstände auf einen Dritten oder den Vorerben einzuwilligen, ohne dass es der Zustimmung**

des Ersatznacherben bedarf. Das gilt selbst dann, wenn die zu übertragenden Nachlassgegenstände nahezu den gesamten Nachlasswert ausmachen.

- Besteht der Nachlass aus einem einzigen Gegenstand und wird dieser Gegenstand mit Zustimmung des Nacherben auf einen Dritten oder den Vorerben übertragen, hängt die Rechtsbeständigkeit dieses Übertragungsgeschäfts von der Zustimmung des Ersatznacherben ab. Fehlt dessen Zustimmung, wird die Übertragung bei Eintritt des Ersatznacherbfalls hinfällig.**

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Eigentümerin (unter anderem) des im hiesigen Beschlusseingang bezeichneten sowie weiteren, im Grundbuch des AG Grevenbroich von Bedburdyck Blatt (...) eingetragenen Grundbesitzes war die 1999 verstorbene Frau (...). Die Beteiligte zu 1 ist die Nichte, der Beteiligte zu 3 ist der Neffe der ehemaligen Eigentümerin (und Bruder der Beteiligten zu 1), die Beteiligten zu 2 sind die Kinder der Beteiligten zu 1. Heute besteht der Nachlass nur aus den beiden vorgenannten Grundstücken. Die Beteiligten gehen für das hier in Rede stehende Grundstück von einem Verkehrswert von rund 350.000 € sowie für das weitere Grundstück von ungefähr 6.000 € aus.

2 In ihrem umfangreichen privatschriftlichen Testament vom 17.02.1999 verfügte die seinerzeitige Eigentümerin unter anderem: Zu ihrer alleinigen Vorerbin setze sie die Beteiligte zu 1 ein; Ersatzerben seien deren Abkömmlinge; die Vorerbin sei für das Haus (...) von den gesetzlichen Beschränkungen nicht befreit. Nacherben nach dem Tode der Vorerbin oder des oder der Ersatzerben seien die ehelichen Kinder zu gleichen Teilen; sollten die Nacherben ohne Abkömmlinge versterben, gehe das vorbezeichnete Haus an den Beteiligten zu 3 oder dessen Erben, „also in meine Blutsverwandtschaft zurück“. Die Nacherbenanwartschaften seien weder vererblich noch veräußerlich. Schließlich setzte die Testierende zahlreiche und umfangreiche Vermächtnisse aus, darunter eines zugunsten des Beteiligten zu 3.

3 In Abteilung II des hiesigen Grundbuchblatts ist ein dem Testamentsinhalt entsprechender Nacherbenvermerk eingetragen, nach welchem mit dem Tode der Vorerbin eintretende Nacherbfolge angeordnet sei und zu Nacherben die ehelichen Kinder der Vorerbin berufen seien; seien zum Zeitpunkt des Nacherbfalls keine ehelichen Kinder der Vorerbin vorhanden, sei Nacherbe der Beteiligte zu 3, ersatzweise dessen Abkömmlinge.

4 Mit notarieller Urkunde vom 21.05.2020 (UR-Nr. [...] des Verfahrensbevollmächtigten) erklärten die Beteiligten die „Überführung eines der Nacherbschaft unterliegenden Grundstücks in das freie Vermögen des Vorerben“. Eingangs referierten sie den zuvor dargestellten Inhalt des Testaments und würdigten ihn unter anderem dahin, bezüglich des hiesigen Grundbesitzes sei die Beteiligte zu 1 nicht befreite Vorerbin, der Beteiligte zu 3 sei aufschiebend be-

dingter weiterer Nacherbe, dessen Ersatznacherben seine Abkömmlinge. Sodann hieß es unter anderem:

5 (...) Mit Schrift des Verfahrensbevollmächtigten vom 26.05.2020, ergänzt unter dem 04.06.2020, haben die Beteiligten – soweit gegenwärtig noch von Belang – die Löschung des Nacherbenvermerks im hiesigen Grundbuchblatt im Wege der Grundbuchberichtigung beantragt und das Grundbuchamt gebeten, vom Erlass einer Zwischenverfügung abzusehen.

6 Durch die angefochtene Entscheidung hat das Grundbuchamt den Grundbuchberichtigungsantrag zurückgewiesen. Daraufhin hat der Verfahrensbevollmächtigte mit Schrift vom 29.06.2020 erklärt, gegen die Zurückweisung des Antrags auf Löschung des Nacherbenvermerks lege er Beschwerde ein, und dies näher begründet. Mit weiterem Beschluss vom 03.07.2020 hat das Grundbuchamt dem Rechtsmittel nicht abgeholfen und die Sache dem OLG Düsseldorf als Beschwerdegericht zur Entscheidung vorgelegt.

7 Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts wird auf den Inhalt der Grundakte Bezug genommen.

8 II. A. Das vom beurkundenden und antragstellenden Notar ersichtlich für alle Urkundsbeteiligten (zu Vorstehendem: *Demharter*, GBO, 32. Aufl. 2021, § 15 Rdnr. 20 m. w. N.) eingelegte Rechtsmittel ist als unbeschränkte Grundbuchbeschwerde nach § 71 Abs. 1 GBO statthaft und insgesamt zulässig. Insbesondere sind alle Beteiligten beschwerdeberechtigt, die Beteiligten zu 2 und 3 als Buchberechtigte, die Beteiligte zu 1 als diejenige, der auf der Grundlage ihres Vorbringens ein Grundbuchberichtigungsanspruch gemäß § 894 BGB zusteht. Die Beschwerde ist infolge der vom Grundbuchamt erklärten Nichtabhilfe auch dem Senat zur Entscheidung angefallen (vgl. § 75 GBO). Ein weiteres Zuwarten des Beschwerdegerichts mit ihrer Bescheidung ist nicht mehr vertretbar, nachdem bis jetzt keine neue Entscheidung des BGH zum Eigenerwerb des Vorerben vorliegt und die Erörterung in Schrifttum und sonstiger Rechtsprechung seit Rechtsmitteleinlegung keine gänzlich neuen Gesichtspunkte hervorgebracht hat.

9 B. Die Beschwerde ist auch begründet.

10 1. Mit Recht hat das Grundbuchamt (auf der Grundlage seiner rechtlichen Würdigung) den Antrag sogleich zurückgewiesen. Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats verbot sich der Erlass einer Zwischenverfügung nach § 18 Abs. 1 Satz 1 2. Fall GBO, nachdem die Beteiligten eindeutig und endgültig zum Ausdruck gebracht hatten, deren absehbarem Inhalt bezüglich einer Hindernisbehebung nicht nachkommen zu wollen.

11 2. Als rechtsfehlerhaft erweist sich allerdings der Standpunkt des AG, der Nacherbenvermerk sei deshalb nicht zu löschen, weil die Ersatznacherben der Grundstücksübertragung auf die Vorerbin nicht zugestimmt haben.

12 a) Die Berichtigung des Grundbuchs soll antragsgemäß nicht aufgrund Berichtigungsbewilligung (§ 22 Abs. 1 Satz 1 1. Fall GBO), sondern wegen nachgewiesener Unrichtigkeit nach § 22 Abs. 1 Satz 1 2. Fall und Satz 2 GBO erfolgen.

Schon in der Überführungsurkunde, die keine Bewilligungserklärungen nach § 19 GBO enthält, wird die Berichtigung wegen Ausscheidens des Grundbesitzes aus dem der Nacherbschaft unterliegenden Vermögen beantragt. Dieser Standpunkt ist mit Schriftsatz vom 04.06.2020 und der Beschwerdeschrift aufrechterhalten worden.

13 b) Der Unrichtigkeitsnachweis scheitert – entgegen der Ansicht des AG – nicht daran, dass an der Grundstücksübertragung über die Urkundsbeteiligten hinaus weitere Personen zu beteiligen wären. Der Nacherbenvermerk ist vielmehr materiellrechtlich unrichtig geworden, weil der streitbefangene Grundbesitz auch ohne die Einwilligung der Ersatznacherben vollwirksam in das nacherbschaftsfreie Eigenvermögen der Vorerbin („Eigenerwerb“) überführt wurde und damit nicht mehr der Nacherbschaft unterfällt (zum dogmatischen Ansatz eingehend: BGH, NJW 2014, 1593 ff., juris Rdnr. 10-12; zur dogmatischen Herleitung eines solchen Eigenerwerbs des Vorerben als Insichverfügung des Vorerben, in Analogie zur Erbauseinandersetzung, als Freigabeerklärung des Nacherben oder als Freigabevereinbarung aufgrund Rechtsfortbildung: BGH, NJW-RR 2001, 217 f., juris Rdnr. 21; OLG München, NJW-RR 2018, 71 ff., juris Rdnr. 21; FamRZ 2019, 1745 f., juris Rdnr. 14 f.; OLG Köln, Beschluss vom 16.02.2011, 2 Wx 22/11; OLG Hamm, NJW-RR 2016, 1103 f., juris Rdnr. 19-23; BeckOGK-BGB/*Müller-Christmann*, Stand: 01.12. 2021, § 2111 Rdnr. 107-125; *Keim*, DNotZ 2016, 751 ff. passim; *Neukirchen*, RNotZ 2018, 357, 365-369).

14 aa) Der Senat hat entschieden, dass die rechtsbeständige und dauerhafte Übertragung eines Nachlassgegenstandes auf den Vorerben dann der Zustimmung des Nacherben und des Ersatznacherben bedarf, wenn der gesamte Nachlass ausschließlich aus dem übertragenen Gegenstand besteht (Beschluss vom 07.04.2020, I-3 Wx 230/19). An dieser Auffassung hält der Senat fest. Allerdings lässt sich die Notwendigkeit einer Zustimmung auch des Ersatznacherben nicht – wie in jener Entscheidung in den Mittelpunkt der Überlegungen gestellt – mit dem Schutz des Ersatznacherben vor einer Aushöhlung des Nachlasses begründen. Seine Rechtfertigung findet der Standpunkt des Senats vielmehr in der Tatsache, dass der Nacherbe, der einer Übertragung des einzigen Nachlassgegenstandes auf den Vorerben zustimmt, wirtschaftlich betrachtet seine Anwartschaft auf den Vorerben überträgt. Denn der übertragene Nachlassgegenstand entspricht dem Nachlass. Eine Übertragung seiner Anwartschaft auf den Vorerben ist dem Nacherben dauerhaft und rechtsbeständig nur möglich, wenn der Ersatznacherbe dem Geschäft zustimmt. Das ist Konsequenz der Tatsache, dass der Nacherbe lediglich über seine eigene Anwartschaft und nicht auch über die rechtliche Position des Ersatznacherben verfügen kann. Dementsprechend wird der Vorerbe aufgrund der Übertragung der Anwartschaft des Nacherben durch Konfusion zwar zunächst Vollerbe des Erblassers. Die Wirkung der Konfusion endet allerdings und der zwischenzeitliche Vollerbe wird wieder zum bloßen Vorerben, sobald und soweit der Ersatznacherbfall eintritt. Dieses rechtliche Ergebnis kann nicht dadurch vermieden werden, dass Vorerbe und Nacherbe statt der Übertragung der Nacherbenanwart-

schaft die Einzelübertragung des einzigen Nachlassgegenstandes wählen. In dem einen wie in den anderen Fall muss – weil es sich um wirtschaftlich identische Vorgänge handelt – gelten, dass die Konfusion in der Person des Vorerben endet, wenn und soweit der Ersatznacherbfall eintritt. Der Vorerbe kann dementsprechend nur mit Zustimmung des Ersatznacherben dauerhaft Vollerbe des Nachlasses – und damit auch endgültiger Eigentümer des übertragenen einzigen Nachlassgegenstandes – werden.

15 bb) Im Entscheidungsfall haben Vorerbe und Nacherbe nur über einen von mehreren Nachlassgegenständen verfügt; der Wert des Verfügungsgegenstandes macht rund 98 % des Nachlasswertes aus. Für eine solche Fallkonstellation hat der Senat in seiner vorstehend erwähnten Entscheidung erwogen, die Verfügungsmacht des Nacherben zu beschränken, um den Ersatznacherben vor einer Auslöschung des Nachlasses zu schützen. Nach Überprüfung gibt der Senat diesen Standpunkt auf und schließt sich der herrschenden Ansicht in Rechtsprechung und Literatur an. Danach erwirbt der Vorerbe einzelne Nachlassgegenstände rechtsbeständig, wenn lediglich der Nacherbe und nicht auch der Ersatznacherbe der Übertragung zugestimmt haben, und zwar auch dann, wenn das Übertragungsgeschäft (sei es durch ein einzelnes Geschäft, sei es durch mehrere wirtschaftlich verbundene) das nahezu gesamte nacherbschaftsgebundene Vermögen betrifft.

16 (1) Ausgangspunkt der rechtlichen Beurteilung muss sein, dass – wie sich aus § 2120 BGB ergibt – der Nacherbe ohne irgendeine Einschränkung befugt (und im Rahmen einer ordnungsgemäßen Nachlassverwaltung nach § 2120 BGB sogar verpflichtet) ist, Verfügungen des Vorerben über einzelne Nachlassgegenstände zuzustimmen. Geklärt ist in der Rechtsprechung ferner, dass der Ersatzerbe bis zum Eintritt des Ersatznacherbfalles keinerlei Mitwirkungsrechte in Bezug auf einzelne Nachlassgegenstände besitzt. Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung kann der Vorerbe über einen Nachlassgegenstand – auch über ein Grundstück – mit Zustimmung des Nacherben wirksam und rechtsbeständig verfügen, ohne dass der Ersatzerbe zustimmen muss (BGH, Beschluss vom 19.12.2013, V ZB 209/12). Ebenso kann der Vorerbe einen Nachlassgegenstand auf einen Nacherben übertragen; auch in diesem Fall hängt die Wirksamkeit und Rechtsbeständigkeit der Übereignung nicht von der Zustimmung des Ersatzerben ab (BGH, Urteil vom 13.10.2000, V ZR 451/98). In gleicher Weise können sich Vor- und Nacherbe einvernehmlich auseinandersetzen und den Nachlass aufteilen, weshalb ein Nachlassgegenstand durch Übertragung auf den Vorerben auch dann nacherbenfrei wird, wenn der Ersatzerbe dem Geschäft nicht zustimmt (BGH, Urteil vom 13.10.2000, V ZR 451/98). Dem Ersatznacherben fällt folglich nur dasjenige Nachlassvermögen zu, das bei Eintritt des Ersatzerbfalles unter Berücksichtigung der vom Nacherben rechtswirksam vorgenommenen Rechtsgeschäfte oder Zustimmungen noch vorhanden ist. Einen Anspruch darauf, dass der Nachlass im Falle des Ersatznacherbfalles noch ungeschmälert oder zumindest in Teilen vorhanden ist, besitzt der Ersatznacherbe nicht. Solches ist auch § 2120 BGB nicht zu entnehmen. Die Vorschrift setzt die unbeschränkte Dispositions-

befugnis des Nacherben über zum Nachlass gehörende Einzelgegenstände voraus, ohne auch nur ansatzweise den Schutz des Ersatznacherben in den Blick zu nehmen.

17 (2) Sofern – wie hier – keine gegenteiligen Anhaltspunkte vorliegen, entspricht es überdies nicht dem mutmaßlichen Willen des Erblassers, dass der von ihm berufene Nacherbe zum Schutz des Ersatznacherben Verfügungsbeschränkungen in Bezug auf den Nachlass unterliegt. Der Erblasser hat den Nacherben – und nicht den Ersatznacherben – zu seiner Rechtsnachfolge berufen; den Ersatznacherben hat er alleine für den Fall eingesetzt, dass der Nacherbe vorverstirbt und damit als sein Rechtsnachfolger ausscheidet. Bereits aus diesem Grund liegt es nicht im wohlverstandenen Interesse des Erblassers, wenn der Nacherbe zugunsten des Ersatznacherben in seiner Verfügungsbefugnis über den Nachlass beschränkt ist. Das gilt umso mehr, als der Eintritt des Ersatznacherbfalles vollkommen ungewiss ist und der Ersatznacherbe bis dahin ein bloß abstraktes Schutzbedürfnis besitzt.

18 Zudem würde der Ersatznacherbe wirtschaftlich betrachtet ein Stück weit zum Nacherben, wenn die Verfügungsbefugnis des Nacherben einschränkt wäre, damit der Ersatznacherbe bei Eintritt des Ersatznacherbfalles einen Teil des Nachlasses vorfindet. Eine solche „Reservierung“ des Nachlasses für den Ersatznacherben entspricht weder dem Willen des Erblassers, der den Nacherben ohne jede Einschränkung zu seinem Rechtsnachfolger berufen hat, noch ist sie mit der gesetzlichen Position, die der Nacherbe einerseits und der Ersatznacherbe andererseits inne haben, zu vereinbaren.

19 (3) Gegen eine Beschränkung der Dispositionsbefugnis des Nacherben zugunsten des Ersatznacherben sprechen auch praktische Gesichtspunkte. Eine klare und rechtssichere Grenzziehung, wann die Schutzbedürftigkeit des Ersatznacherben eine beschränkte Dispositionsfreiheit des Nacherben erfordert, ist nicht möglich. Selbst wenn man ein Schutzbedürfnis des Ersatznacherben nur für das Verfügungsgeschäft über „nahezu den gesamten Nachlass“ bejaht, lassen sich bis auf Weiteres die davon erfassten Fälle nicht exakt und vorhersehbar bestimmen. Bis zur höchstrichterlichen Klärung, ab welchem Prozentsatz „nahezu der gesamte Nachlass“ betroffen ist, würde somit eine erhebliche Rechtsunsicherheit herrschen. Die Rechtsunsicherheit würde auch nach einer abschließenden Klärung des Rechtsbegriffs des „nahezu gesamten Nachlasses“ in allen Konstellationen fortbestehen, bei denen der Wert des streitbefangenen Nachlassgegenstandes oder derjenige des verbleibenden Nachlasses nicht feststeht, sondern einer Bewertung unterliegt, wie dies zum Beispiel bei Grundstücken, Schmuck, Kunstgegenständen der Fall ist. Hinzu kommen weitere ungeklärte Rechtsfragen, beispielsweise diejenige, ob es für die Unwirksamkeit des Verfügungsgeschäfts zwischen Vorerbe und Nacherbe bzw. einem Dritten alleine auf die objektiven Wertverhältnisse oder auch auf die diesbezügliche Kenntnis des Erwerbers ankommt. Bejaht man letzteres, stellt sich weiter die Frage, welche Erkundigungspflichten der Vorerbe, der Nacherbe oder der mit Zustimmung des Nacherben erwerbende Dritte in Be-

zug auf die Wertverhältnisse zu erfüllen haben, um der Unwirksamkeit des Verfügungsgeschäfts zu entgehen. Zu beantworten wäre schließlich die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen ein gutgläubiger Erwerb des Vorerben oder des Dritten möglich ist.

20 c) Belange des Gläubigerschutzes rechtfertigen für sich genommen ein gegenteiliges Ergebnis nicht. Zum einen bleibt die Haftung des Nacherben grundsätzlich bestehen (§ 2144 Abs. 1 BGB), zum anderen kann die Möglichkeit einer analogen Anwendung des § 2382 BGB in Betracht kommen.

21 3. Nach alledem hat das Grundbuchamt über den Antrag der Beteiligten auf Löschung des Nacherbenvermerks erneut zu befinden. Einer Anhörung der Ersatznacherben wird es dabei nicht bedürfen (eingehend: OLG München, NJW-RR 2015, 907 f., juris Rdnr. 17-19).

22 III. Da für das erfolgreiche Rechtsmittel Gerichtskosten nicht anfallen (§ 25 Abs. 1 G. Not KG) und am Rechtsmittelverfahren allein die Beschwerdeführer teilgenommen haben, erübrigt sich eine Kostenentscheidung ebenso wie eine Festsetzung des Geschäftswerts.

23 Eine Zulassung der Rechtsbeschwerde (§ 78 Abs. 1 und 2 Satz 1 GBO) kommt schon deshalb nicht in Betracht, weil sie mangels formeller oder materieller Beschwer – die auch ein solches Rechtsmittel erfordert (BGH, NJW 2012, 2039 f., juris Rdnr. 3; 2017, 3301 f., juris Rdnr. 7) – nicht zulässigerweise eingelegt werden könnte.

ANMERKUNG:

Von Notar Dr. **Dietmar Weidlich**, Roth b. Nürnberg

Das OLG Düsseldorf beschäftigt sich mit der in letzter Zeit verstärkt diskutierten Frage, ob der Vor- und der Nacherbe in Bezug auf ein Grundstück, welches den wesentlichen Wert des Nachlasses darstellt, eine Aufhebung der Nacherbenbindung ohne Zustimmung des Ersatznacherben vereinbaren können.¹

1. Auswirkungen einer intendierten Gesamtverfügung

Überträgt der Nacherbe sein Anwartschaftsrecht auf den Vorerben, so lässt dies die Rechte des Ersatznacherben nach allgemeiner Meinung unberührt.² Für die Löschung des Nacherbenvermerks im Grundbuch (§ 51 GBO) ist daher eine Bewilligung des Ersatznacherben nach § 19 GBO erforderlich, sofern dieser nicht seinerseits sein Anwartschaftsrecht auf den Vorerben überträgt.³ Einige Autoren im Schrifttum gehen davon aus, dass bei einer intendierten „Gesamtverfügung“ über den Nachlass die für die Übertragung des Anwartschaftsrechts geltenden Voraus-

setzungen zu beachten sind,⁴ mit der Folge der Notwendigkeit einer Zustimmung des Ersatznacherben, wenn die Nacherbfolge endgültig erlöschen soll.

Das OLG Düsseldorf hat in einer im Jahr 2020 ergangenen Entscheidung⁵ für die Entlassung eines Nachlassgegenstandes aus der Nacherbenbindung durch ein Rechtsgeschäft zwischen Vor- und Nacherben die Zustimmung des Ersatznacherben verlangt, wenn es sich um den einzigen der Nacherbenbindung unterliegenden Nachlassgegenstand handelt. Ansonsten wäre es möglich, bei einem Nachlass, der aus verschiedenen Nachlassgegenständen besteht, durch eine Vielzahl von Einzelfreigaben nahezu den gesamten Nachlass, der der Nacherbenbindung unterliegt, in das ungebundene Eigenvermögen des Vorerben zu überführen, entweder „Stück für Stück“ oder ggf. durch eine gebündelte Freigabe oder in Form einer sog. Allklausel. Dies würde zu einer Aushöhlung des Nachlasses und damit zu einer unzulässigen Umgehung des Schutzes des Ersatznacherben führen.

Stellt man allein darauf ab, ob eine Gesamtverfügung durch Übertragung des einzigen Nachlassgegenstandes vorliegt, so wäre eine Zustimmung des Ersatznacherben konsequenterweise auch bei der Veräußerung eines Grundstücks durch den befreiten Vorerben an einen Dritten erforderlich. Dies dürfte der Gesetzessystematik der §§ 2111, 2113, 2136 BGB widersprechen. So weit scheint auch das OLG Düsseldorf nicht gehen zu wollen, da es seine Ausführungen in der Entscheidung aus dem Jahr 2020 offensichtlich auf die Sonderkonstellation der Entlassung eines Nachlassgegenstandes aus der Nacherbenbindung durch ein Rechtsgeschäft zwischen Vor- und Nacherben beschränkt hat und selbst auf die Unterschiede zu einer Verfügung des Vorerben hingewiesen hat.⁶ Hierzu ist kritisch anzumerken, dass es für die Stellung des Ersatznacherben eigentlich keinen Unterschied macht, ob ein Nachlassgegenstand durch Verfügung des Vorerben auf einen Dritten übertragen oder in das freie Vermögen des Vorerben überführt wird.⁷

2. Argumente für eine formale Betrachtungsweise

Nach der auch in der Rechtsprechung vertretenen Gegenmeinung⁸ lässt sich eine Schutzbedürftigkeit des Ersatznacherben nicht begründen. Hiergegen spricht die Entstehungsgeschichte und die Systematik der Vorschriften über die Nacherbfolge und vor allem die Tatsa-

4 J. Mayer, MittBayNot 2010, 345, 349; Warlich, Die Auseinandersetzung zwischen Vor- und Nacherben, 2012, S. 90 ff.

5 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 07.04.2020, 3 Wx 230/19, MittBayNot 2021, 138.

6 OLG Düsseldorf, Urteil vom 09.08.2013, I-22 U 161/12, MittBayNot 2021, 138, 139.

7 So auch OLG Köln, Beschluss vom 16.02.2011, 2 Wx 22/11, BeckRS 2011, 10906.

8 Siehe OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 13.08.2019, 8 U 99/18, ZEV 2020, 364, 365 f.

1 Zur Zulässigkeit einer solchen Vereinbarung siehe Grüneberg/Weidlich, 81. Aufl. 2022, § 2100 Rdnr. 18 m. w. N.

2 Vgl. Grüneberg/Weidlich, § 2100 Rdnr. 16.

3 Siehe BGH, Beschluss vom 19.12.2013, V ZB 209/12, NJW 2014, 1593, 1594; OLG München, Beschluss vom 25.02.2015, 34 Wx 3/15, ZEV 2015, 347, 348.

che, dass ein Ersatznacherbe kaum eine bessere Position erlangen kann als ein Erbe des Nacherben, der das Anwartschaftsrecht im Fall des § 2108 Abs. 2 BGB erbt und eine mit dem Vorerben vereinbarte Aufhebung der Nacherbenbindung unabhängig von deren Umfang gegen sich gelten lassen muss.⁹ Daneben ist zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber dem Erblasser durchaus die Möglichkeit eingeräumt hat, die Position des Ersatzmannes zu verstärken. Dies lässt sich dadurch erreichen, dass der Erblasser von der Möglichkeit der Anordnung einer gestuften Nacherbfolge nach § 2109 BGB Gebrauch macht.¹⁰ Wie auch der BGH betont hat, dürfte es dem Erblasser fernliegen und der Gesetzessystematik nicht gerecht werden, wenn einverständliche Maßnahmen von Vor- und Nacherben durch unbekannte und nur hilfswise bedachte Ersatznacherben bzw. durch die notwendige Einschaltung familienfremder Dritter (§ 1915 Abs. 1, § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB) blockiert werden könnten.¹¹ Belange des Gläubigerschutzes rechtfertigen ebenfalls kein gegenteiliges Ergebnis, da sich bei Einzelfreigaben, unabhängig von deren Umfang, das Haftungsregime nicht ändert und die Nacherbenhaftung nach § 2144 Abs. 1 BGB in einem solchen Fall bestehen bleibt. Daneben ist auch eine analoge Anwendung von § 2382 BGB in Betracht zu ziehen.¹²

Die besseren Argumente sprechen daher dafür, auf eine formale Betrachtungsweise abzustellen und generell keine Zustimmung des Ersatznacherben für die Herausnahme von einzelnen oder allen der Nacherbfolge unterliegenden Nachlassgegenständen in das freie Vermögen des Vorerben zu fordern.¹³

3. Auffassung des OLG Düsseldorf

Das OLG Düsseldorf hält an seiner früheren Auffassung grundsätzlich fest. Allerdings folgt es nicht den Stimmen, die für die Frage der Abgrenzung zwischen der zulässigen Übertragung einzelner Nachlassgegenstände und der Übertragung aller wesentlicher Nachlassgegenstände ähnlich wie bei § 1365 BGB bzw. § 419 a. F. BGB ein Zustimmungserfordernis des Ersatznacherben auch dann bejahen, wenn mehrere Nachlassgegenständen vorhanden sind, aber ein einzelner Gegenstand das wesentliche Nachlassvermögen ausmacht.¹⁴ Unter teilweiser Übernahme der für eine formale Betrachtungsweise sprechenden Argumente ist es für das Gericht unerheblich,

wenn ein freigegebenes Grundstück ca. 98 % des Nachlasswertes darstellt. Das Argument, der Ersatznacherbe müsse vor einer Aushöhlung des Nachlasses durch Maßnahmen des Nacherben geschützt werden, wird vom OLG Düsseldorf nunmehr ausdrücklich verworfen. Grundsätzlich fällt dem Ersatznacherben nur dasjenige Nachlassvermögen zu, das bei Eintritt des Ersatzerbfalles unter Berücksichtigung der vom Nacherben rechtswirksam vorgenommenen Rechtsgeschäfte oder Zustimmungen noch vorhanden ist. Der Ersatznacherbe ist nur für einen Ausfall des eigentlich berufenen Nacherben bestimmt und kann nicht die Entscheidung von Vor- und Nacherbe als den beiden Hauptbedachten boykottieren. Er würde wirtschaftlich betrachtet ein Stück weit zum Nacherben, wenn die Verfügungsbefugnis des Nacherben eingeschränkt wäre, damit der Ersatznacherbe bei Eintritt des Ersatznacherbfalles einen Teil des Nachlasses vorfindet. Eine solche „Reservierung“ des Nachlasses für den Ersatznacherben entspricht weder dem Willen des Erblassers, der den Nacherben ohne jede Einschränkung zu seinem Rechtsnachfolger berufen hat, noch ist sie mit der gesetzlichen Position, die der Nacherbe einerseits und der Ersatznacherbe andererseits innehaben, zu vereinbaren. Gegen eine Beschränkung der Dispositionsbefugnis des Nacherben zugunsten des Ersatznacherben sprechen nach dem OLG Düsseldorf auch praktische Gesichtspunkte. Eine klare und rechtssichere Grenzziehung, wann die Schutzbedürftigkeit des Ersatznacherben eine beschränkte Dispositionsfreiheit des Nacherben erfordert, ist nicht möglich. Bis zur höchstrichterlichen Klärung, ab welchem Prozentsatz „nahezu der gesamte Nachlass“ betroffen ist, würde somit eine erhebliche Rechtsunsicherheit herrschen. Die Rechtsunsicherheit würde auch nach einer abschließenden Klärung des Rechtsbegriffs des „nahezu gesamten Nachlasses“ in allen Konstellationen fortbestehen, bei denen der Wert des streitbefangenen Nachlassgegenstandes oder derjenige des verbleibenden Nachlasses nicht feststeht, sondern einer Bewertung unterliegt, wie dies zum Beispiel bei Grundstücken, Schmuck, Kunstgegenständen der Fall ist. Hinzu kommen weitere ungeklärte Rechtsfragen, beispielsweise diejenige, ob es für die Unwirksamkeit des Verfügungsgeschäfts zwischen Vorerbe und Nacherbe bzw. einem Dritten alleine auf die objektiven Wertverhältnisse oder auch auf die diesbezügliche Kenntnis des Erwerbers ankommt.

4. Auswirkungen auf das Grundbuchverfahren

Im Ergebnis stimmt das OLG Düsseldorf einer Löschung des Nacherbenvermerks im konkreten Fall zu, ohne dass es auf eine Zustimmung des Ersatznacherben ankommt. Die frühere Auffassung des OLG Düsseldorf würde im Grundbuchverfahren zu weiteren Konsequenzen führen. Soweit nicht ausgeschlossen werden kann, dass das Grundstück den wesentlichen Teil des Nachlasses darstellt und die materielle Rechtsposition des Ersatznacherben nicht betroffen ist, wäre im Grundbuchverfahren immer eine Anhörung der Ersatznacherben erforderlich, wobei für unbekannte Ersatznacherben, zum Beispiel weil

9 Vgl. hierzu ausführlich *Weidlich*, ZEV 2020, 552.

10 Siehe OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 13.08.2019, 8 U 99/18, ZEV 2020, 364, 365 f.; krit. hierzu *Rudy*, ErbR 2020, 234.

11 BGH, Beschluss vom 19.12.2013, V ZB 209/12, NJW 2014, 1593; siehe auch OLG München, Beschluss vom 10.08.2012, 34 Wx 187/12, NJW-RR 2013, 211.

12 *Hartmann*, ZEV 2009, 107, 112 sowie RNotZ 2020, 148, 152; *Keim*, DNotZ 2016, 751, 766.

13 *Friedberger*, MittBayNot 2020, 141, 143; *Hartmann*, RNotZ 2020, 377 ff.

14 So *Warlich*, a. a. O., der eine Orientierung an der aufgehobenen Vorschrift des § 419 a. F. BGB vorschlägt und die Wesentlichkeit anhand der Grenze von 90 % des Gesamtvermögens bestimmt.

sie noch nicht geboren sind, ein Pfleger zu bestellen ist (§ 1913 BGB).¹⁵ Auch dies hält das Gericht im Ausgangsfall nicht mehr für notwendig.

Hält man das Schutzargument zugunsten des Ersatznacherben nicht mehr für einschlägig, erscheint ein Aufrechterhalten eines Zustimmungserfordernisses äußerst fragwürdig. Das Argument der wirtschaftlichen Identität kann dabei nicht überzeugen, da es sich bei der Übertragung des Anwartschaftsrechtes und der Freigabe eines Einzelgegenstandes um unterschiedliche Konstruktionen mit unterschiedlichen Rechtsfolgen handelt.¹⁶ Unklar bleibt auch, in welchen Fallkonstellationen das OLG Düsseldorf eine Ersatznacherbenzustimmung noch verlangen wird. Kommt es nicht auf das Wertverhältnis, sondern auf die Zahl der Nachlassgegenstände an, so könnte man daran denken, ein Zustimmungserfordernis allein deshalb zu verneinen, weil jeder Mensch im Todesfall wohl noch einen Restbestand an wenn auch wertlosen Kleidern bzw. Schuhen besitzen dürfte. Der Entscheidung aus dem Jahr 2020¹⁷ lag allerdings die Konstellation einer gegenständlich beschränkten Vor- und Nacherbfolge zugrunde, wonach sich die Vor- und Nacherbfolge auf ein einzelnes Grundstück beschränkte und das restliche Nachlassvermögen aufgrund eines Vorausvermachnisses (§ 2150 Abs. 2 BGB) nicht der Nacherbenbindung unterlag. Ist für die Frage des Nachlassumfangs der Zeitpunkt des Erbfalls maßgebend, würde in der Praxis ein Zustimmungserfordernis des Ersatznacherben nur in dieser Sonderkonstellation bestehen.

Sieht man dies anders und hält man den Zeitpunkt der Vereinbarung zwischen dem Vor- und dem Nacherben für entscheidend, würde ein Zustimmungserfordernis der Ersatznacherben erst dann entstehen, wenn sich das nacherbengebundene Nachlassvermögen zahlenmäßig bis auf einen Nachlassgegenstand reduziert hat. Zu denken ist zum Beispiel an die Fälle, in denen bereits eine Entsorgung der sonstigen wertlosen Nachlassgegenstände stattgefunden hat oder die Nacherbenbindung mit Ausnahme eines Nachlassgegenstandes bereits vorher aufgehoben wurde. Aus Sicht der Praxis müsste daher den Beteiligten vorsorglich empfohlen werden, zumindest einen weiteren Nachlassgegenstand im nacherbengebundenen Vermögen zu halten. Ob es dabei ausreicht, einen wertlosen Nachlassgegenstand zu konservieren, oder ob das Gericht für die restlichen Nachlassgegenstände dann doch einen gewissen Restwert, zum Beispiel in Form von werthaltigen Schmuck, fordern wird, erscheint offen.

Fraglich ist auch, welche Nachweise im Grundbuchverfahren notwendig sind. Orientiert man sich, was nahe liegt, an der Rechtsprechung zu § 1365 BGB, so hat das

Grundbuchamt eine Prüfungspflicht und Prüfungsbefugnis nur dann auszuüben, wenn es Kenntnis oder nach Lage des Falles begründeten Anlass zu der auf konkrete Tatsachen gestützten Vermutung hat, dass es sich bei der Immobilienübertragung um den einzigen nacherbengebundenen Nachlassgegenstand handelt.¹⁸ Ggf. empfiehlt sich die Aufnahme einer Erklärung in die notarielle Urkunde, dass noch weitere nacherbengebundene Nachlassgegenstände vorhanden sind.

18 Siehe zu § 1365 BGB Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rdnr. 3394.

10. Prüfungskompetenz des Grundbuchamts hinsichtlich der Vollentgeltlichkeit einer Verfügung des befreiten Vorerben

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 06.09.2021, 3 Wx 125/21

BGB §§ 2136, 2113 Abs. 1 und 2

GBO §§ 19, 22 Abs. 1, § 29 Abs. 1

LEITSÄTZE:

1. **Ob die Veräußerung einer zum Nachlass gehörenden Immobilie durch den befreiten Nacherben entgeltlich war, d. h. ihr eine gleichwertige Gegenleistung gegenüberstand, hat das Grundbuchamt ohne Bindung an die Beweisvorschrift des § 29 Abs. 1 GBO an Hand aller Umstände frei zu würdigen.**
2. **Entgeltlichkeit ist zu bejahen, wenn die für die Bestimmung des Entgelts maßgebenden Beweggründe im Einzelnen angegeben werden und verständlich sowie der Wirklichkeit gerecht werdend erscheinen, und wenn begründete Zweifel an der Pflichtmäßigkeit der Handlung nicht ersichtlich sind.**
3. **Die Prüfung der Entgeltlichkeit der Veräußerung beschränkt sich nach allgemeinen Grundsätzen auf die dem Nachlassgericht vorgelegten Eintragungunterlagen und sonstige offenkundige Tatsachen. Dem Grundbuchamt ist es verwehrt, eigene Ermittlungen und Beweiserhebungen vorzunehmen.**
4. **Eine entgeltliche Veräußerung liegt nicht erst dann vor, wenn der Vorerbe denjenigen Kaufpreis vereinbart hat, der sich unter Anwendung der im Einzelfall sachgerechten Wertermittlungsmethode maximal vertreten lässt. Zweifel an der Pflichtgemäßheit der Übertragung ergeben sich nämlich im Allgemeinen nicht alleine aus dem Umstand, dass verschiedene Wertgutachten zu unterschiedlichen Schätzpreisen gelangen.**

15 Siehe hierzu OLG München, Beschluss vom 10.08.2012, 34 Wx 187/12, ZEV 12, 674, 675.

16 *Friederich*, Rechtsgeschäfte zwischen Vorerben und Nacherben, 1999, Rdnr. 200.

17 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 07.04.2020, 3 Wx 230/19, MittBayNot 2021, 138.

11. Wirkungen der Rücknahme eines öffentlichen Testaments aus amtlicher Verwahrung auf ein dieses in Bezug nehmendes Testament

OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 20.07.2021, 20 W 9/20
BGB §§ 2256, 2084, 133

LEITSÄTZE:

1. **Wird ein öffentliches Testament in einer später errichteten letztwilligen Verfügung des Erblassers in Bezug genommen und in der Folge aus der amtlichen Verwahrung zurückgenommen, bleibt die bezugnehmende Verfügung wirksam, sofern und soweit sich ihr Inhalt aus sich heraus nach den allgemeinen Auslegungsregeln ermitteln lässt.**
2. **Für eine Auslegung der die Wirkungen eines Testamentswiderrufs entfaltenden Rücknahme eines öffentlichen Testaments aus der besonderen Verwahrung ist kein Raum, da eine solche keine formgerecht errichtete Verfügung von Todes wegen darstellt.**

AUS DEN GRÜNDEN:

1. I. Der Erblasser verstarb am XX.XX.2017 verwitwet und kinderlos. Seine Ehefrau ist am XX.XX.2005 vorverstorben. Seine Eltern sind gleichfalls vorverstorben. Der Erblasser hatte fünf Geschwister, darunter die Beteiligten zu 1 und 2. Ein Bruder des Erblassers war verstorben und hat vier Kinder hinterlassen. Eine Schwester des Erblassers ist nachverstorben (...).

2 Das Nachlassgericht nahm am 28.02.2005 ein öffentliches Testament des Erblassers vom 25.02.2005 in besondere amtliche Verwahrung (...).

3 Am 17.12.2012 nahm das Nachlassgericht ein weiteres öffentliches Testament des Erblassers vom 08.12.2012 in besondere amtliche Verwahrung (...).

4 In der Folge wurde am 03.01.2013 das Testament vom 25.02.2005 dem Erblasser von dem Nachlassgericht aus der amtlichen Verwahrung zurückgegeben (...).

5 Unter dem 18.02.2017 errichtete der Erblasser erneut ein öffentliches Testament (...), das von dem Nachlassgericht am 29.12.2017 eröffnet worden ist.

6 In diesem nahm er Bezug auf sein vor demselben Notar errichtetes Testament vom 08.12.2012. Unter § 1 der Urkunde verfügte er im auszugsweisen Wortlaut wie folgt:

„Das genannte Testament [vom 08.12.2012] bleibt bestehen. Es wird nur eine Ergänzung dahingehend vorgenommen, dass im Falle für das Vorversterben des von mir eingesetzten Erben ich einen Ersatzerben bestimmen will.

Ich setze deshalb hiermit zum Ersatzerben den Sohn der Erbin ein:

Herrn A (...)“

7 Jenes Testament, auf das wegen seiner Einzelheiten verwiesen wird, nahm das Nachlassgericht am 21.02.2017 in besondere amtliche Verwahrung.

8 Die Beteiligte zu 1 hat in Kopie ein Schreiben eines Urkundsbeamten der Geschäftsstelle des Nachlassgerichts vom 21.02.2017 (...) zu den Akten gereicht, welches das Aktenzeichen der Testamentsakten (...) trägt, in jenen Akten aber nicht enthalten ist.

9 In jenem an den Erblasser gerichteten Schreiben, auf das wegen seiner Einzelheiten Bezug genommen wird, wies der Urkundsbeamte darauf hin, dass bei dem Nachlassgericht bereits eine ältere Verfügung von Todes wegen verwahrt werde. Er machte u. a. Ausführungen dazu, dass eine Rücknahme einer etwa aufgehobenen Verfügung mögliche Verwirrung und Unfrieden zwischen den Beteiligten vermeiden könne.

10 Am 07.03.2017 erschien der Erblasser bei dem Nachlassgericht und nahm sein Testament vom 08.12.2012 aus der besonderen amtlichen Verwahrung zurück. Auf die Niederschrift vom 07.03.2017 (...) wird insoweit Bezug genommen.

11 Die Beteiligte zu 1 hat mit öffentlicher Urkunde vom 22.08.2018 (...) die Erteilung eines Erbscheins aufgrund testamentarischer Erbfolge beantragt, der sie als Alleinerbin des Erblassers ausweisen soll.

12 Sie hat dazu ausgeführt, sie sei in dem von dem Erblasser aus amtlicher Verwahrung zurückgenommenen Testament vom 08.12.2012 als Alleinerbin eingesetzt gewesen.

13 In dem Testament vom 18.02.2017, auf welches sie ihre Erbenstellung stützt, habe der Erblasser klar verfügt, dass das frühere Testament bestehen bleibe und nur eine Ergänzung betreffend die Einsetzung eines Ersatzerben vorgenommen werde. Der Erblasser habe ausschließlich aufgrund des Schreibens des Nachlassgerichts vom 21.02.2017 dort vorgeschrieben und das Testament vom 08.12.2012 aus der Verwahrung genommen. Dies ergebe sich bereits aus dem zeitlichen Zusammenhang zwischen dem Schreiben des Nachlassgerichts und der Rücknahme des Testaments.

14 Der Erblasser sei an der Wohnadresse der von ihm eingesetzten Erbin bis zu seinem Tod wohnhaft und auch gemeldet gewesen.

15 Das Testament vom 18.02.2017 sei eindeutig formuliert. Dessen Inhalt werde wiederholt und damit klargestellt, dass die Beteiligte zu 1 Erbin sein solle. Hätte der Erblasser etwas anderes gewollt, hätte er auch jenes Testament aus der Verwahrung genommen.

16 Das Nachlassgericht hat die ihm bekannten als gesetzliche Erben in Betracht kommenden Verwandten des Erblassers sowie den als Ersatzerben eingesetzten Sohn der Beteiligten zu 1 zu dem Erbscheinsantrag angehört (...).

17 Herr B, ein Bruder des Erblassers, hat mit Schreiben vom 17.10.2018 (...), auf das wegen seiner Einzelheiten verwiesen wird, erklärt, dass der Erblasser sein Testament vom 08.12.2012 aus der amtlichen Verwahrung zurückgenom-

men habe. Der Erblasser habe an diesem Testament und auch an dessen Ergänzung vom 18.02.2017 daher nicht mehr festhalten wollen, weshalb beide keine Gültigkeit mehr hätten. Somit sei gesetzliche Erbfolge eingetreten.

18 Der Beteiligte zu 2 ist mit Antwortschriftsatz vom 15.11.2018 (...), auf den wegen seiner Einzelheiten Bezug genommen wird, dem Antrag entgegengetreten.

19 Auch er hat u. a. ausgeführt, dass der Erblasser die Verfügung von Todes wegen vom 08.12.2012 aus amtlicher Verwahrung zurückgenommen habe, womit jenes öffentliche Testament als widerrufen gelte, sodass gesetzliche Erbfolge eingetreten sei.

20 Daran vermöge auch die Urkunde vom 18.02.2017 nichts zu ändern. Es handele sich dabei nicht um eine Verfügung von Todes wegen, durch welche die Beteiligte zu 1 als Alleinerbin eingesetzt worden sei.

21 Die Urkunde vom 18.02.2017 nehme eindeutig lediglich Bezug auf jene vom 08.12.2012 und ergänze diese ausschließlich, was näher begründet ist. Wenn dieser Bezugspunkt aufgrund des Widerrufs aber unwirksam sei, könne auch die notarielle Urkunde vom 18.02.2017 keine eigenständige Wirkung bezüglich der Erbfolge mehr entfalten.

22 Mit dem Widerruf der Verfügung von Todes wegen vom 08.12.2012 am 07.03.2017 habe der Erblasser deutlich seinen Willen dahin gehend kundgetan, dass er an der Erbeinsetzung der Beteiligten zu 1 nicht festhalten wolle.

23 Soweit die Beteiligte zu 1 ausführe, dass Anlass für den Widerruf allein die Empfehlung des Nachlassgerichts in dem Schreiben vom 21.02.2017 gewesen sei, werde dies mit Nichtwissen bestritten. Dies sei auch mit dem Inhalt des Schreibens nicht zu vereinbaren, was näher ausgeführt ist.

24 Dass der Erblasser die Urkunde vom 18.02.2017 nicht auch aus der Verwahrung genommen habe, sei darauf zurückzuführen, dass dies seiner Ansicht nach nicht notwendig gewesen sei, weil es sich lediglich um eine Ergänzung bezüglich der Ersatzerbenregelung handele, welche durch den Widerruf des Testaments vom 08.12.2012 obsolet geworden sei.

25 Der Umstand, dass der Erblasser noch an der Wohnadresse der Beteiligten zu 1 gemeldet und wohnhaft gewesen sei, vermöge nichts über dessen Testierwillen auszusagen.

26 Nachdem das Nachlassgericht zunächst einen Anhörungstermin angesetzt hatte, der aufgrund von Verhinderungen allerdings mehrfach aufgehoben und verlegt werden musste, hat die Richterin des Nachlassgerichts auch den zuletzt bestimmten Termin mit Beschluss vom 10.07.2019 (...) aufgehoben und die Beteiligten zugleich darauf hingewiesen, dass es den Erbscheinsantrag als unbegründet und damit abweisungsreif ansehe. Wegen der ausführlichen Begründung dieser Rechtsansicht wird auf den genannten Beschluss Bezug genommen.

27 Daraufhin hat die Beteiligte zu 1 mit Schriftsatz des Notars vom 27.08.2019 (...) ihren Vortrag weiter ergänzt und vertieft.

28 Das Testament vom 18.02.2017 stelle nicht allein eine Ergänzung des vorhergehenden Testaments dar. Es beinhalte vielmehr eine Wiederholung der Erbeinsetzung im ersten Testament.

29 Im Übrigen sei das noch bestehende Testament auch auslegungsfähig. Es sei dabei vorliegend die Besonderheit zu beachten, dass der Erblasser keinen Kontakt zu seinen (weiteren) Geschwistern gehabt habe, die als gesetzliche Erben in Betracht kämen. Er habe nicht gewollt, dass diese etwas erben würden. Er habe seit Juni 2017 bei der Beteiligten zu 1 gewohnt, die ihn auch gepflegt habe. Zudem habe er die Beteiligte zu 1 als seine Vertrauensperson noch im Januar 2017 in einer Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung (...) als bevollmächtigte Person eingesetzt.

30 Bei der Auslegung einer Verfügung von Todes wegen sei der wirkliche Wille des Erblassers zu erforschen. Der wirkliche Wille stehe hier fest. Der Erblasser habe gewollt, dass die Beteiligte zu 1 seine Erbin werde und habe dies bis zu seinem Tode auch immer wieder so geäußert.

31 Der Beteiligte zu 2 hat mit Antwortschriftsatz vom 14.10.2019 (...), auf den wegen seiner Einzelheiten verwiesen wird, nochmals erwidert. Er hat seinen Vortrag erneut vertieft. Der Erblasser habe durch Rücknahme der Verfügung vom 08.12.2012 eindeutig seinen Willen dahin gehend zum Ausdruck gebracht, dass er an der Erbeinsetzung der Beteiligten zu 1 nicht mehr festhalten wolle. Die Rücknahme jenes Testaments aus der amtlichen Verwahrung führe demnach auch zur Unwirksamkeit der Bezugnahme in der Urkunde vom 18.02.2017. Das Testament vom 18.02.2017 könne keine alleinstehende testamentarische Verfügung darstellen und sei demzufolge auch unwirksam.

32 Unzutreffend sei, dass der Erblasser keinen Kontakt zu seinen (weiteren) Geschwistern mehr gehabt habe. Noch im Oktober 2017 habe der Beteiligte zu 2 mehrfach mit dem Erblasser vor Ort gesprochen.

33 Auch werde bestritten und es sei lebensfremd, dass der Erblasser nach der Rücknahme des Testaments aus der Verwahrung betont und bestätigt habe, dass die Beteiligte zu 1 Alleinerbin sein solle.

34 Mit vorliegend angefochtenem Beschluss vom 21.11.2019 (...) hat eine Richterin des Nachlassgerichts den Erbscheinsantrag der Beteiligten zu 1 kostenpflichtig zurückgewiesen.

35 Zu den Gründen, wegen derer im Einzelnen auf die angefochtene Entscheidung verwiesen wird, hat sie im Wesentlichen ausgeführt, dass das Testament vom 08.12.2012 durch Rückgabe aus der amtlichen Verwahrung gemäß § 2256 Abs. 1 Satz 1 BGB widerrufen und damit unwirksam sei.

36 Auch die Urkunde vom 18.02.2017, welche sich auf jene vom 08.12.2012 beziehe, sei ebenfalls unwirksam, weil sie nur eine Ergänzung des vorherigen Testaments darstelle und nicht für sich allein stehen könne.

37 Beziehe sich ein wirksames späteres Testament auf Verfügungen in einem nunmehr durch Rücknahme aus der besonderen amtlichen Verwahrung unwirksames Testament,



so blieben die Verfügungen kraft des späteren Testaments nur wirksam, wenn die Bezugnahme den Verfügungsinhalt hinreichend präzisiere. Dies sei aber vorliegend nicht der Fall. Es gehe aus dem Wortlaut des Testaments vom 18.02.2017 nicht einmal hervor, ob es sich bei dem zuvor eingesetzten Erben, für den lediglich ein Nacherbe habe bestimmt werden sollen, um einen Alleinerben handle oder ob in dem ursprünglichen Testament möglicherweise weitere Verfügungen von Todes wegen getroffen worden seien.

38 Gegen jenen dem verfahrensbevollmächtigten Notar am 26.11.2019 zugestellten Beschluss hat die Antragstellerin mit bei dem Nachlassgericht am 27.12.2019 eingegangenen Schriftsatz des Notars vom gleichen Tage (...) Beschwerde eingelegt und diese sogleich begründet.

39 Sie hat ihr bisheriges Vorbringen wiederholt und weiter vertieft. Die angefochtene Entscheidung sei schon deshalb fehlerhaft, weil die Bezugnahme auf das erste Testament selbstverständlich auch eine Wiederholung der Erbeinsetzung darstelle. Die Auslegung könne nicht so wie durch das Nachlassgericht erfolgen, wonach dem zweiten Testament keine Eigenständigkeit beizumessen sei. Es ergäbe sich aus diesem vielmehr klar, dass es bei der Erbeinsetzung der Beteiligten zu 1 als Alleinerbin verbleibe.

40 Es seien bei der Auslegung die konkreten Umstände, darunter der Anlass der Rücknahme des ersten Testaments aus der amtlichen Verwahrung aufgrund des Schreibens des Nachlassgerichts, zu berücksichtigen.

41 Bei der Ergänzung des ersten Testaments habe der Erblasser gegenüber dem beurkundenden Notar klar zum Ausdruck gebracht, dass er mit dem Ergänzungstestament habe sicherstellen wollen, dass die Beteiligte zu 1 seine Alleinerbin bleibe. In Ergänzung dieser Verfügung habe er sicherstellen wollen, dass für den Fall deren Todes der Erbsatzerbe berufen sein solle.

42 Er habe an diesem Willen auch später festgehalten und immer wieder betont, dass seine Geschwister nicht erben sollten.

43 Die Richterin des Nachlassgerichts hat mit Beschluss vom 06.01.2020 (...) der Beschwerde nicht abgeholfen und die Akten dem Senat zur Entscheidung über die Beschwerde vorgelegt.

44 Zu den Gründen hat sie ausgeführt, dass das Vorbringen der Beschwerde keine abweichende Entscheidung rechtfertige.

45 Die Leseabschrift des Nichtabhilfebeschlusses (...) führt – anders als die Urschrift – im Rubrum neben den hier zu 1 und 2 Beteiligten eine Reihe von Personen auf, welche während des erstinstanzlichen Verfahrens von dem Nachlassgericht angeschrieben worden waren bzw. sich zu dem Verfahren gemeldet hatten. Diesen hat das Nachlassgericht die Nichtabhilfeentscheidung offensichtlich auch übersandt (...), während es den angefochtenen Beschluss lediglich den Verfahrensbevollmächtigten der Beteiligten zu 1 und 2 bekanntgegeben hat (...).

46 Der Berichterstatter des Senats hat allen in dem vorgeannten Beschlusssrubrum aufgeführten weiteren Personen unter dem 16.01.2020 (...) auch Abschriften des angefochtenen Beschlusses übersandt und ihnen Gelegenheit gegeben, sich neben den Beteiligten zu 1 und 2 an dem Beschwerdevorverfahren zu beteiligen.

47 Die Beteiligte zu 1 hat auf Anforderung des Senats noch die bereits bezeichnete Kopie des zuvor nicht zu den Akten gelangten Schreibens des Urkundsbeamten des Nachlassgerichts vom 21.02.2017 eingereicht.

48 Stellungnahmen oder weitere Erklärungen in der Sache haben in dem Verfahren vor dem Senat weder die Beteiligten noch die von dem Senat über das Verfahren unterrichteten beteiligungsberechtigten Personen abgegeben.

49 II. Die Beschwerde ist statthaft, § 58 FamFG. Die Beteiligte zu 1 ist beschwerdeberechtigt, weil sie durch die Entscheidung des Nachlassgerichts in der von ihr in Anspruch genommenen Alleinerbenstellung nach dem Erblasser einträchtig ist und den von dem Nachlassgericht zurückgewiesenen Erbscheinsantrag gestellt hat, § 59 Abs. 1, 2 FamFG. Die Beschwerde ist auch im Übrigen zulässig. Sie ist gemäß § 64 FamFG schriftlich bei dem AG eingelegt worden. Der dortige Eingang der Beschwerde am 27.12.2019 wahrt die Monatsfrist des § 63 Abs. 1 FamFG. Fristbeginn war der 26.11.2019, an welchem der Beschluss der Beteiligten zu 1 durch Zustellung an ihren Verfahrensbevollmächtigten bekanntgegeben worden ist, § 63 Abs. 3 Satz 1, § 15 Abs. 1 Satz 1 FamFG. Da es sich bei dem 26.12.2019 um einen allgemeinen Feiertag handelte (zweiter Weihnachtsfeiertag) endete die gemäß § 16 Abs. 2 FamFG, § 222 Abs. 1 ZPO, § 188 Abs. 2 BGB an sich an jenem Tag ablaufende Frist erst mit Ablauf des folgenden Werktags (entsprechend § 222 Abs. 2 ZPO) und damit am 27.12.2019 (einem Freitag).

50 Die Beschwerde hat auch in der Sache Erfolg.

51 Der Erblasser hat die Beteiligte zu 1 in seinem öffentlichen Testament vom 18.02.2017 wirksam zu seiner Alleinerbin eingesetzt (§ 1937 BGB).

52 Jenes formwirksame (§ 2231 Nr. 1, § 2232 Satz 1 Alt. 1 BGB) Testament ist – entgegen der Annahme des Nachlassgerichts und des Beteiligten zu 2 – weder durch die Rücknahme des vorhergehenden Testaments des Erblassers vom 08.12.2012 aus der besonderen amtlichen Verwahrung noch aus anderen Gründen unwirksam geworden.

53 Ein Erblasser kann gemäß § 2253 BGB ein Testament sowie eine einzelne in einem Testament enthaltene Verfügung jederzeit widerrufen. Ein wirksamer Widerruf führt zur vollständigen oder, wenn dieser nur einzelne Verfügungen betrifft, teilweisen Aufhebung des Testaments (vgl. Staudinger/*Baumann*, Neub. 2018, § 2253 Rdnr. 16).

54 Der Widerruf eines Testaments erfolgt nach den §§ 2254 bis 2258 BGB.

55 Ein ausdrücklicher Widerruf durch Testament nach § 2254 BGB oder durch in einem neueren Testament enthaltene widersprüchliche Verfügungen (§ 2258 BGB) ist vorliegend nicht erfolgt. Denn ein Testament, das der Erblasser

zeitlich noch nach jenem vom 18.02.2017 errichtet hätte, ist nicht bekannt.

56 Ein öffentliches Testament gilt gemäß § 2256 Abs. 1 Satz 1 BGB auch dann als widerrufen, wenn die in amtliche Verwahrung genommene Urkunde dem Erblasser zurückgegeben wird.

57 Das notarielle Testament vom 18.02.2017 ist nicht aus der amtlichen Verwahrung an den Erblasser zurückgegeben worden, sodass ein Widerruf dieser letztwilligen Verfügung auch nach § 2256 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht erfolgt ist.

58 Der Umstand, dass dem Erblasser sein zuvor errichtetes Testament vom 08.12.2012 am 07.03.2017 und damit keine drei Wochen nach Beurkundung seines zuletzt errichteten Testaments aus der amtlichen Verwahrung zurückgegeben worden ist, führt nach der vorgenannten Vorschrift – wie gesagt – zwar zur Aufhebung des an ihn zurückgegebenen älteren Testaments, nicht aber zum Widerruf seines in der amtlichen Verwahrung belassenen späteren Testaments.

59 Für eine Erstreckung der Widerrufswirkung der Entnahme des Testaments aus dem Jahr 2012 auch auf jenes aus dem Jahr 2017 gibt es – entgegen der Auffassung des Nachlassgerichts und des Beteiligten zu 2 – keine rechtliche Grundlage.

60 Unerheblich ist insoweit ob, der Erblasser – wie der Beteiligte zu 2 annimmt – bei der Rückgabe seines Testaments vom 08.12.2012 aus der amtlichen Verwahrung den Willen oder die Vorstellung gehabt haben sollte, auch seine darauf bezugnehmenden Verfügungen in dem Testament vom 18.02.2017 aufzuheben. Denn von der Rechtsfolge des § 2256 Abs. 1 Satz 1 BGB ist allein das zurückgegebene Testament umfasst.

61 Bei der Rückgabe eines öffentlichen Testaments aus der besonderen amtlichen Verwahrung handelt es sich um ein Rechtsgeschäft, das zwar die Wirkungen einer Verfügung von Todes wegen hat (vgl. zum Beispiel OLG München, Beschluss vom 11.05.2005, 31 Wx 019/05, juris Rdnr. 22; Palandt/*Weidlich*, 80. Aufl., § 2256 Rdnr. 1, jew. m. w. N.). Das zurückgegebene Testament gilt nämlich mit der Rückgabe als widerrufen.

62 Für den Eintritt der gesetzlichen Widerrufswirkung ist ein darauf gerichteter Wille oder ein diesbezügliches Bewusstsein des Erblassers aber nicht erforderlich; der Widerrufswille des Erblassers wird mit der Rückgabe vielmehr fingiert (vgl. Palandt/*Weidlich*, § 2256 Rdnr. 1; MünchKomm-BGB/*Sticherling*, 8. Aufl., § 2256 Rdnr. 11). Dies gilt selbst dann, wenn die Belehrungspflicht des § 2245 Abs. 1 Satz 2 BGB verletzt ist (vgl. Palandt/*Weidlich*, a. a. O.).

63 An einen solchen fingierten Willen können aber keine weiteren rechtlichen Wirkungen im Sinne einer Verfügung von Todes wegen geknüpft werden, die über die gesetzliche Fiktion des Widerrufs der zurückgegebenen letztwilligen Verfügung hinausgehen. Zudem wäre ein solcher Wille auch nicht formgerecht erklärt (§ 125 BGB), weil der Widerruf gerade nicht durch Errichtung einer neueren – auslegungsfähigen – Verfügung von Todes wegen erfolgt ist, sondern an die Rückgabe anknüpfend fingiert wird.

64 Daher wird ein späteres bezugnehmendes Testament nicht schon allein durch Rückgabe der in Bezug genommenen letztwilligen Verfügung unwirksam, auch wenn es bereits zu einem Zeitpunkt errichtet wurde, als die Rückgabe noch nicht erfolgt war. Auch aus der von dem Nachlassgericht für eine solche Annahme angeführten Literaturstelle (*Firsching/Graf*, Nachlassrecht, 11. Aufl., § 14 Rdnr. 11) ergibt sich nichts anderes. Unwirksamkeit des bezugnehmenden Testaments kann vielmehr nur eintreten, soweit dieses ohne das in Bezug genommene keinen eigenständigen Sinn mehr ergibt (vgl. Staudinger/*Baumann*, § 2256 Rdnr. 5; so auch: *Firsching/Graf*, Nachlassrecht, § 14 Rdnr. 11). Dies ist – worauf auch die Beschwerde zutreffend abstellt – aber eine Frage des nach Aufhebung des in Bezug genommenen Testaments verbliebenen formgültig erklärten Inhalts des verweisenden Testaments und im Wege der Auslegung nach den dafür geltenden allgemeinen Grundsätzen zu beantworten (vgl. BGH, Urteil vom 29.05.1980, IVa ZR 26/80, juris Rdnr. 20).

65 Demnach liegt mit der Urkunde vom 18.02.2017 ein grundsätzlich wirksames Testament vor. Ist solches der Fall, hat das Nachlassgericht – und an seiner Stelle der Senat – den darin zum Ausdruck gekommenen Willen des Erblassers zum Zeitpunkt dessen Errichtung zu ermitteln.

66 Dies erfolgt ausgehend von dem Wortlaut der Verfügung. Nach §§ 2084, 133 BGB ist nicht am buchstäblichen Sinn des Ausdrucks zu haften, sondern im Wege der erläuternden Auslegung der Wortsinn der von dem Testierenden benutzten Ausdrücke zu hinterfragen, um festzustellen, was er mit seinen Worten sagen wollte und ob er mit ihnen genau das unmissverständlich wiedergegeben hat, was er ausdrücken wollte (vgl. BGH, Urteil vom 08.12.1982, IVa ZR 94/81, BGHZ 86, 41 ff. Rdnr. 16; BayObLG, Beschluss vom 17.05.2001, 1 Z BR 121/00, Rdnr. 25, jew. zitiert nach juris; Palandt/*Weidlich*, § 2084 Rdnr. 1). Zur Ermittlung des Willens eines Erblassers sind zudem Umstände außerhalb der Testamentsurkunde heranzuziehen und zu würdigen, welche auch vor oder nach der Testamentserrichtung liegen können (vgl. BGH, Urteil vom 07.10.1992, IV ZR 160/91, juris Rdnr. 10); maßgeblich ist aber stets der Wille des Testierenden zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung (vgl. Palandt/*Weidlich*, § 2084 Rdnr. 2), auf den frühere oder spätere Umstände hindeuten können. Wegen der Formstrenge für die Errichtung von Verfügungen von Todes wegen muss ein sich aus äußeren Umständen ergebender Wille des Erblassers in der Testamentsurkunde aber mindestens angedeutet sein (vgl. Palandt/*Weidlich*, § 2084 Rdnr. 4 m. w. N.).

67 Nimmt eine letztwillige Verfügung Bezug auf ein Schriftstück, das nicht der Testamentsform entspricht oder bei dem es sich – wie vorliegend – um ein durch Rücknahme aus amtlicher Verwahrung aufgehobenes Testament handelt, ist der in Bezug genommene Inhalt nicht (mehr) formgültig erklärt und damit nicht Gegenstand der Verfügung (vgl. MünchKomm-BGB/*Sticherling*, § 2247 Rdnr. 23). Für die Ermittlung des formwirksam erklärten Inhalts der unter Bezugnahme auf eine unwirksame Erklärung errichteten Verfügung kommt es demnach darauf an, ob – was das Nachlassgericht im Ansatz auch erkannt hat – der Inhalt der bezugnehmenden Verfügung aus sich heraus hinreichend

bestimmt und dieser mindestens andeutungsweise zu entnehmen ist (vgl. zu letzterem: BayObLG, NJW-RR 1990, 1481, 1482). Kann demnach der bezugnehmenden Verfügung von Todes wegen ein eindeutiger Wille des Erblassers nach den eingangs genannten Auslegungsgrundsätzen auch ohne Kenntnis des in Bezug genommenen Schriftstücks entnommen werden, so ist dieser wirksam erklärt. Ist der Inhalt einer Verfügung aus der formwirksamen Urkunde allein hingegen nicht mehr zu ermitteln, so entfaltet diese insoweit auch keine Wirkungen (mehr).

68 Vorliegend lässt sich – worauf auch die Beschwerde abstellt – aus dem Inhalt des öffentlichen Testaments vom 18.02.2017 der Wille des Erblassers zum Zeitpunkt dessen Errichtung auch ohne Kenntnis des Inhalts des als widerrufen geltenden und nicht vorliegenden Testaments vom 08.12.2012 zweifelsfrei und eindeutig ermitteln.

69 Aus § 1 des Testaments vom 18.02.2017 folgt ausdrücklich, dass der Erblasser für den Fall des Vorversterbens des von ihm in dem Testament vom 08.12.2012 eingesetzten Erben einen Ersatzerben bestimmen wollte. Er wollte demnach unter Aufrechterhaltung der Erbeinsetzung für den Fall des Wegfalls des Erben einen anderen als Erben einsetzen (vgl. § 2096 BGB). Auch ohne Kenntnis des Inhalts des früheren in Bezug genommenen Testaments folgt aus der nicht namentlichen bezeichneten Angabe im Singular („des Erben“), dass der Erblasser bei Errichtung des Testaments vom 18.02.2017, nach seiner insoweit maßgeblichen Vorstellung, offensichtlich die Einsetzung eines einzelnen Erben wollte, also einen Alleinerben bestimmen wollte. Als Ersatzerben für den Fall des Vorversterbens der von ihm bereits eingesetzten – nach dem Vorgesagten – alleinigen Erbin sollte nach seinem in der Urkunde vom 18.02.2017 weiter zum Ausdruck gekommenen Willen deren namentlich bezeichneter Sohn Ersatzerbe werden. Für die Annahme des Nachlassgerichts, dass in dem in Bezug genommenen als widerrufen geltenden Testament möglicherweise auch weitere Personen als Erben eingesetzt oder andere Verfügungen getroffen sein könnten, findet sich in dem Testament vom 18.02.2017 kein Anhaltspunkt. Selbst wenn der Erblasser in der als widerrufen geltenden Urkunde weitere Verfügungen getroffen haben sollte, könnten solche allenfalls mit einer Beschwerung oder Beschränkung der Erbin verbunden sein, wie zum Beispiel die Aussetzung von Vermächtnissen (§ 1939 BGB), die Anordnung von Auflagen (§ 1940 BGB) oder einer Testamentsvollstreckung (§ 2197 ff. BGB). Dann aber wäre mit der erfolgten Rückgabe nur der zuvor errichteten Urkunde gerade die Aufhebung solcher beschränkenden Verfügungen verbunden.

70 Da in dem Testament vom 18.02.2017 der Ersatzerbe zum einen mit Namen, zum anderen mit seinem Verwandtschaftsverhältnis zur Alleinerbin bezeichnet ist, lässt sich daraus ohne Weiteres auch die von dem Erblasser zum alleinigen Erben eingesetzte Person eindeutig bestimmen, nämlich die Beteiligte zu 1. Dass der Erblasser die Beteiligte zu 1 dabei nicht namentlich bezeichnet hat, ist unschädlich. Denn einer namentlichen Bezeichnung eines Erben in einer Verfügung von Todes wegen bedarf es nicht; die Person des Erben muss nach dem Inhalt der Verfügung lediglich nach

objektiven Kriterien eindeutig bestimmbar sein (vgl. Staudinger/Otte, Neub. 2017, § 1937 Rdnr. 7). Deren Bestimmung darf nur nicht von dem Willen eines Dritten abhängen (vgl. § 2065 Abs. 2 BGB), was vorliegend offensichtlich nicht der Fall ist.

71 Auch aus Umständen außerhalb der Testamentsurkunde ergeben sich keine Anhaltspunkte dafür, dass der Wille des Erblassers bei deren Errichtung nicht dem sich aus deren Wortlaut ergebenden Inhalt entsprochen hätte.

72 Selbst wenn der Erblasser etwa drei Wochen nach Errichtung des Testaments vom 18.02.2017 bei Rückgabe des Testaments aus dem Jahr 2012 keinen testamentarischen Erben mehr berufen und damit den Eintritt gesetzlicher Erbfolge gewollt hätte, würde dies an dem formgerecht erklärten ausdrücklichen Willen des Erblassers bei Errichtung der vorliegenden Urkunde nichts ändern, in der ein dergestalt diametral entgegengesetzter Wille auch keinerlei Anklang findet.

73 Insoweit kommt es auch nicht darauf an, ob der Erblasser das Testament aus dem Jahr 2012 allein wegen des Schreibens des Nachlassgerichts aus der amtlichen Verwahrung genommen hat oder dafür eine Änderung des Willens des Erblassers entscheidend war.

74 Für letzteres gibt es zudem auch keinen Anhaltspunkt. Es erscheint vielmehr naheliegend, dass der Erblasser, gerade wenn er über die Folgen einer Rückgabe eines Testaments aus der amtlichen Verwahrung belehrt worden ist, an seinem zuletzt errichteten Testament auch bewusst festhalten wollte, welches er in der amtlichen Verwahrung beließ. Dass er an sein erst wenige Wochen zuvor errichtetes Testament bei der Rückgabe des Testaments aus dem Jahr 2012 nicht mehr gedacht hätte, erscheint lebensfremd. Nicht naheliegend ist es auch, dass er – wie der Beteiligte zu 2 meint – davon ausgegangen wäre, dieses sei nach Rückgabe des in Bezug genommenen Testaments ohnehin unbeachtlich, wenn er gerade kurz davor einen Brief von dem Nachlassgericht erhalten hat, in dem ausgeführt war, dass auch aufgehobene in der amtlichen Verwahrung belassene Testamente eröffnet würden, was zu „Verwirrung oder Unfrieden unter den Beteiligten“ führen könne.

75 Zudem deutet der Umstand, dass der Erblasser im Jahr 2005 – seine Ehefrau verstarb in jenem Jahr – sowie 2012 und zuletzt 2017 jeweils ein öffentliches Testament errichtete und das vorhergehende aus der amtlichen Verwahrung nahm, darauf hin, dass er die letztwilligen Verfügungen wohlüberlegt als Reaktion auf veränderte Lebensumstände und nicht spontan errichtete. Eine Änderung seiner seit dem Jahr 2012 bestehenden letztwilligen Verfügung, an der er mit Errichtung des Testaments vom 18.02.2017 ausdrücklich festhalten wollte, wäre lediglich weitere drei Wochen später nur dann zu erwarten gewesen, wenn ein auf die Lebensumstände des Erblassers erheblich einwirkendes Ereignis eingetreten wäre. Ein solches ist aber nicht ersichtlich. Vielmehr ist er im Juni 2017 zu der von ihm als Erbin eingesetzten Beteiligten zu 1 gezogen, sodass es für eine plötzliche negative Veränderung des Verhältnisses keinen Anhaltspunkt gibt.

76 Dahinstehen kann insoweit auch, ob der Erblasser Kontakt zu seinen weiteren Geschwistern hatte oder nicht und in welcher Weise er sich später im Gespräch zu der von ihm gewünschten Erbfolge äußerte. Denn unabhängig davon wollte der Erblasser – was auch der Beteiligte zu 2 nicht in Abrede stellt – zum Zeitpunkt der Errichtung des Testaments vom 18.02.2017 allein die Beteiligte zu 1 und ersatzweise deren Sohn jeweils als Alleinerben einsetzen und damit seine übrigen gesetzlichen Erben – jedenfalls als notwendige Folge davon – von der Erbfolge ausschließen, was auch Inhalt seiner formgültigen letztwilligen Verfügung geworden ist.

77 Andere Gründe für eine Unwirksamkeit des Testaments vom 18.02.2017 sind nicht erkennbar geworden.

78 Nach alledem ist die Beteiligte zu 1 aufgrund Erbeinsetzung in dem Testament vom 18.02.2017 Alleinerbin des Erblassers geworden.

79 Da die Beteiligte zu 1 auch die zur Erteilung des beantragten Erbscheins erforderlichen Angaben gemacht (§ 352 Abs. 2 Nr. 1 bis 3, Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, 2, 6 bis 8 FamFG) und die nach § 352 Abs. 2 Satz 1 FamFG erforderlichen Nachweise erbracht hat, hatte der Senat in Abänderung des angefochtenen Beschlusses gemäß § 352e Abs. 1 FamFG die zur Erteilung des Erbscheins erforderlichen Tatsachen für festgestellt zu erachten.

80 Die Erteilung des Erbscheins aufgrund dieser Feststellung bleibt dem Nachlassgericht vorbehalten, welches nach § 2353 BGB insoweit ausschließlich zuständig ist.

81 Für die erfolgreiche Beschwerde ist die Haftung für die Gerichtskosten erloschen, (§ 22 Abs. 1, § 25 Abs. 1 und 3 GNotKG). Für eine davon abweichende Kostenentscheidung bestand kein Anlass.

82 Veranlassung, eine Erstattung der den Beteiligten ggf. zur Durchführung des Beschwerdeverfahrens entstandenen notwendigen Aufwendungen anzuordnen, bestand nach billigem Ermessen (§ 81 Abs. 1 Satz 1 FamFG) nicht. Denn die Klärung der entscheidungserheblichen Fragen zur Erbfolge nach dem Erblasser, die von den befassten Gerichten zudem unterschiedlich beurteilt wurden, erfolgte im Interesse von beiden Beteiligten, bei denen es sich zudem um Geschwister und damit nahe Verwandte handelt.

83 In Bezug auf die Gerichtskosten für das erstinstanzliche Erbscheinsverfahren hat der Senat keine Veranlassung gesehen, nach billigem Ermessen eine von der Antragstellerhaftung des § 22 Abs. 1 GNotKG abweichende Entscheidung zu treffen.

84 Eine Entscheidung über eine Auferlegung von Beteiligten im erstinstanzlichen Verfahren etwa entstandenen notwendigen Aufwendungen gemäß § 81 Abs. 1 Satz 1 FamFG war aus den gleichen Gründen wie im Beschwerdeverfahren nicht angezeigt.

85 Die sich daraus ergebenden Kostenfolgen für das erstinstanzliche Verfahren und das Beschwerdeverfahren hat der Senat lediglich zur Klarstellung ausgesprochen.

86 Da weder Gerichtskosten anfallen noch eine Erstattung der den Beteiligten entstandenen notwendigen Aufwendungen angeordnet wird, bedurfte es auch keiner Festsetzung eines Geschäftswertes für das Beschwerdeverfahren.

87 Die Rechtsbeschwerde war nicht zuzulassen, weil die gesetzlichen Voraussetzungen hierfür nicht gegeben sind, § 70 FamFG. Weder hat die Sache grundsätzliche Bedeutung, noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts. Vielmehr beruht die Entscheidung des Senats auf der Anwendung anerkannter Rechtsgrundsätze im Einzelfall. Eine Nichtzulassungsbeschwerde ist nicht gegeben, weil eine solche im Gesetz nicht vorgesehen ist.

ANMERKUNG:

Von Notar a. D. Prof. Dr. Dr. **Herbert Grziwotz**,
Regen

1. Das nicht entscheidungserhebliche Problem

Die Entscheidung betrifft die Frage, in welcher Weise Erben in einem Testament formwirksam bezeichnet werden müssen. Konkret geht es dabei um die Bezugnahme auf andere Schriftstücke in einer Verfügung von Todes wegen. Letztlich musste das OLG das Problem aber nicht entscheiden, da es bereits im Wege der Auslegung dazu kam, dass die Alleinerbin hinreichend bezeichnet war, auch wenn sie nicht namentlich genannt wurde. Damit war dem Gebot genügt, dass der Zuwendungsempfänger vom Erblasser, zwar nicht unbedingt namentlich, aber, zum Beispiel durch Angabe des Verwandtschaftsverhältnisses oder der sozialen Beziehung, so konkret zu bezeichnen ist, dass bei dessen Feststellung jede Willkür eines anderen ausgeschlossen ist.¹ Der Erblasser darf lediglich bei der Individualisierung eines Bedachten seinen letzten Willen nicht in der Weise unvollständig äußern, dass es einem Dritten überlassen bleibt, insoweit den Willen des Erblassers zu ergänzen.

2. Eigenhändiges testamentum mysticum

Der BGH² hat die Frage der Wirksamkeit einer Erbeinsetzung durch Bezugnahme auf eine nicht die Testamentsform wahrende Anlage bezüglich eines eigenhändigen Testaments vor kurzem entschieden. Er unterscheidet dabei zwischen der Unwirksamkeit einer Bezugnahme auf nicht der Testamentsform entsprechende Schriftstücke (zum Beispiel maschinengeschriebene Anlage) oder sonstige Aufzeichnungen (zum Beispiel Notizen auf Smartphone oder Laptop) und der Bezugnahme auf ebenfalls nicht der Testamentsform entsprechende Auslegungshilfen für einen bereits formgültig, jedenfalls an-

1 Allg. Ansicht, siehe nur BRHP/Litzenburger, BGB, 4. Aufl. 2020, § 2065 Rdnr. 16; Erman/M. Schmidt, BGB, 16. Aufl. 2020, § 2065 Rdnr. 6.

2 BGH, Beschluss vom 10.11.2021, IV ZB 30/20, NJW 2022, 474 m. Anm. KrätzscheI = DNotI-Report 2022, 21.

deutungsweise erklärten letzten Willen.³ Nur wenn die Verfügung zumindest andeutungsweise oder versteckt eine Erbeinsetzung enthält, handelt es sich nicht um ein nichtiges testamentum mysticum. Hat der Erblasser beispielsweise in einem eigenhändigen Testament den zum Zeitpunkt seines Ablebens „dienstältesten Arbeitnehmer bzw. die zu diesem Zeitpunkt dienstälteste Arbeitnehmerin“, der in seinem Handwerksbetrieb zu diesem Zeitpunkt ungekündigt beschäftigt ist, zum Alleinerben bestimmt, kann ein Computerausdruck über die gegenwärtig beschäftigten Mitarbeiter und ihr jeweiliges Einstellungsdatum als Auslegungshilfe beigefügt werden.

3. Besonderheiten beim notariellen Testament?

a) Beurkundungsrechtliche Vorgaben

Die vorstehenden Anforderungen sind auch bei notariellen Verfügungen von Todes wegen zu beachten. Wie der Notar Erklärungen der Beteiligten zu beurkunden hat, regeln dagegen die §§ 9, 13, 13a und 14 BeurkG. Diese Vorschriften gelten auch für Verfügungen von Todes wegen.⁴ Die §§ 27-35 BeurkG als Sondervorschriften für Verfügungen von Todes wegen enthalten diesbezüglich keine abweichenden Bestimmungen; lediglich § 29 BeurkG sieht die Verpflichtung der Zuziehung von bis zu zwei Zeugen oder eines zweiten Notars auf Verlangen der Beteiligten vor. Erfolgt die Beurkundung der Verfügung nicht durch Übergabe einer Schrift⁵, sondern durch (nicht notwendig mündliche⁶) Erklärung, bestehen beurkundungsrechtlich drei verschiedene Möglichkeiten für ihre notarielle Beurkundung:⁷

- die Aufnahme der Erklärungen des Erblassers insgesamt in die notarielle Niederschrift selbst
- die Aufnahme der Erklärungen des Erblassers teilweise in die notarielle Niederschrift selbst und teilweise in Anlagen, auf die verwiesen wird und die der Urkunde beigefügt werden
- die Aufnahme der Erklärungen des Erblassers teilweise in die notarielle Niederschrift selbst und teilweise durch Bezugnahme auf eine andere notarielle Niederschrift über Willenserklärungen gemäß §§ 8 ff. BeurkG, auf die gemäß § 13a BeurkG verwiesen wird

3 Instruktiv *Wellenhofer*, Jus 2022, 273 f.

4 Einschränkung hinsichtlich § 14 BeurkG *Winkler*, BeurkG, 20. Aufl. 2022, Vor §§ 27 ff. Rdnr. 6, wobei aber beispielsweise bei einem Grundstücksvermächtnis das Grundbuch als Bestandsverzeichnis und bei einem Vermächtnis hinsichtlich einer Bibliothek ebenfalls das diesbezügliche Bestandsverzeichnis nach dieser Vorschrift einem Testament als Anlage durch ordnungsgemäßes Verweisen und Unterzeichnung auf jeder Seite, aber ohne Vorlesen durch den Notar beigefügt werden können.

5 Siehe dazu § 30 BeurkG, §§ 2232, 2276 BGB sowie hierzu *Szalai/Jung*, NotBZ 2020, 208 ff.

6 Vgl. nur *Dickhuth-Harrach*, FamRZ 2003, 493 ff. und *Nieder*, ZNotP 2003, 202 ff.

7 Vgl. *Frohnhöfer* in FS D. Mayer, 2020, S. 349, 355 ff.

Durch die beurkundungsrechtlich wirksame Verweisung gelten die in der Anlage enthaltenen Erklärungen als in der Niederschrift selbst enthalten (§ 9 Abs. 1 Satz 2 BeurkG). Die Verweisung ersetzt eine Wiedergabe in der Niederschrift selbst. Sie führt dazu, dass die in der Anlage oder in der Bezugsurkunde enthaltenen Erklärungen als in der Niederschrift selbst enthalten gelten.⁸ Die Beifügung als Anlage bzw. die Bezugnahme ersetzt damit die Aufnahme der Erklärungen in die Niederschrift selbst. Bei der Bezugnahme auf eine andere notarielle Niederschrift desselben oder eines anderen Notars wird eine erneute Beurkundung und eine Beifügung als Anlage zur Niederschrift als entbehrlich angesehen, weil bereits durch die frühere notarielle Beurkundung den Formvorschriften genüge getan wurde.⁹ Pointiert formuliert, könnte ein Erblasser eine Erbeinsetzung zu notarieller Urkunde auch dadurch vornehmen, dass er die Namen der Erben in die vom Notar mitverlesene Anlage aufnehmen lässt¹⁰ oder auf ein bereits beurkundetes konkretes Testament seines Ehepartners Bezug nimmt und die dort genannten Personen ohne Angabe des Namens in seinem Testament ebenfalls zu Erben einsetzt.¹¹

b) Die „verschwundene“ bzw. „fehlende“ Bezugsurkunde

Wird auf eine andere notarielle Niederschrift gemäß § 13a BeurkG Bezug genommen, muss diese Niederschrift bei der Beurkundung in Urschrift, Ausfertigung oder zumindest in beglaubigter Abschrift vorliegen (§ 13a Abs. 1 Satz 3 BeurkG).¹² Ausreichend ist auch eine elektronisch beglaubigte Abschrift, deren Beweiswert sich von einer beglaubigten Abschrift in Papierform nicht unterscheidet. Maßgeblicher Zeitpunkt ist die Genehmigung und Unterzeichnung der Niederschrift. Wenn die Bezugsurkunde später nicht mehr vorhanden ist, wird dadurch die Beurkundung nicht nachträglich unwirksam. Deshalb hatte die Rücknahme des früheren Testaments aus der amtlichen Verwahrung, die allein zur Unwirksamkeit des zurückgenommenen Testaments führte (§ 2256 Abs. 1 Satz 1 BGB), im vorliegenden Fall keine Rechtswirkungen für das spä-

8 Siehe nur BGH, Urteil vom 28.01.1994, V ZR 131/92, DNotZ 1995, 26, 27; *Winkler*, BeurkG, § 9 Rdnr. 23; *Grziwotz/Heinemann/Heinemann*, BeurkG, 3. Aufl. 2018, § 9 Rdnr. 15.

9 So *Winkler*, BeurkG, § 13a Rdnr. 1.

10 Und wie bei der hinsichtlich des Vollzugs „ausgesetzten“ Auffassung um eine beglaubigte Abschrift ohne Anlage bittet, um bei einer etwaigen Demenz seine Angehörigen, die die Abschrift bei seinen Unterlagen finden, im Unklaren darüber zu lassen, wer Erbe wird.

11 Unklar *Winkler*, BeurkG, § 13a Rdnr. 67, wonach dies eventuell dem Erfordernis der höchstpersönlichen Erklärung widerspricht, wobei er allerdings als Beispiel ein umfangreiches Testament (zum Beispiel mit Auseinandersetzungsanordnungen, Stiftungsgeschäft etc.) angibt, das sich ein vielbeschäftigter Kaufmann aus Zeitgründen nicht selbst vorlesen lässt, sondern einer anderen Person und dies dann in einer „Testamentsurkunde“ lediglich genehmigt.

12 Zur Zulässigkeit des Vorliegens einer beglaubigten Abschrift einer beglaubigten Abschrift oder einer Ausfertigung siehe *Winkler*, BeurkG, § 13a Rdnr. 79.

tere Testament, das auf das frühere verwiesen hat. Eine formwirksame Widerrufserklärung lag diesbezüglich nicht vor; eine Auslegung der in der Rücknahme liegenden Widerrufserklärung hinsichtlich eines anderen Testaments ist mangels Einhaltung der Formvorschriften nicht möglich.¹³ Die Rechtslage unterscheidet sich nicht von der Situation der Nichtauffindbarkeit eines Originaltestaments, bei der der Nachweis der Formgültigkeit und des Inhalts des Testaments mit allen zulässigen Beweismitteln möglich ist.¹⁴

Hinsichtlich der Bezugnahme enthält § 13a Abs. 3 BeurkG die Mitteilungspflicht, die den Beteiligten die Möglichkeit geben soll, die Bezugsurkunde vor der Beurkundung einzusehen. Dies bedeutet aber nicht, dass die Einsicht in das Original möglich sein muss, wie das Beispiel der Bezugnahme auf ein hinterlegtes Testament anderer Personen zeigt. Ohne Bedeutung ist, ob die Bezugsurkunde (noch oder bereits) wirksam ist. Deshalb kann auch auf ein erloschenes Angebot oder einen vom Gemeinderat in Bayern noch nicht genehmigten Erschließungsvertrag verwiesen werden.¹⁵ Es ist nach dem oben dargestellten Sinn der bereits erfolgten Beurkundung unter Einhaltung der Formvorschriften grundsätzlich auch nicht erforderlich, dass die Bezugsurkunde noch im Original oder in einer sie ersetzenden Ausfertigung oder beglaubigten Abschrift (§ 45a Abs. 1 Satz 2, § 46 Abs. 1 Satz 1 BeurkG) vorhanden ist. Insofern besteht ein Unterschied zur Errichtung eines privatschriftlichen Testaments zu verschiedenen Zeitpunkten in gesonderten jeweils unvollständigen Erklärungen.¹⁶ Hierfür spricht auch, dass bei Abweichungen zwischen einer bei Beurkundung vorliegenden beglaubigten Abschrift und der Originalbezugsurkunde der Text der vorliegenden Abschrift maßgebend

ist.¹⁷ Zusätzlich wäre die praktische Handhabung der Verweisung kaum noch möglich, da der Urkundsnotar jeweils beim Notariat, in dem die Bezugsurkunde verwahrt wird, nachfragen müsste, ob diese unbeschädigt vorhanden ist. Allerdings liegt hierzu keine Rechtsprechung vor. Offen ist auch, ob bei einer Verfügung von Todes wegen nur auf Bezugsurkunden verwiesen werden kann, die vom Erblasser selbst bei einem Notar im Inland errichtet wurden.¹⁸ Dagegen spricht der eindeutige Wortlaut des § 13a BeurkG. Auch das gemeinschaftliche Testament von Ehegatten und eingetragenen Lebenspartnern (§ 2267 BGB, § 10 Abs. 4 LPartG) zeigt, dass die Höchstpersönlichkeit der Testamentserrichtung nicht dadurch ausgeschlossen wird, dass der Erblasser Erklärungen einer anderen Person im Vollbesitz seiner geistigen Kräfte und nicht unter Zwang oder Drohung zu seiner eigenen letztwilligen Verfügung macht. Zudem schränkt die Notwendigkeit der eigenen Bezugsurkunde die Möglichkeit ein, mit einer nach § 30 IfSG abgesonderten Person ein umfangreiches Testament zu beurkunden und dabei das immer bestehende Ansteckungsrisiko zu minimieren.¹⁹ Auch hierzu liegt eine Rechtsprechung noch nicht vor.

c) Praktische Hinweise

Als Konsequenz von Fällen wie dem vorliegenden wird häufig empfohlen, bei einem notariellen Testament, das aufgrund Erklärung des Erblassers errichtet wird, dessen sämtliche Erklärungen in die notarielle Niederschrift aufzunehmen und Bezugnahmen zu unterlassen.²⁰ Dies ist jedoch aus kostenrechtlichen Gründen nur sinnvoll, wenn der Erblasser ohnehin eine Verfügung trifft, bei der als Geschäftswert das modifizierte Reinvermögen insgesamt maßgeblich ist.²¹ Verfügt er nur über einen (ideellen) Bruchteil des Nachlasses oder über Einzelgegenstände oder ordnet er Auflagen an, so bestimmt sich der Geschäftswert nach dem entsprechenden Anteil am Vermögen. Kostenmäßig wäre eine „Gesamtbeurkundung“ nur bei einem entsprechenden Wunsch des Erblassers möglich, der allerdings in der Praxis, wenn ein früheres Testament später nicht mehr eröffnet werden soll, durchaus vorkommt. Aber auch, wenn ohnehin die vollen Kosten anfallen, kann bei einem kranken Erblasser oder zur Kontaktreduzierung aufgrund einer Pandemie die Beschränkung auf einen Nachtrag sinnvoll sein. Insofern werden sich echte und unechte Bezugnahmen auch bei notariellen Verfügungen von Todes wegen nie vermeiden lassen.

13 Vgl. zum Numerus Clausus der Widerrufsmöglichkeiten nach §§ 2253 BGB nur Grüneberg/*Weidlich*, 81. Aufl. 2022, § 2253 Rdnr. 2.

14 Zu den diesbezüglich strengen Anforderungen siehe OLG Hamm, Beschluss vom 08.07.1974, 15 Wx 42/74, DNotZ 1975, 166; OLG Zweibrücken, Beschluss vom 09.03.1987, 3 W 28/87, NJW-RR 1987, 1158; OLG München, Beschluss vom 16.04.2008, 31 Wx 094/07, FamRZ 2008, 1378; OLG Schleswig, Beschluss vom 12.09.2011, 3 Wx 44/10, ErbR 2012, 57 = NotBZ 2012, 63; OLG Köln, Beschluss vom 02.02.2016, 2 Wx 550/16, ErbR 2017, 342; OLG Braunschweig, Beschluss vom 16.03.2018, 1 W 155/17, ErbR 2019, 235; OLG Köln, Beschluss vom 19.07.2018, 2 Wx 261/18, 2 Wx 266-270, NJW-RR 2019, 71; OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 27.12.2018, 20 W 250/17, ErbR 2019, 505; Beschluss vom 16.02.2021, 21 W 165/20, ErbR 2022, 230; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.03.2021, 3 Wx 151/20, FamRZ 2021, 1160; ausführlich *Goldkamp*, ErbR 2022, 111 ff.

15 Unstr., siehe nur *Stauf*, RNotZ 2001, 129, 140; Frenz/Miermeister/*Limmer*, BNotO, 5. Aufl. 2020, § 13a BeurkG Rdnr. 6 m. w. N. Vgl. auch Grüneberg/*Weidlich*, § 2247 Rdnr. 8 zu einem infolge Rücknahme aus der amtlichen Verwahrung unwirksamen notariellen Testament.

16 Zu diesem Fall siehe OLG Nürnberg, Urteil vom 04.08.2020, 3 U 2727/19, ErbR 2021, 144 = ZEV 2021, 96; Grüneberg/*Weidlich*, § 2247 Rdnr. 8.

17 Siehe nur *Lichtenberger*, NJW 1980, 864, 868; *Stauf*, RNotZ 2001, 129, 143.

18 So wohl *Winkler*, BeurkG, § 13a Rdnr. 67 für den Fall einer reinen Bezugsurkunde.

19 Die Alternative wäre das Ausweichen auf die Übergabe einer vom Notar gefertigten Schrift. Allerdings ist das Infektionsrisiko durch die Notwendigkeit der Übergabe und die Beifügung zur Urkunde größer als bei einer Bezugnahme.

20 So zum Beispiel *Rohlfing*, FamRB 2022, 108, 109 zu dem in Fn. 2 zitierten Beschluss des BGH.

21 Im vorliegenden Fall trifft dies wegen der Ersatzerbenberufung zu (vgl. Notarkasse A. d. ö. R., Streifzug durch das GNotKG, 13. Aufl. 2021, Rdnr. 918).

Vorsichtshalber sollte die Bezugnahme nur bei Existenz der unbeschädigten oder ersetzten Urschrift sowie durch Bezugnahme auf Urkunden erfolgen, die vom Erblasser eventuell unter Mitwirkung weiterer Personen errichtet wurden. In anderen Fällen, zum Beispiel bei einem hohen Infektionsrisiko, sollte auf die bestehenden Unsicherheiten hinsichtlich der Wirksamkeit der Verfügung hingewiesen werden, wenn man der hier vertretenen Meinung folgt.

Aus dem vorliegenden Fall ergibt sich noch eine zusätzliche Konsequenz: Die pauschale Einstufung eines reinen öffentlichen Widerrufstestaments wegen der Möglichkeit der Rücknahme eines früheren notariellen Testaments aus der amtlichen Verwahrung als unrichtige Sachbehandlung (§ 21 Abs. 1 GNotKG) ist unzutreffend.²² Sie kann sich in Einzelfällen anbieten. Ohne die diesbezügliche (übereifrige) Empfehlung des Nachlassgerichts hätte es nämlich den vorliegenden Rechtsstreit nicht gegeben.

²² So aber NK-BGB/Kroiß, 6. Aufl. 2022, § 2256 Rdnr. 19.

12. Zum Wegfall der Schlusserbeneinsetzung in einem gemeinschaftlichen Testament bei Geltendmachung des Pflichtteils nach dem ersten Todesfall

OLG Hamm, Beschluss vom 27.01.2021, 10 W 71/20

BGB §§ 2087, 2094, 2271 Abs. 2, § 2270

LEITSATZ:

Eine Einsetzung als Schlusserbe entfällt, wenn der in einem Ehegattentestament zum Schlusserben eingesetzte Abkömmling nach dem ersten Todesfall trotz testamentarisch vorgesehener Verwirkungsklausel den Pflichtteil verlangt. Es gilt dann die Anwachsung gemäß § 2094 BGB als gewollt.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Erblasserin war in einziger Ehe verheiratet mit Herrn K I. Aus der Ehe sind zwei Kinder hervorgegangen, der Beteiligte zu 2 und Frau D Q, die Ehefrau des Beteiligten zu 1 und Mutter des am (...) 1990 geborenen Beteiligten zu 3.

2 Die Erblasserin und ihr Ehemann errichteten am 14.04.1997 ein gemeinsames handschriftliches Testament, in dem sie sich gegenseitig zu Alleinerben einsetzten und weitere Verfügungen zugunsten ihrer Kinder trafen. Am 26.06.2007 fügten sie auf derselben Urkunde einen Nachtrag hinzu, in dem der Ehemann der Erblasserin anordnete:

„Die Aktien von V Investmentfond soll mein Enkel T Q, geb. am (...) 1990 nach meinem Tode erhalten. Sollte ich zu diesem Zeitpunkt noch eine Segelyacht besitzen erhält T das Boot.“

Die Erblasserin erklärte sich damit einverstanden.

3 Am 26.10.2012 errichteten die Erblasserin und ihr Ehemann eine weitere gemeinschaftliche letztwillige Verfügung, die nahezu dieselben Anordnungen enthält, wie das Testament vom 14.04.1997. Darin heißt es:

„Wir (...) bestimmen für den Fall unseres Ablebens. K I setzt für den Fall, dass er zuerst stirbt, K1 I als Alleinerbin ein. K1 I setzt für den Fall ihres Todes K zu ihrem Alleinerben ein. Sollte eines unserer Kinder diesen unseren gemeinsamen letzten Willen nicht anerkennen, bekommt es nur seinen Pflichtteil. Unser Haus Lweg (...), T1 E bekommt unsere Tochter D Q, geb. I, geb. (...) 1962 und nach ihrem Tod ihr Sohn T Q, geb. (...) 1990. Das Haus in I1 Gstr. (...) bekommt unser Sohn S I, geb. (...) 1959.“

4 Die Eheleute I lebten bereits viele Jahre vor ihrem Tod voneinander getrennt. Während der Ehemann in der Immobilie in I1 wohnte, lebte die Erblasserin zusammen mit ihrer Tochter und den Beteiligten zu 1 und 3 in dem Haus in T1-E. Der Ehemann der Erblasserin wurde von dem Beteiligten zu 3 ermordet und zwischen dem 08.02.2016 und dem 13.02.2016 tot aufgefunden. Dafür wurde der Beteiligte zu 3 durch das LG Dortmund zu lebenslanger Haft verurteilt, die er in der JVA (...) verbüßt. Mit notarieller Urkunde vom 18.02.2016 erteilte die Erblasserin ihrer Tochter eine Generalvollmacht. Der Beteiligte zu 2 regte am 18.07.2016 die Einrichtung einer Betreuung für die Erblasserin an, da diese unter einer demenziellen Entwicklung litt. Am 11.08.2016 erteilte das AG Hamm der Erblasserin einen Alleinerbschein nach ihrem verstorbenen Ehemann. In dem vorausgegangenen Erbscheinsverfahren (2 VI 176/16, AG Hamm) hatte der Beteiligte zu 2 die Rechtsauffassung vorgetragen, die letztwillige Verfügung sei in dem Sinne auszulegen, dass Vor- und Nacherbschaft gewollt gewesen sei. In dem am 30.06.2016 erlassenen Feststellungsbeschluss hatte das AG ausgeführt, dass Anhaltspunkte dafür, dass anstelle einer wechselseitigen Einsetzung als Vollerben die Einsetzung als Vorerben gewollt gewesen sei, nicht erkennbar seien. Am 09.11.2016 verstarb die Tochter D Q. Nach dem Tod seiner Ehefrau forderte der Beteiligte zu 1 in eigenem Namen und im Namen des Beteiligten zu 3 als deren Erben die Erblasserin auf, den Pflichtteil aufgrund des Erbfalls nach dem Tod des Ehemannes zu zahlen. Am 25.11.2016 erteilte die Erblasserin dem Beteiligten zu 1 eine notarielle Generalvollmacht zur Vertretung in allen vermögensrechtlichen und persönlichen Angelegenheiten. Mit Beschluss vom 17.11.2017 richtete das AG Soest, gestützt auf ein neurologisch-psychiatrisches Sachverständigengutachten vom 06.03.2017, eine Betreuung für die Erblasserin ein und bestellte einen Berufsbetreuer. Die dagegen eingelegte Beschwerde wurde durch Beschluss des LG Arnberg vom 05.04.2018 zurückgewiesen, wobei das LG feststellte, dass die erteilte Generalvollmacht mangels Geschäftsfähigkeit der Erblasserin unwirksam war.

5 Die Erblasserin errichtete am 25.11.2016 vor dem Notar D1 aus T1 ein notarielles Testament. Darin setzte sie ihren Schwiegersohn, den Beteiligten zu 1 zu ihrem Alleinerben ein. Weiterhin ordnete sie Vermächtnisses zugunsten der Beteiligten zu 2 und 3 an.

6 Der Beteiligte zu 1 hat einen Alleinerbschein aufgrund des notariellen Testaments vom 25.11.2016 beantragt. Der Beteiligte zu 2 hat gestützt auf das gemeinschaftliche Testament vom 26.01.2012 die Erteilung eines Erbscheins beantragt, der ihn als Alleinerben der Erblasserin ausweist.

7 Der Beteiligte zu 1 hat vorgetragen, Zweifel an der Testierfähigkeit der Erblasserin bestünden nicht, da der beurkundende Notar die Testierfähigkeit ausdrücklich bejaht habe. Die Erblasserin sei durch das gemeinschaftliche Testament nicht gehindert gewesen, durch Einzeltestament einen Alleinerben zu bestimmen, da das gemeinschaftliche Testament keine Schlusserbeneinsetzung enthalte. In dem Einzeltestament seien Vermächtnisse angeordnet worden, sodass die Aufteilung der Immobilien entsprechend dem in dem gemeinschaftlichen Testament zum Ausdruck kommenden Willen der Erblasser gesichert sei. Die Pflichtteilsregelung greife nicht ein, da die Geltendmachung des Pflichtteils nicht durch ein Kind der Eheleute I persönlich erfolgt sei. In dem gemeinschaftlichen Testament sei ohnehin festgelegt, dass der Beteiligte zu 3 die Immobilie in T1 nach dem Tod seiner Mutter erhalten solle.

8 Der Beteiligte zu 2 hat vorgetragen, nach dem Willen der Erblasserin und ihres Ehemannes habe der Beteiligte zu 3 nicht Ersatzerbe seiner Mutter, Frau D Q, werden sollen. Der Beteiligte zu 3 sei im Übrigen erbunwürdig. Der auf D Q entfallene Erbanteil sei ihm, dem Beteiligten zu 2 angewachsen. Dies sei durch den Wortlaut der letztwilligen Verfügung nicht ausgeschlossen und entspreche dem Willen der Erblasser. Das notarielle Testament der Erblasserin sei aufgrund der mit dem Tod ihres Ehemannes eingetretenen Bindungswirkung des gemeinschaftlichen Testaments unwirksam. Darüber hinaus sei die Erblasserin zum Zeitpunkt der Errichtung des notariellen Testaments bereits testierunfähig gewesen. Die Pflichtteilsregelung sei als Strafklausel zu verstehen. Das gemeinschaftliche Testament sei dahin gehend auszulegen, dass die Kinder der Erblasserin und deren Ehemann als Schlusserben eingesetzt werden sollten. Bei der Zuordnung der Immobilien handle es sich daher nur um eine Teilungsanordnung. Das Barvermögen habe gegenüber den Immobilien eine untergeordnete Bedeutung gehabt, zumal die Eheleute I bei Testamentserrichtung davon ausgegangen seien, dass es aufgrund von Pflegebedürftigkeit im Alter verbraucht sein würde.

9 Der Beteiligte zu 3 hat vorgetragen, das gemeinschaftliche Testament der Eheleute I weise keine Schlusserbeneinsetzung auf. Deshalb sei die Erblasserin nicht daran gehindert gewesen, eine eigene letztwillige Verfügung zu errichten und den Beteiligten zu 1 als Alleinerben einzusetzen. Im Hinblick auf die Erblasserin sei der Beteiligte zu 3 nicht erbunwürdig. Daher sei er neben dem Beteiligten zu 1 Miterbe.

10 Durch den angefochtenen Beschluss hat das AG den Antrag des Beteiligten zu 1 zurückgewiesen und die Tatsachen, die zur Begründung des Antrages des Beteiligten zu 2 erforderlich sind, für festgestellt erachtet. Zur Begründung hat das AG ausgeführt, das gemeinschaftliche Testament sei dahin auszulegen, dass die Erblasserin und ihr Ehemann ihre beiden Kinder zu gleichen Teilen zu Schlusserben hätten einsetzen wollen. Die Anordnung hinsichtlich

des Beteiligten zu 3 sei im Sinne einer Nacherbenregelung auszulegen. Nach § 2102 Abs. 1 BGB sei der Beteiligte zu 3 deshalb Ersatzerbe seiner Mutter. Es sei nicht von dessen Erbnwürdigkeit auszugehen, da die abschließende Regelung des § 2339 BGB nicht eingreife. Er sei aber deshalb als Ersatzerbe ausgeschlossen, weil er nach dem Tod des verstorbenen Ehemannes der Erblasserin Pflichtteilsansprüche der verstorbenen Mutter geltend gemacht habe. Der Alleinerbschaft des Beteiligten zu 2 stehe nicht die abweichende Regelung in dem notariellen Testament vom 25.11.2016 entgegen. Das gemeinschaftliche Testament sei nach dem Tod des Ehemannes der Erblasserin für diese bindend geworden, sodass die Erblasserin keine abweichende Verfügung mehr habe treffen können. Auf die Wirksamkeit des notariellen Testaments komme es daher nicht an.

11 Hiergegen richten sich die Beschwerden der Beteiligten zu 1 und 3. Der Beteiligte zu 1 trägt vor, das von dem Notar D1 beurkundete Testament, in dem er als Schlusserbe benannt sei, sei wirksam. Er habe auf Wunsch der Erblasserin die Pflichtteilsansprüche geltend gemacht, damit diese Steuern sparen könne. Es sei zudem der ausdrückliche Wunsch der Erblasserin gewesen, dass er Erbe werden sollen. Zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung sei erhebliches Barvermögen und eine Luxusyacht vorhanden gewesen. Der Beteiligte zu 3 trägt vor, das AG sei zutreffend davon ausgegangen, dass sich die Eheleute wechselseitig zu Alleinerben eingesetzt hätten. Entgegen der Auffassung des AG hätten sie aber keine Schlusserben eingesetzt. Vielmehr habe es sich bei der Aufteilung der Häuser um Vermächtnisse gehandelt. Die Auffassung des AG, dass andernfalls die Pflichtteils Klausel überflüssig sei, sei unzutreffend, denn diese mache auch bei einem Vermächtnis Sinn. Mangels Schlusserbeneinsetzung in dem gemeinschaftlichen Testament sei die Erblasserin berechtigt gewesen, die Schlusserbfolge selbst testamentarisch zu regeln. Zum Zeitpunkt der Errichtung des notariellen Testaments sei die Erblasserin testierfähig gewesen. Selbst wenn das Testament unwirksam wäre, folge daraus nicht, dass der Beteiligte zu 2 Alleinerbe geworden sei. Die Pflichtteilsregelung in dem gemeinschaftlichen Testament treffe nur die Kinder der Erblasserin. Die Tochter der Erblasserin habe aber den Pflichtteil nicht verlangt. Lediglich der Beteiligte zu 1 habe nach dem Tod seiner Ehefrau den Pflichtteil geltend gemacht, dies jedoch in Absprache mit der Erblasserin. In diesem Fall greife die Regelung nicht ein, weil der Pflichtteil nicht entgegen dem Willen der Erblasserin beansprucht worden sei.

12 Der Beteiligte zu 3 beantragt,

den angefochtenen Beschluss aufzuheben und einen Erbschein zu erlassen, der den Verfahrensbeteiligten zu 1 als Alleinerben ausweist,

hilfsweise, einen Erbschein zu erlassen, der den Verfahrensbeteiligten zu 2 und den Verfahrensbeteiligten zu 3 als Erben zu je ½ ausweist.

13 Der Beteiligte zu 2 beantragt,

die Beschwerden zurückzuweisen.



AUFsätze



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSPRECHUNG



SONSTIGES



STANDESNACHRICHTEN

14 Zur Begründung trägt er vor, das gemeinschaftliche Testament sei vor dem Hintergrund auszulegen, dass die Erblasserin und ihr Ehemann juristische Laien gewesen seien. Wenn es sich bei der Aufteilung der Häuser um Vermächtnisse hätte handeln sollen, hätte es nahegelegen, einen Erben zu bestimmen, der die Vermächtnisse erfüllt. Auch wäre ein Hinweis aufgenommen worden, dass der überlebende Ehegatte einen Erben bestimmen dürfe. Die Erblasserin sei zum Zeitpunkt der Errichtung des notariellen Testaments testierunfähig gewesen. Sie sei wegen der steuerlichen Freibeträge überhaupt nicht verpflichtet gewesen, Erbschaftsteuer zu zahlen, sodass die Geltendmachung des Pflichtteils zur Steuerersparnis nicht erforderlich gewesen sei. Dass das Bankvermögen in dem gemeinschaftlichen Testament nicht genannt worden sei, stehe der Einsetzung der gemeinsamen Kinder als Schlusserben nicht entgegen. Aus Sicht der Erblasserin und ihres Ehemannes sei das Immobilienvermögen das wesentliche Vermögen gewesen.

15 Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Verfahrensstandes wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

16 Das AG hat die Beschwerden durch Beschluss vom 05.06.2020 dem Senat zur Entscheidung vorgelegt.

17 II. Die Beschwerde des Beteiligten zu 1 ist zulässig, das Rechtsmittel des Beteiligten zu 3 ist teilweise zulässig. Die Beschwerden führen in der Sache jedoch nicht zum Erfolg.

18 1. Die Beschwerde des Beteiligten zu 1 ist zulässig. Die Beschwerde des Beteiligten zu 3 ist nur mit dem Hilfsantrag zulässig, während der auf Erteilung eines Alleinerbscheins an den Beteiligten zu 1 gerichtete Hauptantrag unzulässig ist.

19 a) Die Beschwerden beider Beschwerdeführer sind gemäß §§ 352e, 58 FamFG statthaft und innerhalb der Frist des § 63 Abs. 1 FamFG eingelegt worden.

20 b) Für seinen Hauptantrag fehlt dem Beteiligten zu 3 jedoch die Beschwerdeberechtigung, unabhängig davon, dass er bisher selbst keinen Antrag auf Erteilung eines Erbscheins gestellt hatte (Keidel/Meyer-Holz, FamFG, § 59 Rdnr. 77). Gemäß § 59 FamFG steht die Beschwerde nur demjenigen Antragsberechtigten zu, der durch den Beschluss in seinen Rechten beeinträchtigt ist. Das trifft auf den Beteiligten zu 3 nicht zu, soweit er die Erteilung eines Alleinerbscheins an den Beteiligten zu 1 anstrebt. Im Erbscheinsverfahren ist derjenige in seinen Rechten beeinträchtigt, der geltend macht, dass seine erbrechtliche Stellung in dem Erbschein nicht oder nicht richtig ausgewiesen wird (Keidel/Zimmermann, FamFG, § 352e Rdnr. 126) und das in einem Erbschein bezeugte Erbrecht selbst beansprucht (Palandt/Weidlich, § 2353 Rdnr. 55). Das ist hier jedoch nicht der Fall, denn mit dem Hauptantrag begehrt der Beteiligte zu 3 nicht einen Erbschein, der sein eigenes Erbrecht ausweist, sondern die Alleinerbschaft des Beteiligten zu 1. Die Beschwerde des Beteiligten zu 3 war daher insoweit gemäß § 68 Abs. 2 Satz 2 FamFG als unzulässig zu verwerfen.

21 2. Die Beschwerden sind unbegründet. Das AG hat in dem angefochtenen Beschluss zu Recht den Antrag des Beteiligten zu 1 zurückgewiesen und die Tatsachen, die zur Begründung des Antrags des Beteiligten zu 2 erforderlich sind, für festgestellt erachtet. Auch nach Auffassung des Senats ist der Beteiligte zu 2 Alleinerbe der Erblasserin.

22 a) Maßgeblich ist das gemeinschaftliche Testament, das die Erblasserin zusammen mit ihrem Ehemann am 26.10.2012 errichtet hat. Mit diesem Testament haben Eheleute I ihre gemeinschaftlichen Kinder, den Beteiligten zu 2 und die Ehefrau des Beteiligten zu 1, Frau D Q, zu ihren Schlusserben eingesetzt. Der auf seine vorverstorbene Schwester D Q entfallene Erbanteil ist dem Beteiligten zu 2 angewachsen, mit der Folge, dass er Alleinerbe der Erblasserin ist. Im Einzelnen:

23 aa) In dem gemeinschaftlichen Testament vom 26.10.2012 haben die Erblasserin und ihr Ehemann nicht bloß Vermächtnisse zugunsten ihrer gemeinschaftlichen Kinder angeordnet. Das geht zwar aus dem Wortlaut des Testaments nicht direkt hervor, denn daraus ergibt sich lediglich, dass nach dem Tod des überlebenden Elternteils die Tochter die Immobilie in T1-E und der Beteiligte zu 2 das Haus in I1 bekommen sollte. Bei dieser Zuordnung der beiden Immobilien ist aber nicht von einer Vermächtnisanordnung auszugehen, sondern von einer Einsetzung der gemeinschaftlichen Kinder als (Mit-)Erben. Haben die Ehegatten bei der Bestimmung von Dritten als Erben des längerlebenden Ehegatten nicht eindeutig erklärt, welche erbrechtliche Stellung diesen zukommen soll, muss ihr gemeinsamer Wille durch individuelle Auslegung auf der Grundlage des erklärten Willens beider Eheleute unter Heranziehung aller in Betracht kommenden Umstände ermittelt werden (Palandt/Weidlich, § 2269 Rdnr. 5).

24 (1) Dem steht die Regelung in § 2087 Abs. 2 BGB nicht entgegen, nach der im Zweifel nicht anzunehmen ist, dass Erbe werden soll, wem nur einzelne Gegenstände und nicht das Vermögen des Erblassers zugewendet worden ist. Vorrangig vor der Anwendung der Auslegungsregel des § 2087 Abs. 2 BGB ist nämlich die individuelle Auslegung.

25 Hat der Erblasser testamentarisch Einzelzuwendungen von Gegenständen vorgenommen, ist entgegen § 2087 Abs. 2 BGB regelmäßig von einer Erbeneinsetzung verbunden mit einer Teilungsanordnung und nicht bloß von einem Vermächtnis auszugehen, wenn die Einzelzuwendungen nach Vorstellung des Testierenden bei Testamentserrichtung praktisch das gesamte Vermögen ausmachen. Denn es kann nicht angenommen werden, dass der Erblasser seinen gesamten wesentlichen Nachlass verteilt, ohne einen oder mehrere Erben einsetzen zu wollen (Palandt/Weidlich, § 2087 Rdnr. 6; OLG München, Beschluss vom 21.05.2007, 31 Wx 120/06, juris; OLG Hamm, Beschluss vom 30.12.2014, I-15 W 248/14, juris). Die Einsetzung einer anderen Person als den beiden Kindern der Eheleute I ist in dem Testament nicht erfolgt, sodass es schon deshalb naheliegt, dass die gesetzlichen Erben auch testamentarisch als Erben bedacht werden sollten. Darüber hinaus ist davon auszugehen, dass die testierenden Eheleute die beiden Immobilien als ihr wesentliches Vermögen angesehen

haben, auch wenn nach dem Vorbringen des Beteiligten zu 1 zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung auch erhebliches Barvermögen sowie eine Luxusyacht vorhanden gewesen ist. Dafür, dass die Eheleute I nur ihre Immobilien als den wesentlichen Nachlass angesehen haben, spricht vor allem der Umstand, dass die Immobilien im Testament ausdrücklich bezeichnet sind, während das Barvermögen nicht einmal erwähnt wird. Hinzu kommt, dass nach dem nachvollziehbaren Vortrag des Beteiligten zu 2 die Eltern stets davon ausgegangen sind, dass das Barvermögen infolge etwaiger Pflegebedürftigkeit zum Zeitpunkt des letzten Erbfalls aufgebraucht sein würde. Hinsichtlich der Segelyacht ergibt sich schon aus dem Nachtrag vom 26.06.2007 zu dem Testament vom 14.04.1997, dass die Erblasser nicht sicher gewesen sind, dass diese in den Nachlass fallen würde. Dort heißt es nämlich ausdrücklich:

„Sollte ich zu diesem Zeitpunkt noch eine Segelyacht besitzen (...)“.

Das lässt den Schluss zu, dass die Erblasserin und ihr Ehemann bei Testamentserrichtung davon ausgegangen sind, dass im Nachlass im Wesentlichen die beiden Immobilien vorhanden sein würden, die den gemeinschaftlichen Kindern als (Mit-)Erben zufallen sollten.

26 (2) Dieses Auslegungsergebnis wird auch durch die in dem gemeinschaftlichen Testament enthaltene Pflichtteilsstrafklausel gestützt, nach der dasjenige Kind, das den gemeinsamen letzten Willen der Eltern, sich wechselseitig als Alleinerben des zuerst versterbenden Ehegatten einzusetzen, nicht anerkennt, nur den Pflichtteil bekommen soll. Diese Klausel ist im Sinne einer Einsetzung des Beteiligten zu 2 und seiner Schwester D Q als Schlusserben des überlebenden Ehegatten auszulegen.

27 Die Bestimmung, dass der beiderseitige Nachlass Dritten als Schlusserben zufallen soll, muss nicht ausdrücklich im Testament enthalten sein; sie kann auch im Weg der ergänzenden Auslegung ermittelt werden. Maßgebend ist der Wille beider Ehegatten im Zeitpunkt der Testamentserrichtung. Diesem kommt auch im Falle eines auf einen anderen Sinn hindeutenden Wortlauts der Vorrang zu, sodass der Auslegung durch diesen keine Grenzen gesetzt sind. Insbesondere dann, wenn gemeinsame Kinder vorhanden sind, ist nach den allgemeinen für die Auslegung letztwilliger Verfügungen geltenden Regeln sorgfältig zu prüfen, ob sich der Wille der Ehegatten feststellen lässt, dass das gemeinsame Vermögen nach dem Tode des Längstlebenden an diese fallen soll (OLG München, Beschluss vom 23.02.2015, 31 Wx 459/14, juris).

28 Eine Pflichtteilsstrafklausel stellt regelmäßig ein Indiz dafür dar, dass die pflichtteilsberechtigten Abkömmlinge nach dem Letztversterbenden zu Schlusserben eingesetzt sind, insbesondere dann, wenn es sich – wie hier – um ein privatschriftliches eigenhändiges Testament handelt (jurisPK-BGB/*Reymann*, Stand: 03.04.2020, § 2270 Rdnr. 60 f.). Die Einsetzung der pflichtteilsberechtigten Abkömmlinge als Erben verbirgt sich nach allgemeiner Meinung in einem solchen Fall quasi hinter der Strafklause

(Palandt/*Weidlich*, § 2269 Rdnr. 8). In ihr kommt regelmäßig, wenn auch nicht zwingend allein, so doch mit entsprechenden anderen Hinweisen die Andeutung einer inzidenten Einsetzung der Kinder als Erben des überlebenden Ehegatten zum Ausdruck (MünchKomm-BGB/*Musielak*, 8. Aufl. 2020, § 2269 Rdnr. 14; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 19.01.2006, 14 Wx 28/05, juris).

29 Der Senat teilt die Auffassung des Nachlassgerichts, dass die Eheleute I durch die Pflichtteilsstrafklausel auch zum Ausdruck bringen wollten, dass ihre gemeinschaftlichen Kinder Erben des Überlebenden sein sollten. Der Anordnung, dass der Beteiligte zu 2 die Immobilie in I1 und seine Schwester das Hausgrundstück in T1 erhalten sollen, liegt die Vorstellung zugrunde, dass die gemeinschaftlichen Kinder nach dem Ableben des überlebenden Ehegatten auf das Vermögen der Eheleute Zugriff haben sollten und dass das gesamte beidseitige Vermögen nach dem Ableben des überlebenden Ehegatten auf die Kinder übergehen sollte (vgl. OLG München, Beschluss vom 08.11.2016, 31 Wx 224/16, juris).

30 bb) Der auf Frau D Q entfallende Erbanteil ist dem Beteiligten zu 2 gemäß § 2094 BGB angewachsen. Nach § 2094 Abs. 1 BGB wächst der Erbteil eines Erben, der vor oder nach dem Eintritt des Erbfalls wegfällt, den übrigen Erben an. Das ist hier eingetreten, denn der an Stelle seiner Mutter als Ersatzerbe berufene Beteiligte zu 3 ist infolge der Geltendmachung des Pflichtteils nach dem verstorbenen Ehemann der Erblasserin aufgrund der testamentarischen Pflichtteilsstrafklausel enterbt worden.

31 Dass diese Rechtsfolge von den Eheleuten I gemäß § 2094 Abs. 3 BGB ausgeschlossen sein sollte, lässt sich dem Testament nicht einmal andeutungsweise entnehmen.

32 (1) Der Senat verkennt nicht, dass die Anwachsung gemäß § 2094 BGB ausgeschlossen wird durch die Einsetzung eines Ersatzerben, § 2099 BGB, zu denen im Zweifel auch der Nacherbe gehört, § 2102 Abs. 1 BGB, und bei der Ersatzberufung von Kindeskindern gemäß § 2069 BGB (vgl. Palandt/*Weidlich*, § 2094 Rdnr. 4). Eine Ersatzberufung des Beteiligten zu 3 kommt vorliegend jedoch nicht in Betracht, obwohl nach dem Wortlaut des Testaments vom 26.10.2012, er das seiner Mutter zufallende Hausgrundstück in T1 nach deren Tod bekommen sollte. Es kann offenbleiben, ob darin die Anordnung einer Nacherbschaft zu sehen ist, sodass die Berufung des Beteiligten zu 3 gemäß § 2102 Abs. 1 BGB im Zweifel anzunehmen wäre. Der Beteiligte zu 3 kommt unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt als Erbe der Erblasserin in Betracht.

33 (2) Der Beteiligte zu 3 ist allerdings nicht bereits wegen Erbnunwürdigkeit gemäß § 2339 BGB von der Erbschaft ausgeschlossen. Die Erbnunwürdigkeit führt nicht von Gesetzes wegen und schon gar nicht von selbst zum Verlust des Erbrechts. Dem unwürdigen Erben kann der Erbschaftserwerb nur durch Anfechtungsklage gemäß § 2340 ff. BGB genommen werden. Erst bei einem stattgebenden Urteil gilt der Anfall der Erbschaft an den Unwürdigen als nicht erfolgt (Palandt/*Weidlich*, § 2339 Rdnr. 1). Ungeachtet dessen liegt, wie das AG zutreffend erkannt hat, ein Unwürdigkeitsgrund

nicht vor. Der Beteiligte zu 3 ist nicht gemäß § 2339 Abs. 1 Nr. 1 BGB erbunwürdig, da sich seine Tat nicht gegen die Erblasserin gerichtet hat (vgl. Palandt/*Weidlich*, § 2339 Rdnr. 3).

34 Der Beteiligte zu 3 ist jedoch aufgrund der Pflichtteilsstrafklausel im Testament enterbt, sodass der ihm zukommende Erbteil dem Beteiligten zu 2 angewachsen ist, § 2094 BGB. Es ist anerkannt, dass eine Einsetzung als Schlusserbe entfällt, wenn der in einem Ehegattentestament zum Schlusserven eingesetzte Abkömmling nach dem ersten Todesfall trotz testamentarisch vorgesehener Verwirkungsklausel den Pflichtteil verlangt. Es gilt dann die Anwachsung nach § 2094 BGB als gewollt (jurisPK-BGB/*Ehm*, § 2094 Rdnr. 7; jurisPK-BGB/*Reymann*, 4. Aufl 2008, § 2269 Rdnr. 90; OLG Hamm, Beschluss vom 27.11.2012, I-15 W 134/12, juris). Eine Pflichtteilsstrafklausel, wie sie hier das gemeinschaftliche Testament enthält, ist eine typische letztwillige Anordnung, durch die gemeinschaftlich testierende und sich gegenseitig als Erben, ihre Abkömmlinge als Schlusserven einsetzende Ehegatten sicherstellen wollen, dass dem Überlebenden bis zu seinem Tod der Nachlass ungeschmälert verbleibt und er nicht durch das Pflichtteilsverlangen eines Schlusserven gestört wird. Eine derartige Klausel verfolgt das rechtlich nicht zu beanstandende Ziel, den Nachlass zunächst dem überlebenden Ehegatten ungeschmälert zukommen zu lassen. Im Zusammenhang mit der Schlusservenregelung soll die Verwirkungsklausel auch das Interesse der Ehepartner, insbesondere des Erstversterbenden, daran sichern, dass nicht einer der Abkömmlinge bei der Verteilung des elterlichen Gesamtnachlasses bevorteilt wird. Diese Zwecke sollen dadurch erreicht werden, dass die Schlusserven-Einsetzung der gemeinsamen Kinder unter die auflösende Bedingung eines Verlangens des Pflichtteils nach dem Erstversterbenden gestellt wird. Verlangt ein Schlusserbe den Pflichtteil nach dem ersten Todesfall, so entfällt seine Einsetzung als Schlusserbe (OLG München, Beschluss vom 11.12.2018, 31 Wx 374/17, juris; jurisPK-BGB/*Reymann*, § 2269 Rdnr. 90).

35 Die Beteiligten zu 1 und 3 können nicht damit gehört werden, dass die Verwirkungsklausel nicht eingreife, weil nicht die Tochter der Eheleute I davon Gebrauch gemacht hat, sondern der Beteiligte zu 1 als deren Erbe, der schriftlich gegenüber der Erblasserin das Verlangen, den Pflichtteil nach dem verstorbenen Ehemann der Erblasserin auch im Namen des Beteiligten zu 3 zu erhalten, gestellt hat.

36 Welche konkreten Voraussetzungen für die Verwirklichung der Pflichtteilsausschlussklausel erfüllt sein müssen, hängt im Einzelfall von der Gestaltung bzw. Formulierung und dem Willen der Erblasser ab, der ggf. im Wege der Auslegung festzustellen ist. Nach ihrem Wortlaut soll die Verwirkungsklausel zwar dann eingreifen, wenn „eines (der gemeinsamen) Kinder (...) (den) letzten Willen nicht anerkennt(t)“. Dies schließt jedoch eine Auslegung nicht aus, nach der die Klausel auch dann eingreift, wenn das Pflichtteilsverlangen, wie im vorliegenden Fall, durch Dritte gestellt wird. Es ist nämlich wahrscheinlich, dass die Eheleute I den Fall, dass eines ihrer Kinder vor ihnen verstirbt, nicht bedacht haben.

37 Setzen sich Ehegatten gegenseitig zum Erben und ihre Kinder zu Schlusserven ein, so wollen sie mit einer Verwirkungsklausel den überlebenden Partner davor schützen, dass er nach dem Tod des Erstversterbenden persönlichen und wirtschaftlichen Belastungen ausgesetzt ist, die sich aus der Geltendmachung eines Pflichtteilsanspruchs durch einen Abkömmling ergeben können. Nach der Lebenserfahrung ist dieser Schutz auch gewollt, wenn der Pflichtteilsanspruch nicht vom Abkömmling selbst, sondern von einem Dritten geltend gemacht wird, der – wie hier – im Wege der Erbfolge an die Stelle des Abkömmlings getreten ist. Wenn sich die Ehegatten veranlasst sehen, den Überlebenden vor Pflichtteilsansprüchen ihrer Kinder zu schützen, so wollen sie diesen Schutz vernünftigerweise erst recht, wenn der Pflichtteilsanspruch auf den Ehegatten eines ihrer Abkömmlinge übergegangen und von diesem geltend gemacht werden kann. Auch sonst ist kein Grund ersichtlich, der die Auslegung der Beteiligten zu 1 und 3 tragen würde, mit der Klausel seien nur die Kinder selbst gemeint (vgl. BayObLG, Beschluss vom 18.09.1995, 1 Z BR 34/94, juris).

38 Das schriftliche Verlangen des Beteiligten zu 1 gegenüber der Erblasserin reicht mithin für das Eingreifen der Pflichtteilsstrafklausel aus. Demgegenüber kann sich der Beteiligte zu 1 nicht darauf berufen, er habe das Verlangen im Einvernehmen mit der Erblasserin gestellt, um diese in den Genuss von Vorteilen hinsichtlich der nach dem Tod ihres Ehemannes anfallenden Erbschaftsteuer kommen zu lassen. Dabei kann dahinstehen, ob der durchaus naheliegende Einwand des Beteiligten zu 2 zutreffend ist, dass angesichts der auf die Erblasserin entfallenden Freibeträge Erbschaftsteuer nicht zu entrichten gewesen wäre.

39 Enthält das Testament keine ausdrückliche Regelung, bedarf es der Testamentsauslegung im Einzelfall, um das Eingreifen der Strafstrafklausel zu beurteilen. Vorliegend lassen sich der Verwirkungsklausel keine Anhaltspunkte dafür entnehmen, dass sie in dem Fall, dass der Pflichtteil einvernehmlich mit dem überlebenden Ehegatten verlangt wird, nicht eingreift. In der Rechtsprechung wird einem solchen Einvernehmen regelmäßig keine Bedeutung beigemessen (OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 02.08.2010, 20 W 49/09, FamRZ 2011, 592-594).

40 Die Sanktionsklausel dient – wie oben dargelegt – nicht nur dem Schutz des länger lebenden Ehegatten, indem ihm bis zu seinem Tod der Nachlass ungeschmälert verbleibt und er nicht durch das Pflichtteilsverlangen eines Schlusserven gestört wird. Sie schützt auch das Interesse der Ehegatten daran, dass nicht einer der Abkömmlinge bei der Verteilung des elterlichen Gesamtnachlasses bevorteilt wird. Schließlich soll die Klausel im vorliegenden Fall insbesondere das loyale Kind, das den elterlichen Willen „anerkennt“, wie es in dem Testament heißt, belohnen bzw. das illoyale Kind durch Enterbung bestrafen. Wenn aber solche weitergehenden Ziele verfolgt werden, erscheint es gerechtfertigt, die Pflichtteilsstrafklausel auch in dem Fall eingreifen zu lassen, in dem der Pflichtteil im Einvernehmen mit dem Erblasser verlangt wird (jurisPK-BGB/*Reymann*, § 2269 Rdnr. 163). Weitergehende subjektive Voraussetzungen für die Verwirkung des Erbrechts lassen sich der Klausel

sel ebenfalls nicht entnehmen, sodass es unerheblich ist, ob die Beteiligten zu 1 und 3 sich bewusst waren, dass sie gegen die Klausel verstießen oder ob sie mit den Folgen einverstanden waren. (vgl. OLG Frankfurt a. M., a. a. O.).

41 cc) Der Beteiligte zu 2 ist entgegen der Ansicht des Beteiligten zu 3 nicht aufgrund der Pflichtteilsstrafklausel selbst enterbt worden. Der Senat vermag der Auffassung des Beteiligten zu 3, der Beteiligte zu 2 habe sein Erbe dadurch verwirkt, dass er in dem beim AG Hamm geführten Erbscheinsverfahren betreffend den Nachlass des Ehemannes der Erblasserin beantragt hatte, den seinerzeit von der Erblasserin gestellten Erbscheinsantrag zurückzuweisen und die Ansicht vertreten hatte, es sei eine Vor- und Nacherbschaft gewollt gewesen. Nach ihrem Wortlaut sollte die testamentarische Klausel eingreifen, wenn eines der Kinder den gemeinsamen Willen der Erblasser nicht „anerkennt“. Dass der Beteiligte zu 2 den Willen der Eltern nicht „anerkennen“ wollte, lässt sich seinem Verhalten im Erbscheinsverfahren indessen nicht entnehmen. Bei einem Berliner Testament ist stets durch Auslegung zu ermitteln, ob die Eheleute Vor- und Nacherbfolge angeordnet haben oder ob sie sich wechselseitig zu Vollerben eingesetzt haben (Palandt/*Weidlich*, § 2269 Rdnr. 5 ff.). Offensichtlich ging es dem Beteiligten zu 2 in dem Verfahren lediglich um die rechtliche Klärung der Frage, welche der beiden Auslegungsmöglichkeiten vorzuziehen war. Dass der Beteiligte zu 2 den vom AG in dem Feststellungsbeschluss vom 30.06.2016 ermittelten Willen des Erblassers sodann nicht anerkannt hat, sodass von einem treuwidrigen Verhalten des Beteiligten zu 2 auszugehen wäre, ist für den Senat jedenfalls nicht erkennbar.

42 b) Die Schlusserbeneinsetzung in dem Testament vom 26.10.2012 ist nicht durch das notarielle Testament der Erblasserin vom 25.11.2016 widerrufen worden, § 2258 BGB, auch wenn darin anstelle der ehedem gemeinschaftlichen Kinder ausdrücklich der Beteiligte zu 1 als Schwiegersohn zum Alleinerben bestimmt und zugunsten des Beteiligten zu 2 lediglich ein Vermächtnis entsprechend der Teilungsanordnung in dem gemeinschaftlichen Testament angeordnet worden ist.

43 aa) Es bestehen bereits Zweifel an der Testierfähigkeit der Erblasserin zum Zeitpunkt der Beurkundung des notariellen Testaments. Diese ergeben sich aus dem Beschluss des LG Arnsberg vom 05.04.2018, in dem festgestellt worden ist, dass die Erblasserin zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung geschäftsunfähig gewesen sei. Die Erblasserin sei aufgrund einer progredienten demenziellen Entwicklung nicht mehr in der Lage gewesen, die am selben Tag dem Beteiligten zu 1 ausgestellte Vollmacht wirksam zu erteilen. Ob die Erblasserin deshalb auch testierunfähig im Sinne des § 2229 BGB gewesen ist, braucht der Senat indessen nicht weiter aufzuklären, § 26 FamFG. Die Unwirksamkeit des notariellen Testaments steht zur Überzeugung des Senats bereits aus Rechtsgründen fest.

44 bb) Das Recht zum Widerruf des gemeinschaftlichen Testaments war mit dem Tod des Ehemannes der Erblasserin bereits erloschen, § 2271 Abs. 2 BGB, sodass die Erblasserin das notarielle Testament nicht mehr wirksam

beurkunden lassen konnte. Bei der die Schlusserbeneinsetzung beinhaltenden Pflichtteilsstrafklausel in dem gemeinschaftlichen Testament handelt es sich um eine wechselbezügliche und damit erbrechtlich bindende Verfügung im Sinne des § 2270 BGB.

45 Erbrechtlich bindet eine Pflichtteilsstrafklausel den Überlebenden immer dann, wenn sie neben der negativen Komponente (Verlust der Erbenstellung) eine positive Verfügung hinsichtlich des frei gewordenen Erbteils in Gestalt einer erbrechtlich bindenden Verfügung von Todes wegen enthält (zum Beispiel Erbeinsetzung). Gelangt man bei der Auslegung des gemeinschaftlichen Testaments – wie im vorliegenden Fall – zu dem Ergebnis, dass sich hinter der Pflichtteilsstrafklausel auch eine Schlusserbeneinsetzung der gemeinschaftlichen Kinder verbirgt, so kann diese Schlusserbeneinsetzung ggf. als wechselbezügliche Verfügung im Sinne der §§ 2270, 2271 BGB auszulegen sein. In diesem Fall geht die Pflichtteilsstrafklausel in der (wechselbezüglichen) „Schlusserbeneinsetzung“ auf (jurisPK-BGB/*Reymann*, § 2270 Rdnr. 62).

46 Hiervon ist auch im vorliegenden Fall auszugehen. Bei der Schlusserbeneinsetzung handelt es sich um wechselbezügliche Verfügungen beider Ehegatten nach § 2270 Abs. 1 BGB. Denn bei einem sog. Berliner Testament nach § 2269 BGB – wie es hier, was die Auslegung ergeben hat, in Rede steht – ist die Einsetzung des Schlusserben durch den Überlebenden im Verhältnis zu seiner Einsetzung als Alleinerben durch den Erstverstorbenen regelmäßig wechselbezüglich, denn die Auslegungsregel des § 2270 Abs. 2 Fall BGB umfasst auch gemeinsame Kinder (statt aller Palandt/*Weidlich*, § 2270 Rdnr. 5, 8 m. N.). Anhaltspunkte, dass die Testierenden hier Gegenteiliges gewollt haben könnten, sind nicht ersichtlich (vgl. OLG Düsseldorf, FamRZ 2019, 484). Schließlich steht dem nicht entgegen, dass die Tochter D Q vorverstorben ist und ihr Erbteil dem Beteiligten zu 2 angewachsen ist, denn die Bindungswirkung wechselbezüglicher Verfügung in einem gemeinschaftlichen Ehegattentestament erstreckt sich auch auf die Anwachsung für Miterben in der Schlusserbfolge, die sich aus einem Pflichtteilsverlangen nach dem erstverstorbenen Ehegatten aufgrund einer Pflichtteilsstrafklausel ergibt (OLG Hamm, FamRZ 2013, 1066-1067).

47 Die Kostenentscheidung beruht auf § 84 FamFG. Die Voraussetzungen für die Zulassung der Rechtsbeschwerde nach § 70 Abs. 2 FamFG liegen nicht vor.

HANDELSRECHT, GESELLSCHAFTSRECHT, REGISTERRECHT

13. Geltung der Mindestanforderungen an die Wirksamkeit von Schiedsvereinbarungen im Personengesellschaftsrecht nur bei gegen die Gesellschaft zu richtenden Beschlussmängelklagen – Schiedsfähigkeit IV

BGH, Beschluss vom 23.09.2021, I ZB 13/21 (Vorinstanz: OLG Köln, Beschluss vom 04.01.2021, 19 SchH 38/20)

BGB § 138 Abs. 1, § 139

LEITSÄTZE:

1. Die zur Gesellschaft mit beschränkter Haftung entwickelten Mindestanforderungen für die Wirksamkeit von Schiedsvereinbarungen, die Beschlussmängelstreitigkeiten erfassen (vgl. BGH, Urteil vom 06.04.2009, II ZR 255/08, BGHZ 180, 221 Rdnr. 20 – Schiedsfähigkeit II), gelten auch für Personengesellschaften, bei denen der Gesellschaftsvertrag vorsieht, dass Beschlussmängelstreitigkeiten nicht unter den Gesellschaftern, sondern mit der Gesellschaft auszutragen sind (Abgrenzung zu BGH, Beschluss vom 06.04.2017, I ZB 23/16, SchiedsVZ 2017, 194, Rdnr. 24 bis 26 – Schiedsfähigkeit III).
2. Im Zweifel lässt eine Schiedsvereinbarung, die alle Streitigkeiten aus dem Gesellschaftsverhältnis umfasst, auf den Willen der Vertragsparteien schließen, im Falle ihrer Teilnichtigkeit nicht vollständig von ihr Abstand zu nehmen, sondern sie im zulässigen Umfang aufrechtzuerhalten.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. An der mit Gesellschaftsvertrag vom 23.09.1997 (nachfolgend: Gesellschaftsvertrag) gegründeten S mbH und Co. KG (nachfolgend: Gesellschaft) waren ursprünglich die Antragsgegnerin zu 1 – eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung – als persönlich haftende Gesellschafterin sowie der Vater der Antragsteller und der Vater des Antragsgegners zu 2 als Kommanditisten mit einer Kommanditeinlage von jeweils 50.000 DM beteiligt. Der eine Kommanditanteil wurde später zu gleichen Teilen auf die drei Antragsteller übertragen, der andere auf den Antragsgegner zu 2.

2 § 11 des Gesellschaftsvertrags lautet auszugsweise:

„(2) Die Gesellschafterversammlung ist zumindestens einmal jährlich von der persönlich haftenden Gesellschafterin einzuberufen. Die Einberufung erfolgt schriftlich. Der Brief ist an die Gesellschafter wenigstens drei Wochen vor dem Sitzungstag abzusenden und muss die Tagesordnung enthalten. (...)“

(10) Über die in der Gesellschafterversammlung gefassten Beschlüsse wird ein Protokoll geführt. (...) Das Protokoll gilt als anerkannt, wenn nicht innerhalb einer Frist von zwei Wochen schriftlich Einspruch bei der Gesellschaft erhoben worden ist.

(11) Beschlüsse der Gesellschafterversammlung können nur binnen zwei Monaten nach Zugang des Protokolls angefochten werden.“

3 § 19 des Gesellschaftsvertrags enthält unter der Überschrift „Schiedsgericht“ die folgende Regelung:

„Alle Streitigkeiten aus dem Gesellschaftsverhältnis zwischen den Gesellschaftern untereinander oder zwischen den Gesellschaftern und der Gesellschaft werden unter Ausschluss des ordentlichen Rechtsweges durch ein Schiedsgericht entschieden. Dies gilt auch für Meinungsverschiedenheiten über die Wirksamkeit des Gesellschaftsvertrages und einzelner seiner Bestimmungen und für Gestaltungsklagen [...] sowie für Meinungsverschiedenheiten über die Wirksamkeit und Auslegung dieser Schiedsgerichtsvereinbarung.“

4 In § 20 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrags ist bestimmt:

„Sollten einzelne Bestimmungen dieses Vertrages oder Teile von Bestimmungen nichtig oder unwirksam sein oder werden, so wird die Wirksamkeit der übrigen Bestimmungen dadurch nicht berührt. Die betreffende Bestimmung ist durch eine solche zu ersetzen, durch die der erstrebte wirtschaftliche und rechtliche Zweck weitgehend erreicht wird.“

5 Am 23.09.1997 schlossen die Gründungsgesellschafter unter einleitender Bezugnahme auf den Gesellschaftsvertrag einen Schiedsvertrag, der in seinem § 1 eine mit § 19 des Gesellschaftsvertrags gleichlautende Regelung enthält.

6 Aufgrund seit Jahren bestehender Differenzen zwischen den Gesellschafterfamilien betreiben die Antragsgegner den Ausschluss des Antragstellers zu 3 aus der Gesellschaft. Sie haben eine Schiedsklage eingereicht und beantragt, die Antragsteller zu 1 und 2 zu verurteilen, die Zustimmung zum Ausschluss des Antragstellers zu 3 aus der Gesellschaft zu erteilen sowie den Antragsteller zu 3 aus wichtigem Grund aus der Gesellschaft auszuschließen. Die Antragsteller haben die Unzuständigkeit des Schiedsgerichts gerügt. Das Schiedsgericht hat sich mit Zwischenentscheid vom 25.08.2020 für zuständig erklärt, über den angekündigten Sachantrag zu entscheiden.

7 Auf Antrag der Antragsteller hat das OLG den Zwischenentscheid aufgehoben und festgestellt, dass das Schiedsgericht zur Entscheidung über die in der Schiedsklage angekündigten Anträge unzuständig ist. Hiergegen richtet sich die Rechtsbeschwerde der Antragsgegner, deren Zurückweisung die Antragsteller beantragen.

8 II. Das OLG hat angenommen, die in § 19 des Gesellschaftsvertrags und § 1 des Schiedsvertrags vereinbarten Schiedsvereinbarungen seien aufgrund der Einbeziehung von Beschlussmängelstreitigkeiten gemäß § 138 Abs. 1 BGB sittenwidrig, weil sie den Mindestanforderungen nach der Rechtsprechung des BGH nicht genügten. Sie seien auch bei entsprechender Anwendung des § 139 BGB insgesamt nichtig. Der Wortlaut der Schiedsvereinbarungen, wonach „alle“ Streitigkeiten aus dem Gesellschaftsverhältnis einer Entscheidung durch das Schiedsgericht zugeführt werden

sollten, gebe Aufschluss darüber, dass vor allem eine einheitliche Regelung für sämtliche Streitigkeiten bezweckt gewesen sei. Aufgrund der Nichtigkeit der Schiedsvereinbarungen sei das Schiedsgericht für die von den Antragsgegnern beabsichtigte Ausschließungsklage nicht zuständig.

9 III. Die Rechtsbeschwerde ist statthaft (§ 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, § 1065 Abs. 1 Satz 1, § 1062 Abs. 1 Nr. 2 Fall 2, § 1040 Abs. 3 Satz 2 ZPO) und auch sonst zulässig (§ 574 Abs. 2, § 575 ZPO). Sie ist zudem begründet.

10 1. Im Ergebnis ohne Erfolg rügt die Rechtsbeschwerde, dass das OLG die Schiedsvereinbarungen in § 19 des Gesellschaftsvertrags und § 1 des Schiedsvertrags hinsichtlich der Einbeziehung von Beschlussmängelstreitigkeiten für unwirksam gehalten hat, weil sie den Mindestanforderungen nach der Rechtsprechung des BGH nicht genügen.

11 a) Das OLG hat ausgeführt, die Mindestanforderungen, denen die Schiedsvereinbarungen nach der zur Gesellschaft mit beschränkter Haftung ergangenen Rechtsprechung des BGH unterlägen, seien im Streitfall nicht erfüllt. Diese gälten auch für Personengesellschaften, weil – über die entsprechend anwendbaren § 248 Abs. 1 Satz 1, § 249 Abs. 1 Satz 1 AktG – unbeteiligte Gesellschafter von der Rechtskraftwirkung einer Entscheidung in Beschlussmängelstreitigkeiten betroffen seien. Vorliegend komme es infolge der in § 11 Abs. 11 des Gesellschaftsvertrags vorgesehenen Anfechtung von Gesellschafterbeschlüssen zu einer solchen Rechtskraftwirkung auf unbeteiligte Gesellschafter. Durch diese Regelung werde die für die Personengesellschaft typische Feststellungsklage zwischen den Gesellschaftern ausgeschlossen und würden die Gesellschafter darauf verwiesen, den Streit im Wege der „Anfechtung“ mit der Gesellschaft selbst auszutragen. Die erforderlichen weiteren Anhaltspunkte für eine Übernahme des kapitalgesellschaftlichen Regimes lägen mit § 11 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrags vor, der sich an § 51 Abs. 1 GmbHG anlehne und § 51 Abs. 2 GmbHG entspreche.

12 Selbst wenn man annehme, die Anfechtungsklage sei nicht vereinbart, sondern Beschlussmängelstreitigkeiten seien mittels Feststellungsklage zu führen, ergebe sich nichts Anderes. Aus § 11 Abs. 10 Satz 2 [gemeint: 3] und Abs. 11 des Gesellschaftsvertrags folge, dass eine solche Feststellungsklage gegen die Gesellschaft zu führen wäre, sodass ein hierauf ergehendes Urteil zwar keine Rechtskraftwirkung gegenüber den Gesellschaftern entfaltet, diese jedoch schuldrechtlich verpflichtet wären, sich daran zu halten.

13 Diese Beurteilung ist zwar nicht frei von Rechtsfehlern, hält der Nachprüfung im Rechtsbeschwerdeverfahren aber im Ergebnis stand.

14 b) Die zur Gesellschaft mit beschränkter Haftung entwickelten Mindestanforderungen für die Wirksamkeit von Schiedsvereinbarungen, die Beschlussmängelstreitigkeiten erfassen (vgl. BGH, Urteil vom 06.04.2009, II ZR 255/08, BGHZ 180, 221 Rdnr. 20 – Schiedsfähigkeit II; Urteil vom 26.06.2018, II ZR 205/16, NJW 2018, 3014 Rdnr. 15 bis 19), gelten auch für Personengesellschaften, bei denen der Gesellschaftsvertrag vorsieht, dass Beschlussmängelstreitig-

keiten nicht unter den Gesellschaftern, sondern mit der Gesellschaft auszutragen sind.

15 aa) Zu den genannten Mindestanforderungen gehört insbesondere, dass neben den Gesellschaftsorganen jeder Gesellschafter über die Einleitung und den Verlauf des Schiedsverfahrens informiert und dadurch in die Lage versetzt werden muss, dem Verfahren zumindest als Nebenintervenient beizutreten. Sämtliche Gesellschafter müssen an der Auswahl und Bestellung der Schiedsrichter mitwirken können, sofern nicht die Auswahl durch eine neutrale Stelle erfolgt; dabei kann bei Beteiligung mehrerer Gesellschafter auf einer Seite des Streitverhältnisses das Mehrheitsprinzip Anwendung finden. Weiter muss gewährleistet sein, dass alle denselben Streitgegenstand betreffenden Beschlussmängelstreitigkeiten bei einem Schiedsgericht konzentriert werden (vgl. BGHZ 180, 221 Rdnr. 20 – Schiedsfähigkeit II).

16 bb) Der Senat hat in einem Beschluss vom 06.04.2017 ausgeführt, dass diese Anforderungen jedenfalls im Grundsatz auch für Personengesellschaften wie Kommanditgesellschaften gelten, sofern bei diesen gegenüber Kapitalgesellschaften keine Abweichungen geboten sind (I ZB 23/16, SchiedsVZ 2017, 194 Rdnr. 24 bis 26 – Schiedsfähigkeit III; ebenso BGH, Beschluss vom 06.04.2017, I ZB 32/16, SchiedsVZ 2017, 197 Rdnr. 21 bis 23). Dies hat er damit begründet, dass die Anforderungen aus den grundlegenden Maßstäben des § 138 BGB und des Rechtsstaatsprinzips entwickelt worden sind und die Kommanditisten einer Kommanditgesellschaft ebenso wie die Gesellschafter einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung vor Benachteiligung und Entziehung des notwendigen Rechtsschutzes bewahrt werden müssen (BGH, SchiedsVZ 2017, 194 Rdnr. 26 – Schiedsfähigkeit III unter Verweis auf BGHZ 180, 221 Rdnr. 17 f. – Schiedsfähigkeit II). Der Beschluss vom 06.04.2017 ist im Schrifttum auf Kritik gestoßen (vgl. *Bryant*, SchiedsVZ 2017, 196, 197; *Borris*, NZG 2017, 761, 763 bis 766; *Nolting*, ZIP 2017, 1641, 1642 bis 1644; *Baumann/Wagner*, BB 2017, 1993, 1994 bis 1997; *Göz/Peitsmeyer*, SchiedsVZ 2018, 7, 11 f.; *Werner*, jM 2018, 134, 135; *Schlüter*, DZWIR 2018, 251, 256 f.; *Heinrich*, ZIP 2018, 411, 412 bis 414; *Lieder*, NZG 2018, 1321, 1330 f.; *Otto*, ZGR 2019, 1082, 1111; mit ähnlicher Auffassung vor Erlass des Beschlusses *von Hase*, BB 2011, 1993, 1995 f.; *Hauschild/Böttcher*, DNotZ 2012, 577, 587 f.; *Sackmann*, NZG 2016, 1041, 1042 f.; mit anderem Ansatz *K. Schmidt*, NZG 2018, 124 bis 127).

17 cc) Eine Abweichung von den zur Gesellschaft mit beschränkter Haftung für die Wirksamkeit von Schiedsvereinbarungen über Beschlussmängelstreitigkeiten entwickelten Anforderungen ist geboten, soweit Beschlussmängelstreitigkeiten nach dem Gesellschaftsvertrag der Kommanditgesellschaft mit den Mitgesellschaftern auszutragen sind. Bei Personengesellschaften wird die Nichtigkeit eines Beschlusses der Gesellschafterversammlung durch Erhebung einer Feststellungsklage gegen die Mitgesellschafter geltend gemacht, wenn der Gesellschaftsvertrag nichts anderes bestimmt (vgl. BGH, Urteil vom 30.06.1966, II ZR 149/64, BB 1966, 1169, juris Rdnr. 11; Urteil vom 15.11.1982, II ZR 62/82, BGHZ 85, 350, 353, juris

Rdnr. 13; Urteil vom 01.03.2011, II ZR 83/09, NJW 2011, 2578 Rdnr. 19 m. w. N.; zum erforderlichen Feststellungsinteresse vgl. BGH, Urteil vom 07.02.2012, II ZR 230/09, NZG 2012, 625 Rdnr. 24; Urteil vom 09.04.2013, II ZR 3/12, NZG 2013, 664 Rdnr. 10). Das im Rechtsstreit ergehende Urteil entfaltet keine Bindungswirkung gegenüber den nicht am Verfahren beteiligten Mitgesellschaftern (vgl. BGH, Urteil vom 15.06.1959, II ZR 44/58, BGHZ 30, 195, 196 bis 200, juris Rdnr. 17 bis 25; Urteil vom 25.10. II ZR 115/09, NJW-RR 2011, 115 Rdnr. 30; Beschluss vom 16.04.2015, I ZB 3/14, NJW 2015, 3234 Rdnr. 16 und 19 bis 22). Die Gefahr, dass Gesellschafter durch ein Urteil gebunden werden, ohne zuvor auf das Verfahren Einfluss nehmen zu können, besteht angesichts dessen nicht. Soweit dem Beschluss vom 06.04.2017 (SchiedsVZ 2017, 194 – Schiedsfähigkeit III) Gegenteiliges zu entnehmen sein sollte, hält der Senat daran nicht fest.

18 dd) Anders verhält es sich jedoch dann, wenn der Gesellschaftsvertrag einer Personengesellschaft bestimmt, dass Beschlussmängel durch eine Klage gegenüber der Gesellschaft geltend zu machen sind (vgl. *Sackmann*, NZG 2016, 1041, 1044 bis 1046; *Bryant*, SchiedsVZ 2017, 196, 197; *Borris*, NZG 2017, 761, 765; *Baumann/Wagner*, BB 2017, 1993, 1995 bis 1997; *Göz/Peitsmeyer*, SchiedsVZ 2018, 7, 12 f.; *Schlüter*, DZWIR 2018, 251, 256 f.; *Heinrich*, ZIP 2018, 411, 414; *Lieder*, NZG 2018, 1321, 1330 f.; a. A. *Nolting*, ZIP 2017, 1641, 1644 f.; *Otto*, ZGR 2019, 1082, 1119; zur Zulässigkeit einer solchen Gestaltung vgl. BGH, BB 1966, 1169, juris Rdnr. 11; NJW 2011, 2578 Rdnr. 19).

19 Zwar gelten die Regelungen zur Rechtskrafterstreckung nach § 248 Abs. 1 Satz 1, § 249 Abs. 1 Satz 1 AktG, die auf die Gesellschaft mit beschränkter Haftung entsprechend anwendbar sind, auch in diesem Fall bei Personengesellschaften nicht. Allerdings sind die Mitgesellschafter nach der Rechtsprechung des BGH schuldrechtlich verpflichtet, sich an die im Rechtsstreit gegen die Gesellschaft ergehende Entscheidung zu halten (vgl. BGH, BB 1966, 1169, juris Rdnr. 11; Urteil vom 11.12.1989, II ZR 61/89, NJW-RR 1990, 474, 475, juris Rdnr. 11; Urteil vom 17.07.2006, II ZR 242/04, NJW 2006, 2854 Rdnr. 15). Ein Schiedsspruch hat unter den Parteien die Wirkungen eines rechtskräftigen gerichtlichen Urteils (§ 1055 ZPO). Ist die Schiedsklage gegen die Gesellschaft und nicht gegen die Mitgesellschafter zu richten, entsteht für die Mitgesellschafter somit eine Gefahr der Benachteiligung und Entziehung des notwendigen Rechtsschutzes.

20 Diese Gefahr kann durch die Annahme einer Informationspflicht der Gesellschaft gegenüber den Mitgesellschaftern (hierzu vgl. *Göz/Peitsmeyer*, SchiedsVZ 2018, 7, 10; für Klagen vor den staatlichen Gerichten vgl. auch § 113 Abs. 3 HGB in der ab 01.01.2024 geltenden Fassung des Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts vom 10.08.2021, BGBl. I, S. 3436) nicht ausgeräumt werden. Allein dadurch wird nicht gewährleistet, dass die Mitgesellschafter an der Auswahl und Bestellung der Schiedsrichter mitwirken und dem Verfahren zumindest als Nebenintervenienten beitreten können (zur diesbezüglichen Ermessensentscheidung des Schiedsgerichts vgl. *Schwab/Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Aufl., Kap. 16 Rdnr. 18; *Musielak/Voit/Voit*, ZPO,

18. Aufl., § 1042 Rdnr. 11; *Stein/Jonas/Schlosser*, ZPO, 23. Aufl., § 1042 Rdnr. 95; *Göz/Peitsmeyer*, SchiedsVZ 2018, 7, 12). Auch die mangels Verfahrenskonzentration bestehende Möglichkeit sich widersprechender Entscheidungen wird durch eine Informationspflicht nicht beseitigt.

21 c) Die vom OLG vorgenommene Auslegung des Gesellschaftsvertrags, nach der die Gesellschafter Beschlussmängelstreitigkeiten mit der Gesellschaft auszutragen haben, ist im Ergebnis nicht zu beanstanden.

22 aa) Ob eine Klage auf Feststellung der Nichtigkeit eines Gesellschafterbeschlusses gegen die Mitgesellschafter oder die Gesellschaft zu richten ist, ist durch Auslegung des Gesellschaftsvertrags zu ermitteln. Soweit keine Publikumsgesellschaft betroffen ist, gelten bei einer Personengesellschaft hierfür die allgemeinen Regeln der §§ 133, 157 BGB (vgl. BGH, Urteil vom 15.11.2011, II ZR 266/09, BGHZ 191, 293 Rdnr. 17; Urteil vom 21.10.2014, II ZR 84/13, BGHZ 203, 77 Rdnr. 15). Die Auslegung ist dem Tatgericht vorbehalten und vom Rechtsbeschwerdegericht grundsätzlich nur auf Verfahrensfehler oder Verstöße gegen anerkannte Auslegungsgrundsätze, Denkgesetze oder Erfahrungssätze überprüfbar (vgl. BGH, NJW-RR 1990, 474, 475, juris Rdnr. 12; NJW 2011, 2578 Rdnr. 20; Urteil vom 22.09.2020, II ZR 141/19, ZIP 2020, 2217 Rdnr. 30). Ein Verstoß gegen anerkannte Auslegungsgrundsätze kann auch dann gegeben sein, wenn das Tatgericht den Grundsatz der interessengerechten Auslegung missachtet (vgl. BGH, Urteil vom 17.12.2020, I ZR 239/19, GRUR 2021, 721 Rdnr. 19 = WRP 2021, 761 – Verjährungsverzicht) oder nicht alle für die Auslegung wesentlichen Umstände berücksichtigt (vgl. BGH, Urteil vom 17.12.2020, I ZR 228/19, GRUR 2021, 714 Rdnr. 25 = WRP 2021, 633 – Saints Row).

23 Nach der Rechtsprechung des BGH weist die Vereinbarung einer Anfechtungsfrist auf die Übernahme des kapitalgesellschaftlichen Systems auch hinsichtlich der Gesellschaft als Klagegegner hin; allein die Verwendung des Worts „Anfechtung“ zwingt aber nicht dazu, einen Gesellschaftsvertrag so auszulegen (vgl. BGH, NJW-RR 1990, 474, 475, juris Rdnr. 13 und 15; Urteil vom 13.02.1995, II ZR 15/94, NJW 1995, 1218, juris Rdnr. 8; Urteil vom 24.03.2003, II ZR 4/01, NJW 2003, 1729, juris Rdnr. 11; NJW 2006, 2854 Rdnr. 14; NJW 2011, 2578 Rdnr. 21). Auch die weiteren Regelungen des Gesellschaftsvertrags sind in den Blick zu nehmen (vgl. BGH, NJW 2003, 1729, juris Rdnr. 12; NJW 2006, 2854 Rdnr. 14). Bei einer GmbH & Co. KG können Unterschiede in der Formulierung der Gesellschaftsverträge für die KG und die GmbH für die Auslegung von Bedeutung sein (vgl. BGH, NJW 2011, 2578 Rdnr. 21 m. w. N.).

24 bb) Entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde (unter Berufung auf *Sackmann*, NZG 2016, 1041, 1045) gelten diese für die Frage der Passivlegitimation bei Beschlussmängelstreitigkeiten entwickelten Auslegungsgrundsätze auch für die im Streitfall zur Beurteilung der Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung vorzunehmende Auslegung. Der Umstand, dass die Bestimmung der Passivlegitimation – unter Umständen auch über den Bereich der Beschlussmängelstreitigkeiten hinaus – Einfluss auf die Wirksamkeit der

Schiedsvereinbarung nimmt, ist als Gesichtspunkt bei der Auslegung des Gesellschaftsvertrags zu berücksichtigen.

25 cc) Die Beurteilung des OLG, dass die Gesellschafter Beschlussmängelstreitigkeiten mit der Gesellschaft auszutragen haben, ist im Ergebnis nicht zu beanstanden.

26 (1) Entgegen der Ansicht des OLG ist es zwar nicht möglich, im Gesellschaftsvertrag einer Kommanditgesellschaft eine Übernahme des kapitalgesellschaftlichen Regimes dergestalt zu vereinbaren, dass die Gesellschafter Beschlussmängel durch eine gegen die Gesellschaft zu richtende Anfechtungsklage geltend zu machen haben, die zu einem Gestaltungsurteil mit einer den § 248 Abs. 1 Satz 1, § 249 Abs. 1 Satz 1 AktG entsprechenden Rechtskraftwirkung gegen alle Gesellschafter führt. Wenn dem Gesellschaftsvertrag durch Auslegung zu entnehmen ist, dass Beschlussmängel durch eine Klage gegenüber der Gesellschaft geltend zu machen sind, entsteht für die Mitgesellschafter lediglich eine schuldrechtliche Verpflichtung, sich an die im Rechtsstreit gegen die Gesellschaft ergehende Entscheidung zu halten (vgl. hierzu bereits Rdnr. 19).

27 (2) Jedoch hält die Beurteilung des OLG, selbst wenn man annehme, die Anfechtungsklage sei nicht vereinbart, seien Beschlussmängelstreitigkeiten gegen die Gesellschaft zu führen, der rechtlichen Nachprüfung stand. Das OLG hat sich für seine Auslegung des Gesellschaftsvertrags auf den in § 11 Abs. 11 verwendeten Begriff der „Anfechtung“ und die dort geregelte Frist von zwei Monaten ab Zugang des Protokolls für die Geltendmachung von Beschlussmängeln gestützt. Es hat ferner darauf abgestellt, dass Einsprüche gegen das Protokoll der Gesellschafterversammlung nach § 11 Abs. 10 Satz 3 gegen die Gesellschaft zu richten sind; dieses Recht ist zudem fristgebunden. Mit den Bestimmungen zur Einberufung der Gesellschafterversammlung hat es noch weitere Regelungen des Gesellschaftsvertrags in den Blick genommen.

28 Es ist nicht ersichtlich, dass das OLG bei der Auslegung relevante Umstände übersehen oder anerkannte Auslegungsgrundsätze missachtet hätte; die Rechtsbeschwerde erhebt insoweit auch keine konkreten Rügen. Insbesondere war dem OLG bewusst, dass die von ihm befürwortete Auslegung zur Nichtigkeit der Schiedsvereinbarung aufgrund von Anforderungen führt, die bei Abschluss des Gesellschafts- und des Schiedsvertrags noch nicht galten.

29 dd) Die Beurteilung des OLG, dass die Schiedsvereinbarungen in § 1 des Schiedsvertrags und § 19 des Gesellschaftsvertrags die Mindestanforderungen nach der Rechtsprechung des BGH nicht erfüllen und daher mit Blick auf Beschlussmängelstreitigkeiten nichtig sind, greift die Rechtsbeschwerde nicht an. Rechtsfehler sind insoweit auch nicht ersichtlich.

30 2. Mit Erfolg wendet sich die Rechtsbeschwerde jedoch gegen die vom OLG angenommene Gesamtnichtigkeit der Schiedsvereinbarungen in § 19 des Gesellschaftsvertrags und § 1 des Schiedsvertrags.

31 a) Gemäß § 139 BGB führt die Nichtigkeit eines Teils der vertraglichen Regelungen nur dann zur Nichtigkeit des

gesamten Rechtsgeschäfts, wenn nicht anzunehmen ist, dass es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde. Die Vorschrift ist nach ihrem Sinngehalt grundsätzlich auch dann anwendbar, wenn die Parteien anstelle der nichtigen Regelung, hätten sie die Nichtigkeit gekannt, eine andere, auf das zulässige Maß beschränkte vereinbart hätten. Dies setzt voraus, dass sich der Vertragsinhalt in eindeutig abgrenzbarer Weise in den nichtigen Teil und den von der Nichtigkeit nicht berührten Rest aufteilen lässt. Konkrete, über allgemeine Billigkeitserwägungen hinausgehende Anhaltspunkte müssen darüber hinaus den Schluss rechtfertigen, dass die Aufspaltung dem entspricht, was die Parteien bei Kenntnis der Nichtigkeit ihrer Vereinbarung geregelt hätten (vgl. BGH, Urteil vom 05.06.1989, II ZR 227/88, BGHZ 107, 351, 355 f., juris Rdnr. 16; Urteil vom 17.10.2008, V ZR 14/08, NJW 2009, 1135 Rdnr. 14; Urteil vom 07.12.2010, KZR 71/08, GRUR 2011, 641 Rdnr. 51 = WRP 2011, 768 – Jette Joop; Urteil vom 08.02.2019, V ZR 176/17, NJW 2019, 2016 Rdnr. 25).

32 b) Von diesen Grundsätzen ist das OLG ausgegangen und hat ausgeführt, die Schiedsvereinbarung in § 1 des Schiedsvertrags sei auch bei (entsprechender) Anwendung des § 139 BGB nach der gebotenen objektiven Auslegung insgesamt nichtig. Soweit eine Schiedsvereinbarung generell das Ziel einer nichtöffentlichen, zügigen, auf eine Instanz begrenzten und im Vergleich zum Rechtszug vor den staatlichen Gerichten regelmäßig kostengünstigeren Entscheidung oder einvernehmlichen Erledigung der Streitfragen verfolge, lasse sich daraus nicht ableiten, welche Bedeutung dies für die hiesige Regelung habe. Vielmehr gebe der Wortlaut, wonach „alle“ Streitigkeiten aus dem Gesellschaftsverhältnis einer Entscheidung durch das Schiedsgericht zugeführt werden sollten, Aufschluss darüber, dass vor allem eine einheitliche Regelung für sämtliche Streitigkeiten bezweckt gewesen sei. Dafür spreche auch die damit einhergehende Erleichterung für die Parteien bei der Zuständigkeitsprüfung im Falle des Auftretens einer Streitigkeit. Die bei Annahme einer gespaltenen Zuständigkeit bestehenden Rechtsschutzmöglichkeiten bürden zudem ein Kosten- und Zeitrisko.

33 Aus den genannten Gründen sei auch die Schiedsvereinbarung in § 19 des Gesellschaftsvertrags nichtig. Die in § 20 Abs. 2 Satz 1 des Gesellschaftsvertrags aufgenommene salvatorische Klausel führe nicht zu einer abweichenden Beurteilung, weil mit ihr lediglich die Wirksamkeit der weiteren Vertragsbestimmungen in ihrer Gesamtheit gewährleistet werden solle, nicht jedoch die eines Teils einer einzelnen Klausel.

34 c) Diese Beurteilung hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

35 aa) Entgegen der Ansicht des OLG ist der Gesellschaftsvertrag nicht objektiv auszulegen. Die objektive Auslegung von Gesellschaftsverträgen ist auf Kapital- und Publikums-personengesellschaften beschränkt. Im Übrigen verbleibt es beim Grundsatz der subjektiven Auslegung nach Maßgabe der §§ 133, 157 BGB. Danach ist der objektive Sinn der jeweiligen Vertragsbestimmung auf der Grundlage des von den Parteien vorgetragenen und vom Gericht ggf. nach Be-

weisaufnahme festgestellten maßgeblichen tatsächlichen Auslegungstoffs bei der gebotenen Gesamtwürdigung des Vertragsinhalts zu ermitteln (vgl. BGHZ 203, 77 Rdnr. 15 m. w. N.). Gleiches gilt für den auf die Gesellschaft bezogenen Schiedsvertrag.

36 Soweit der BGH in früheren Entscheidungen hervorgehoben hat, dass nicht nachträglich von Fall zu Fall entschieden werden darf, ob eine Schiedsvereinbarung wirksam ist oder nicht und damit die Schiedseinrede eröffnet ist oder nicht (BGHZ 180, 221 Rdnr. 28 – Schiedsfähigkeit II; BGH, NJW 2018, 3014 Rdnr. 17), folgt hieraus nichts grundsätzlich Anderes. Den Verfahren lagen objektiv auszulegende GmbH-Gesellschaftsverträge zugrunde, für deren Auslegung die Revisionsführer ohne Erfolg die Berücksichtigung von – teilweise nach Vertragsschluss entstandenen – Umständen des Einzelfalls geltend gemacht hatten.

37 bb) Das OLG hat seiner Auslegung die unausgesprochene Annahme zugrunde gelegt, dass den Gründungsgesellschaftern bei Vertragsschluss im Jahr 1997 nicht bekannt war, dass Beschlussmängelstreitigkeiten bei Kapitalgesellschaften nach der damaligen Rechtsprechung des BGH nicht schiedsfähig waren (vgl. BGH, Urteil vom 29.03.1996, II ZR 124/95, BGHZ 132, 278, 287 bis 290, juris Rdnr. 14 bis 16 – Schiedsfähigkeit I). Dies ist deswegen naheliegend, weil sie für die Kommanditgesellschaft und die Antragsgegnerin zu 1 unterschiedslos eine umfassende Schiedsvereinbarung vereinbart haben, ohne im Gesellschaftsvertrag für die Antragsgegnerin zu 1, die eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist, auf die Problematik einzugehen. Die Parteien machen insoweit nichts Abweichendes geltend.

38 cc) Aus dem Umstand, dass die Vertragsschließenden „alle“ Streitigkeiten aus dem Gesellschaftsverhältnis einer Entscheidung durch das Schiedsgericht zugeführt haben, kann jedoch nicht ohne Weiteres darauf geschlossen werden, sie hätten bei Kenntnis der Teilnichtigkeit der Schiedsvereinbarung eine umfassende Zuständigkeit der staatlichen Gerichtsbarkeit gegenüber einer gespaltenen Zuständigkeit bevorzugt.

39 (1) Das OLG hat sich für die Auslegung der Schiedsvereinbarungen vor allem auf deren Wortlaut gestützt. Danach erstrecken sie sich auf „alle“ Streitigkeiten aus dem Gesellschaftsverhältnis. Weitere für die Auslegung relevante Feststellungen, die sich konkret auf die zu beurteilenden Verträge beziehen, hat das OLG nicht getroffen; die Parteien machen nicht geltend, dass es von ihnen vorgetragene Umstände übergangen hätte. Aus der genannten Formulierung hat das OLG anhand typisierender Erwägungen auf den Zweck der Schiedsvereinbarungen geschlossen, eine einheitliche Regelung für sämtliche Streitigkeiten vorzusehen und die mit einer gespaltenen Zuständigkeit einhergehenden Abgrenzungsschwierigkeiten zu vermeiden.

40 (2) Das OLG hat bei seiner Auslegung nicht berücksichtigt, dass die sich auf „alle“ Streitigkeiten aus dem Gesellschaftsverhältnis beziehenden Schiedsvereinbarungen zugleich den Willen der Gründungsgesellschafter zum Ausdruck bringen, Streitigkeiten aus dem Gesellschaftsver-

hältnis – gleich aus welchen Motiven – umfassend der staatlichen Gerichtsbarkeit zu entziehen. Dieser Regelungszweck liefe bei Annahme einer Gesamtnichtigkeit der Schiedsvereinbarungen vollständig leer.

41 (3) Darüber hinaus ist der Umstand, dass es in anhängigen Verfahren zu Streitigkeiten über die Zuständigkeit kommen kann, etwa durch Erhebung der Einrede des Schiedsvertrags nach § 1032 Abs. 1 ZPO vor dem staatlichen Gericht oder der Rüge der Unzuständigkeit vor dem Schiedsgericht nach § 1040 Abs. 2 Satz 1 ZPO, kein zwingendes Argument für die vom OLG befürwortete Auslegung. Solche Streitigkeiten können auch dann entstehen, wenn die Schiedsvereinbarung insgesamt steht oder fällt. Insbesondere bedarf es für die Beurteilung der Frage, ob die Wirksamkeit einer Schiedsvereinbarung für Beschlussmängelstreitigkeiten bei einer Personengesellschaft von der Einhaltung gewisser Mindestanforderungen abhängt, im Streitfall und auch zukünftig regelmäßig einer Auslegung des Gesellschaftsvertrags.

42 dd) Der Senat kann die erforderliche Auslegung selbst vornehmen, da weitere für sie maßgebliche tatsächliche Feststellungen nicht zu erwarten sind (vgl. BGHZ 203, 77 Rdnr. 23 m. w. N.; BGH, SchiedsVZ 2017, 194 Rdnr. 17 – Schiedsfähigkeit III). Danach sind die im Streit stehenden Schiedsvereinbarungen nicht insgesamt nichtig. Im Gesellschafts- und Schiedsvertrag haben die Gründungsgesellschafter ihren Willen zum Ausdruck gebracht, alle Streitigkeiten aus dem Gesellschaftsverhältnis der staatlichen Gerichtsbarkeit zu entziehen. Ein Anlass zu einer – über die salvatorische Klausel im Gesellschaftsvertrag hinausgehenden – klarstellenden Regelung, dass die Schiedsvereinbarungen im Fall ihrer Teilnichtigkeit im Übrigen wirksam bleiben sollen, bestand für sie nicht, weil sie bei Vertragsschluss – wie ausgeführt (vgl. hierzu bereits Rdnr. 37) – keine Anhaltspunkte für eine solche Teilnichtigkeit gesehen haben. Es sind auch keine konkreten Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass die Gründungsgesellschafter bei Kenntnis der Teilnichtigkeit einer einheitlichen Zuständigkeit der staatlichen Gerichte gegenüber einer gespaltenen Zuständigkeit den Vorzug gegeben hätten. Im Zweifel lässt eine Schiedsvereinbarung, die alle Streitigkeiten aus dem Gesellschaftsverhältnis umfasst, auf den Willen der Vertragsparteien schließen, im Falle ihrer Teilnichtigkeit nicht vollständig von ihr Abstand zu nehmen, sondern sie im zulässigen Umfang aufrechtzuerhalten (im Ergebnis so auch OLG München, Beschluss vom 18.12.2013, 34 Sch 14/12, juris Rdnr. 103; Musielak/Voit/Voit, ZPO, § 1029 Rdnr. 10; Riegger/Wilske, ZGR 2010, 733, 746; Gentsch/Hauser/Kapoor, SchiedsVZ 2019, 64, 67 bis 70).

43 d) Die Schiedsvereinbarungen in § 19 des Gesellschaftsvertrags und § 1 des Schiedsvertrags lassen sich darüber hinaus in eindeutig abgrenzbarer Weise in den nichtigen Teil und den von der Nichtigkeit nicht berührten Rest aufteilen. Der Begriff der Beschlussmängelstreitigkeiten ist in der Rechtsprechung hinreichend konturiert und hat auch Eingang in die Vertragspraxis gefunden (vgl. OLG München, Beschluss vom 18.12.2013, 34 Sch 14/12, juris Rdnr. 7; BGH, NJW 2015, 3234 Rdnr. 8 und 15).

44 3. Der Beschluss des OLG stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 577 Abs. 3 ZPO).

45 a) Die Zuständigkeit für die Entscheidung über eine Ausschließungsklage, wie sie im Streitfall zur Beurteilung steht, kann auf ein Schiedsgericht übertragen werden (vgl. Münch-Komm-HGB/K. *Schmidt*, 4. Aufl., § 140 Rdnr. 90 m. w. N.; Staub/Schäfer, HGB, 5. Aufl., § 140 Rdnr. 58 m. w. N.; Baumbach/Hopt/Roth, HGB, 40. Aufl., § 140 Rdnr. 30; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Lorz, 4. Aufl., § 140 Rdnr. 51; BeckOK-HGB/Lehmann-Richter, Stand: 15.07.2021], § 140 Rdnr. 43; Henssler/Strohn/Klöhn, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl., § 140 HGB Rdnr. 41).

46 b) Der Wirksamkeit der Schiedsvereinbarungen in § 1 des Schiedsvertrags und § 19 des Gesellschaftsvertrags steht nicht entgegen, dass die Gesellschaft in beiden Fällen selbst nicht Vertragspartei ist. Die Gesellschaft muss im Streitfall bereits deswegen nicht durch die Schiedsvereinbarung gebunden sein, weil sie an der Schiedsklage nicht beteiligt ist.

47 c) Darüber hinaus ist es unschädlich, dass die Antragsteller den Gesellschafts- und den Schiedsvertrag nicht selbst unterzeichnet haben oder den hierin begründeten Verpflichtungen ausdrücklich beigetreten sind. Sie haben den Kommanditanteil ihres Vaters, der Gründungsgesellschafter war und auch den Schiedsvertrag abgeschlossen hat, im Wege der Sonderrechtsnachfolge übernommen, sodass sie entsprechend § 401 Abs. 1 BGB an die Schiedsvereinbarungen gebunden sind (vgl. BGH, Urteil vom 02.03.1978, III ZR 99/76, BGHZ 71, 162, 165 bis 167, juris Rdnr. 19 bis 25 m. w. N.; Urteil vom 28.05.1979, III ZR 18/77, NJW 1979, 2567, 2568, juris Rdnr. 27; Urteil vom 02.10.1997, III ZR 2/96, NJW 1998, 371, juris Rdnr. 9; Staudinger/Busche, Neub. 2017, § 401 Rdnr. 10 m. w. N.; Palandt/Grüneberg, 80. Aufl., § 401 Rdnr. 4 und § 398 Rdnr. 18).

48 IV. Danach ist der Beschluss des OLG auf die Rechtsbeschwerde der Antragsgegner aufzuheben (§ 577 Abs. 4 Satz 1 Hs. 1 ZPO). Der Senat kann in der Sache selbst entscheiden (§ 577 Abs. 5 Satz 1 ZPO); die Anträge der Antragsteller sind zurückzuweisen. Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 ZPO.

ANMERKUNG:

Von Prof. Dr. **Peter O. Mülbert**, Mainz, und Notar-assessor Dr. **Daniel J. Schneider**, Zweibrücken

1. Einleitung

Schiedsklauseln in Gesellschaftsverträgen sind nicht alltäglich. Gleichwohl wird deren Aufnahme bisweilen gewünscht. Soll die Schiedsklausel auch Beschlussmängelstreitigkeiten erfassen, sind bestimmte, durch die Rechtsprechung des BGH konkretisierte, Mindestanforderungen zu wahren.

Der Beschluss des BGH vom 23.09.2021, I ZB 13/21, gibt Anlass dazu, die Rechtsprechung des BGH zur Schiedsfähigkeit von Beschlussmängelstreitigkeiten zu rekapitulieren und auf die Anforderungen einzugehen, die die (notarielle) Praxis bei der Vereinbarung von Schiedsklauseln

– auch vor dem Hintergrund der bevorstehenden Änderungen durch das Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG) – zu beachten hat.

2. Die Schiedsfähigkeits-Rechtsprechung des BGH

Der BGH befasst sich in seinem Beschluss vom 23.09.2021, wie bereits dessen Kurzbezeichnung („Schiedsfähigkeit IV“) zeigt, nicht zum ersten Mal mit der Frage der „Schiedsfähigkeit“ von Beschlussmängelstreitigkeiten. Inhaltlich geht es in dem Beschluss anlässlich einer Ausschlussklage in einer GmbH & Co. KG um die Frage, welche Anforderungen für eine „alle“ Streitigkeiten aus dem Gesellschaftsverhältnis und mithin auch Beschlussmängelstreitigkeiten einbeziehende Klausel bestehen, und welche Folgen deren Nichteinhaltung für die Schiedsvereinbarung hat. Demgemäß liegt ein Schwerpunkt der Entscheidung auf der Frage, ob bzw. inwieweit Streitigkeiten betreffend die Wirksamkeit von Gesellschafterbeschlüssen in einer Personengesellschaft Gegenstand von Schiedsverfahren sein können. Ausgangspunkt ist § 1030 Abs. 1 ZPO, der normiert, dass nicht nur jeder vermögensrechtliche Anspruch Gegenstand einer Schiedsvereinbarung sein kann, sondern darüber hinaus auch jeder nichtvermögensrechtliche Anspruch, sofern die Parteien berechtigt sind, über den Gegenstand des Streits einen Vergleich zu schließen.

a) Schiedsfähigkeit I¹

Mit Urteil vom 29.03.1996 („Schiedsfähigkeit I“) hatte der BGH zunächst entschieden, dass Beschlussmängelstreitigkeiten in der GmbH nicht „schiedsfähig“ seien. Er begründete dies damit, dass nach den im GmbH-Recht entsprechend anwendbaren § 248 Abs. 1 Satz 1, § 249 Abs. 1 Satz 1 AktG Entscheidungen über die nur zwischen den Parteien wirkende Rechtskraft des § 325 Abs. 1 ZPO hinaus für und gegen alle Gesellschafter und Gesellschaftsorgane wirkten, auch wenn diese an dem Verfahren nicht als Partei teilgenommen hätten. Die Erstreckung der Rechtskraft der Entscheidung beruhe auf einer ausdrücklichen Anordnung des Gesetzgebers. Es handele sich dabei um gesellschaftsrechtliche Sonderbestimmungen, die nicht ohne Weiteres aus dem Zusammenhang mit den sie ergänzenden verfahrensrechtlichen Vorschriften herausgelöst und auf den Spruch eines privaten Schiedsgerichts übertragen werden könnten.

Der BGH verneinte bereits in dieser Entscheidung allerdings nicht die generelle Schiedsfähigkeit von Beschlussmängelstreitigkeiten gemäß § 1030 ZPO,² sondern stützte seine Ablehnung auf das Fehlen von Regelungen „zum Zwecke der Sicherstellung einer einheitlichen Entscheidung“. Da ein etwaiger Schiedsspruch nach der (damaligen) Rechtsprechung des BGH mangels entsprechender

1 BGH, Urteil vom 29.03.1996, II ZR 124/95, BGHZ 132, 278 = MittBayNot 1996, 314 = NJW 1996, 1753.

2 Treffend *Karsten Schmidt*, NZG 2018, 121, 123: Mit Schiedsfähigkeit I-III segelt „ein Geschwader von Grundsatzentscheidungen (...) unter falscher Flagge“.

Anwendung der § 248 Abs. 1 Satz 1, § 249 Abs. 1 Satz 1 AktG keine inter-omnes-Wirkung gezeitigt hätte, drohten divergierende Entscheidungen (zum Beispiel bei Schiedsklagen weiterer Gesellschafter vor einem anderen Schiedsgericht). Die Ablehnung der Durchführung des Schiedsverfahrens durch den BGH in „Schiedsfähigkeit I“ beruhte in der Sache also nicht auf der fehlenden generellen Schiedsfähigkeit von Beschlussmängelstreitigkeiten in der GmbH, sondern war Folge mangelnden Rechtsschutzbedürfnisses.

b) Schiedsfähigkeit II³

Im Jahr 2009 urteilte der BGH in seiner „Schiedsfähigkeit II“ genannten Entscheidung, dass Beschlussmängelstreitigkeiten im Recht der GmbH nunmehr grundsätzlich „schiedsfähig“ seien, sofern und soweit das schiedsgerichtliche Verfahren in einer dem Rechtsschutz durch staatliche Gerichte gleichwertigen Weise ausgestaltet sei.

Dieser Richtungswechsel war nur möglich, da der BGH zugleich die analoge Anwendung der § 248 Abs. 1 Satz 1, § 249 Abs. 1 Satz 1 AktG auf Beschlussmängelstreitigkeiten in der GmbH (auch) in Schiedsverfahren bejahte. Der Gesetzgeber war zwischenzeitlich – obwohl von dem BGH in Schiedsfähigkeit I angemahnt – zwar nicht tätig geworden.⁴ Der BGH sah sich gleichwohl „im Lichte des zwischenzeitlich erreichten Diskussionsstandes“ in der Literatur zu einer Neubewertung genötigt.

Da die analoge Anwendung der § 248 Abs. 1 Satz 1, § 249 Abs. 1 Satz 1 AktG zwingende Folge der Eröffnung des schiedsrichterlichen Verfahrens sei, formulierte der BGH in „Schiedsfähigkeit II“ erstmals Mindestanforderungen an wirksame Schiedsvereinbarungen betreffend Beschlussmängelstreitigkeiten in der GmbH. Die Schiedsabrede muss hiernach:

1. mit Zustimmung sämtlicher Gesellschafter in der Satzung verankert sein,⁵
2. vorsehen, dass neben den Gesellschaftsorganen auch jeder Gesellschafter über die Einleitung und den Verlauf des Schiedsverfahrens informiert und dadurch in die Lage versetzt wird, dem Verfahren zumindest als Nebenintervenient beizutreten,
3. gewährleisten, dass sämtliche Gesellschafter an der Auswahl und Bestellung der Schiedsrichter mitwirken

können, sofern nicht die Auswahl durch eine neutrale Stelle erfolgt,⁶

und

4. sicherstellen, dass alle denselben Streitgegenstand betreffenden Beschlussmängelstreitigkeiten bei einem Schiedsgericht konzentriert werden.

Genügt die Schiedsvereinbarung diesen rechtsstaatlich geforderten Mindeststandards nicht, verstößt sie nach der Rechtsprechung des BGH gegen § 138 Abs. 1 BGB und ist nichtig.

Wiederum ist die Bezeichnung der Entscheidung mit „Schiedsfähigkeit II“ irreführend, geht es doch nicht um die Schiedsfähigkeit im eigentlichen Sinne. Vielmehr fehlt es bei einem Verstoß gegen die aufgezeigten Kriterien an einer wirksamen Schiedsvereinbarung.

c) Schiedsfähigkeit III⁷

In der Entscheidung „Schiedsfähigkeit III“ übertrug der BGH die in „Schiedsfähigkeit II“ entwickelten Kriterien für wirksame Schiedsvereinbarungen von der Gesellschaft mit beschränkter Haftung auf Personengesellschaften. Die von ihm aufgestellten Mindestanforderungen beanspruchten „jedenfalls im Grundsatz auch für Personengesellschaften“ Geltung, „sofern bei diesen gegenüber Kapitalgesellschaften keine Abweichungen geboten“ seien. Auf die Frage, wann Abweichungen geboten sind, ist der BGH in dieser Entscheidung nicht näher eingegangen, was in der Literatur zu Kritik und Verunsicherung geführt hat.⁸

d) Schiedsfähigkeit IV

Mit dem hier besprochenen Beschluss vom 23.09.2021 hat der BGH seine Entscheidung „Schiedsfähigkeit III“ dahin gehend präzisiert, dass eine „Abweichung von den zur Gesellschaft mit beschränkter Haftung für die Wirksamkeit von Schiedsvereinbarungen über Beschlussmängelstreitigkeiten entwickelten Anforderungen“ geboten sei, „soweit Beschlussmängelstreitigkeiten nach dem Gesellschaftsvertrag der Kommanditgesellschaft mit den Mitgesellschaftern auszutragen“ seien (sog. Nichtigkeits- oder Feststellungsmodell).

Zugleich stellt er klar, dass die zur Gesellschaft mit beschränkter Haftung entwickelten Mindestanforderungen für die Wirksamkeit von Schiedsvereinbarungen jedenfalls auf solche Personengesellschaften Anwendung finden, bei denen der Gesellschaftsvertrag vorsieht, dass Beschlussmängelstreitigkeiten nicht unter den Gesellschaftern, sondern mit der Gesellschaft auszutragen

3 BGH, Urteil vom 06.04.2009, II ZR 255/08, BGHZ 180, 221 = NJW 2009, 1962 = DNotZ 2009, 938.

4 RegE Schiedsverfahrens-Neuregelungsgesetz, BT-Drucks. 13/5274, S. 35.

5 Alternativ reicht eine außerhalb der Satzung unter Mitwirkung sämtlicher Gesellschafter und der Gesellschaft getroffene Absprache aus.

6 Dabei weist der BGH darauf hin, dass im Rahmen der Beteiligung mehrerer Gesellschafter auf einer Seite des Streitverhältnisses grundsätzlich auch das Mehrheitsprinzip zur Anwendung gebracht werden kann.

7 BGH, Beschluss vom 06.04.2017, I ZB 23/16, MittBayNot 2017, 505 = DNotZ 2017, 953 = SchiedsVZ 2017, 194.

8 Vgl. nur *Borris*, NZG 2017, 761; *Bryant*, SchiedsVZ 2017, 196 f.; *Karsten Schmidt*, NZG 2018, 121, 124; *Garbel/Eschen*, GWR 2017, 222.

sind; dieser mithin eine Übernahme des kapitalgesellschaftlichen Anfechtungsregimes vorsieht (sog. Anfechtungsmodell).⁹

Anschließend wendet sich der BGH der Frage zu, anhand welcher Anhaltspunkte zu ermitteln ist, ob für die konkrete Personengesellschaft die Übernahme des kapitalgesellschaftlichen Systems vereinbart wurde. Ergibt sich dies aus dem Gesellschaftsvertrag nicht unmittelbar, kann auf weitere Indizien abgestellt werden, etwa die Vereinbarung einer Frist für die Beschlussmängelklage oder darauf, dass Einsprüche gegen das Protokoll der Gesellschafterversammlung gegen die Gesellschaft zu richten sind. Ergänzend können etwa auch Einberufungsregelungen herangezogen werden. Die Verwendung des Wortes „Anfechtung“ für sich allein ist hingegen nicht ausschlaggebend.

Da im konkreten Fall keine Beschlussmängelstreitigkeit vorlag, sondern um den Ausschluss eines Gesellschafters aus wichtigem Grund gestritten wurde, musste der BGH sodann auf die Frage eingehen, welche Auswirkungen es hat, wenn ein Teil einer Schiedsvereinbarung wegen eines Verstoßes gegen § 138 Abs. 1 BGB nichtig ist. Unter Anwendung der Auslegungsregel des § 139 BGB kommt der BGH zu dem Ergebnis, dass eine Schiedsvereinbarung, die *alle* Streitigkeiten aus dem Gesellschaftsverhältnis umfasst, auf den Willen der Vertragsparteien schließen lässt, im Falle ihrer Teilnichtigkeit nicht vollständig von ihr Abstand zu nehmen, sondern sie im zulässigen Umfang aufrechtzuerhalten.

Abschließend bestätigt der BGH seine ständige Rechtsprechung, wonach ein Sonderrechtsnachfolger entsprechend § 401 Abs. 1 BGB an die Schiedsvereinbarung gebunden ist, auch wenn er den Gesellschafts- und Schiedsvertrag nicht selbst unterzeichnet hat.¹⁰ Dies hat vor allem mit Blick auf die Formanforderungen des § 1031 ZPO besondere Bedeutung.

3. Bewertung

Die eigentliche „Schiedsfähigkeit“ von Beschlussmängelstreitigkeiten im Sinne von § 1030 Abs. 1 BGB steht – entgegen der missverständlichen Bezeichnungen der vorgenannten Entscheidungen – schon seit dem Judikat „Schiedsfähigkeit I“ nicht (mehr) infrage.¹¹ Seit „Schiedsfähigkeit II“ geht es „nur“ noch darum, welche Anforderungen eine Schiedsvereinbarung erfüllen muss, um wirksam zu sein.¹²

- 9 Voraussetzung hierfür ist richtigerweise die Rechtsfähigkeit der Gesellschaft; bei der (stillen) Innengesellschaft lässt sich das Anfechtungsmodell also nicht vereinbaren.
- 10 St. Rspr. Siehe etwa BGH, Urteil vom 02.03.1978, III ZR 99/76, BGHZ 71, 162, 165-167 = NJW 1978, 1585, 1586; Urteil vom 28.05.1979, III ZR 18/77, NJW 1979, 2567, 2568; Urteil vom 02.10.1997, III ZR 2/96, MittBayNot 1998, 359 f. = NJW 1998, 371 f.
- 11 *Karsten Schmidt*, NZG 2018, 121, 123; *Jobst*, ZIP 2022, 884 (885).
- 12 Ebenso *Karsten Schmidt*, NZG 2018, 121, 127.

Dass die § 248 Abs. 1 Satz 1, § 249 Abs. 1 Satz 1 AktG bei Beschlussmängelstreitigkeiten einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung auch im Rahmen von Schiedsverfahren analoge Anwendung finden, ist richtig und konsequent.

Weiterhin ist dem BGH insoweit zuzustimmen, als eine Schiedsvereinbarung dort, wo eine Rechtskrafterstreckung stattfindet, gewissen Mindeststandards genügen muss. Hintergrund ist der Schutz unbeteiligter Gesellschafter, die in diesen Fällen gleichwohl von der Rechtskraftwirkung betroffen sind. Bei Gesellschaften mit beschränkter Haftung ist dies aufgrund der analogen Anwendung der § 248 Abs. 1 Satz 1, § 249 Abs. 1 Satz 1 AktG immer der Fall.

Bei Personengesellschaften differenziert der BGH (nunmehr) zutreffend danach, ob diese das kapitalgesellschaftliche Anfechtungsregime übernommen haben.¹³ Grundsätzlich wird in Personengesellschaften die Nichtigkeit eines Beschlusses der Gesellschafterversammlung durch Erhebung einer Feststellungsklage gegen die Mitgesellschafter geltend gemacht.¹⁴ Das Urteil entfaltet nur zwischen den am Rechtsstreit beteiligten Gesellschaftern Rechtskraftwirkung, also nur *inter partes*.¹⁵ Allerdings sind die Gesellschafter einer Personengesellschaft frei, im Gesellschaftsvertrag Regelungen vorzusehen, die das Verfahren bei Beschlussmängelstreitigkeiten an dasjenige bei Aktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung annähern. Eine analoge Anwendung der § 248 Abs. 1 Satz 1, § 249 Abs. 1 Satz 1 AktG kann zwar nicht vereinbart werden.¹⁶ Sieht der Gesellschaftsvertrag aber vor, dass die Klage nicht gegen die Mitgesellschafter, sondern gegen die Gesellschaft zu richten ist, sind die Mitgesellschafter nach der Rechtsprechung des BGH schuldrechtlich verpflichtet, sich an die im Rechtsstreit gegen die Gesellschaft ergehende Entscheidung zu halten.¹⁷ In diesem Fall kommt es zu einer – nur schuldrechtlich wirkenden – Rechtskrafterstreckung durch die Hintertür, die zu einem vergleichbaren Schutzbedürfnis der weiteren Gesellschafter führt, wie bei (analoger) Anwendung der § 248 Abs. 1 Satz 1, § 249

- 13 Krit. *Liebscher/Günther*, ZIP 2022, 713, 715 ff.
- 14 BGH, Urteil vom 30.06.1966, II ZR 149/64, BB 1966, 1169; Urteil vom 01.03.2011, II ZR 83/09, NJW 2011, 2578, 2579; *Sackmann*, NZG 2016, 1041, 1042 f. m. w. N.; *Borris*, NZG 2017, 761, 764 m. w. N.; *Liebscher/Günther*, ZIP 2022, 713, 715 f.
- 15 St. Rspr. Vgl. etwa BGH, Beschluss vom 16.04.2015, I ZB 3/14, NZG 2015, 1242, 1244 f. m. w. N.; *Sackmann*, NZG 2016, 1041, 1042 f. m. w. N.; *Jobst*, ZIP 2022, 884 (886). Im Einzelfall kann es daher am Feststellungsinteresse fehlen, wenn nicht alle Gesellschafter am Rechtsstreit beteiligt sind. Rechtsfolge ist dann allerdings eine Abweisung der Klage als unzulässig, nicht eine Erstreckung der Rechtskraftwirkungen.
- 16 BGH, Beschluss vom 23.09.2021, I ZB 13/21, SchiedsVZ 2022, 86, 89.
- 17 BGH, Beschluss vom 23.09.2021, I ZB 13/21, SchiedsVZ 2022, 86, 88; Urteil vom 30.06.1966, II ZR 149/64, BB 1966, 1169; Urteil vom 11.12.1989, II ZR 61/89, NJW-RR 1990, 474, 475.

Abs. 1 Satz 1 AktG.¹⁸ Durch bloße Informationspflichten kann den hieraus resultierenden Gefahren nicht wirksam begegnet werden.

Hatte die Entscheidung „Schiedsfähigkeit III“ den Eindruck erweckt, der BGH wolle die Anforderungen an Schiedsvereinbarungen auf sämtliche Beschlussmängelstreitigkeiten in Personengesellschaften anwenden,¹⁹ so nimmt er hiervon nunmehr ausdrücklich Abstand.

Zweifel kann man an der Rechtsprechung des BGH insoweit haben, als er den von ihm entwickelten Mindestanforderungen nicht genügende Schiedsvereinbarungen dem Verdikt der Sittenwidrigkeit (§ 138 Abs. 1 BGB) unterwirft.²⁰ Dieses scharfe Schwert hat zur Folge, dass die Schiedsvereinbarung ex ante auf ihre Wirksamkeit zu prüfen ist. Dies wiederum führt dazu, dass die Schiedsvereinbarung selbst dann unwirksam ist, wenn sämtliche Mindestanforderungen im konkreten Schiedsverfahren gewahrt wurden, die Schiedsvereinbarung die Beachtung der Mindestanforderungen aber nicht zwingend fest schreibt. Ob und unter welchen Umständen in diesen Fällen eine „Heilung“ möglich ist, ist umstritten.²¹ Jedenfalls dann, wenn alle Gesellschafter tatsächlich an dem Schiedsverfahren beteiligt waren und sich mit der Durchführung einverstanden erklärt haben (zum Beispiel durch Teilnahme an der mündlichen Verhandlung) und auch im Übrigen Einigkeit besteht, dass das Schiedsverfahren durchgeführt werden soll, spricht einiges für eine Heilung, da darin zugleich der konkludente Neuabschluss einer wirksamen Schiedsvereinbarung gesehen werden könnte.

Unklar ist sodann, ob die Mindestanforderungen des BGH auch für solche Gesellschafter Geltung beanspruchen, denen kein Stimmrecht in der Gesellschafterversammlung zusteht, wie dies häufig bei der Beteiligung der Komplementär-GmbH an der Kommanditgesellschaft bei einer GmbH & Co. KG der Fall ist. Richtigerweise gelten die Mindestanforderungen nur für solche Gesellschafter, die über ein Stimmrecht in der Gesellschafterversammlung verfügen und daher auch eigenständig klagen könnten.

Abschließend ist noch darauf hinzuweisen, dass die Mindestanforderungen des BGH in Verfahren vor staatlichen Gerichten keine Anwendung finden, da diese dort entweder irrelevant oder aber ohne Weiteres erfüllt sind.²² § 246 Abs. 4, § 249 Abs. 1 Satz 1 AktG (analog) stellen die Information der weiteren Gesellschafter sicher und eröffnen

die Möglichkeit der Nebenintervention. Die Konzentration bei einem Schiedsgericht wird durch die § 246 Abs. 3, § 249 Abs. 1 Satz 1 AktG (analog) gewährleistet und die Verbindung mehrerer Verfahren folgt aus den § 246 Abs. 3 Satz 6, § 249 Abs. 2 AktG (analog).

4. Ausblick: Schiedsvereinbarungen in Personengesellschaften nach dem MoPeG

Borris hatte im Jahre 2017 zu der Entscheidung „Schiedsfähigkeit III“ noch anmerken können, dass diese wohl nicht dahin gehend zu verstehen sei, dass der BGH die Dogmatik des Beschlussmängelrechts in der Personengesellschaft grundsätzlich ändern wolle, etwa in dem Sinn, dass die Klage immer nur gegen die Gesellschaft zu erheben sei.²³ Nunmehr hat nicht der BGH, sondern der Gesetzgeber mit dem zum 01.01.2024 in Kraft tretenden MoPeG das Beschlussmängelrecht in der Personengesellschaft – zumindest teilweise – auf neue Beine gestellt.

Das Beschlussmängelrecht der Personenhandelsgesellschaften wird mit Inkrafttreten des MoPeG an das aktienrechtliche Anfechtungsregime der §§ 241 ff. AktG angepasst. Gemäß § 110 HGB n. F. kann ein Beschluss der Gesellschafter wegen Verletzung von Rechtsvorschriften durch Klage auf Nichtigerklärung angefochten werden (Anfechtungsklage). In besonderen, in § 110 Abs. 2 Satz 1 HGB n. F. normierten Fällen ist der Beschluss nichtig. In diesen Fällen ist die Nichtigkeitsklage statthaft. Die für Beschlussmängelstreitigkeiten im Rahmen von Schiedsverfahren bedeutsamen Vorschriften der §§ 248, 249 AktG finden ihre Entsprechung in §§ 113, 114 HGB n. F. Danach ist das LG, in dessen Bezirk die Gesellschaft ihren Sitz hat, für die Anfechtungsklage ausschließlich zuständig. Gemäß §§ 114, 113 Abs. 2 HGB n. F. ist die Klage gegen die Gesellschaft zu richten. §§ 114, 113 Abs. 3 Satz 1 HGB n. F. bestimmen, dass die Gesellschaft ihre Gesellschafter unverzüglich über die Erhebung der Klage und die Lage des Rechtsstreits zu unterrichten hat. Mehrere Nichtigkeits- bzw. Anfechtungsklagen sind zur gleichzeitigen Verhandlung und Entscheidung zu verbinden (§§ 114, 113 Abs. 4 HGB n. F.). Die Erstreckung der Rechtskraft auf nichtbeteiligte Gesellschafter ist ausdrücklich in § 113 Abs. 6 HGB normiert („Soweit der Gesellschafterbeschluss durch rechtskräftiges Urteil für nichtig erklärt worden ist, wirkt das Urteil für und gegen alle Gesellschafter, auch wenn sie nicht Partei sind.“).

Aus der vorstehend beschriebenen Übernahme des Anfechtungsregimes folgt, dass Schiedsvereinbarungen in Personenhandelsgesellschaften, die zumindest auch Beschlussmängelstreitigkeiten erfassen (sollen), künftig den durch den BGH aufgestellten Mindestanforderungen genügen müssen.

Für nicht kaufmännische Personengesellschaften wie die Gesellschaft bürgerlichen Rechts verbleibt es beim bisherigen Modell der Feststellungsklage. Allerdings können auch nicht kaufmännische Personengesellschaften zu

18 A. A. *Liebscher/Günther*, ZIP 2022, 713, 715 ff., die davon ausgehen, dass eine Lösung im konkreten Einzelfall über die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht vorzugswürdig ist. Die von *Liebscher/Günther* vorgeschlagene Lösung verlagert jedoch die Probleme in ein etwaiges Klageverfahren und führt damit zu einem Verlust an Rechtssicherheit.

19 Die Entscheidung Schiedsfähigkeit III ebenso verstehend etwa *Jobst*, ZIP 2022, 884 (886) m. w. N.

20 Ablehnend *Karsten Schmidt*, NZG 2018, 121, 124 ff.; *Borris*, NZG 2017, 761, 767; zweifelnd auch *Jobst*, ZIP 2022, 884 (885).

21 Ausführlich *Triebel/Hafner*, SchiedsVZ 2009, 313.

22 *Borris*, NZG 2017, 761, 762.

23 *Borris*, NZG 2017, 761, 765; ähnlich auch *Karsten Schmidt*, NZG 2018, 121, 126.

dem Anfechtungsmodell optieren (*Opt-in*), § 708 BGB n. F. Die hiernach grundsätzlich fortbestehende Zweiteilung in Anfechtungs- und Feststellungsmodell wurde in der Literatur zurecht kritisiert.²⁴ Insbesondere der (unbemerkte) Wandel einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts in eine OHG und umgekehrt können hier zu Schwierigkeiten führen. Für den Vertragsgestalter hat dies zur Folge, dass er bei Personenhandelsgesellschaften – jedenfalls im Grundsatz – andere Schiedsvereinbarungen vorsehen muss als bei nicht kaufmännischen Gesellschaften. Besteht die naheliegende Möglichkeit, dass aus einer nicht kaufmännischen Gesellschaft eine Personenhandelsgesellschaft werden könnte, ist entweder von vornherein eine den Mindestanforderungen des BGH genügende Schiedsvereinbarung vorzusehen – was nicht in jedem Fall zu überzeugenden Ergebnissen führen dürfte²⁵ – oder aber die Schiedsvereinbarung muss Vorsorge für beide Fälle treffen.

5. Folgen für die Praxis

Schiedsvereinbarungen in Gesellschafterverträgen sollten vor dem Hintergrund der Schiedsfähigkeitsrechtsprechung des BGH immer kritisch auf ihre Wirksamkeit untersucht werden. Dies gilt sowohl im Rahmen der Gründung als auch im Rahmen von Satzungsänderungen und Satzungsneufassungen.²⁶

Besonderes Augenmerk ist dabei darauf zu legen, dass das MoPeG zur Folge hat, dass auch für Gesellschaften, für die bislang das Feststellungsmodell galt, mitunter ab dem 01.01.2024 das Anfechtungsmodell der §§ 110 ff. HGB gilt, wenn der Gesellschaftsvertrag keine explizit anderen Bestimmungen vorsieht. Eine Schiedsklausel, die nicht die Mindestanforderungen des BGH entspricht (und die bis zum 01.01.2024 diesen auch nicht entsprechen muss[te]), verstößt mit Inkrafttreten des MoPeG ggf. – und zwar ohne dass der Gesellschaftsvertrag geändert worden wäre – gegen § 138 BGB.

a) Systembildung für Schiedsabreden betreffend Beschlussmängelstreitigkeiten

Sofern die Schiedsabrede nicht für Beschlussmängelstreitigkeiten gilt, bleibt es bei den allgemeinen Anforderungen an Schiedsvereinbarungen.

Soll die Schiedsabrede auch (oder nur) Beschlussmängelstreitigkeiten erfassen, muss bis zu dem Inkrafttreten des MoPeG zwischen Personen- und Kapitalgesellschaften sowie bei Personengesellschaften weitergehend danach unterschieden werden, ob diese eine Passivlegitimation der Gesellschaft vorsehen. Schiedsklauseln in Kapitalgesellschaften und Personengesellschaften, die dem Anfechtungsmodell folgen, müssen die Mindestanforderungen des BGH wahren. Beschlussmängelstreitigkeiten in Personengesellschaften, die dem klassischen Nichtigkeits- bzw. Feststellungsmodell folgen, sind dagegen ohne Weiteres „schiedsfähig“.²⁷ Die vom BGH in „Schiedsfähigkeit II“ aufgestellten Mindestanforderungen an Schiedsklauseln sind hier nicht zu beachten, da die Position unbeteiligter Gesellschafter nicht berührt wird.²⁸

Mit Inkrafttreten des MoPeG muss unterschieden werden, ob es sich um eine Kapitalgesellschaft oder eine Personenhandelsgesellschaft handelt (dann sind die Mindestanforderungen des BGH zu wahren) oder aber um eine nicht kaufmännische Gesellschaft (nur wenn diese zum Anfechtungsmodell optiert hat, sind die Mindestanforderungen zu wahren). Verkompliziert wird dies dadurch, dass auch Personenhandelsgesellschaften zu dem sog. Feststellungsmodell optieren können (*Opt-out*).²⁹ Dann wiederum sind die Mindestanforderungen des BGH nicht zwingend einzuhalten.

24 Kritisch auch *Lieder*, ZRP 2021, 34 f.; *Tröger/Happ*, NZG 2021, 133, 137 ff.

25 *Borris*, NZG 2017, 761, 765 f. geht der Frage nach, wie die Mindestanforderungen des BGH bei Personengesellschaften umzusetzen sind und hinterfragt – geordnet nach Anforderungen – deren Nutzen bzw. Erforderlichkeit bei der Personengesellschaft.

26 Wird eine Schiedsklausel nachträglich in eine GmbH-Satzung eingefügt, so ist darauf zu achten, dass dies nicht aufgrund einer Mehrheitsentscheidung, sondern nur mit Zustimmung aller Gesellschafter erfolgen kann, vgl. *Heskamp*, RNotZ 2012, 415, 422 m. w. N.; *Habersack*, SchiedsVZ 2003, 241, 245; *Hauschild/Leif Böttcher*, DNotZ 2012, 577, 596. Im Vereinsrecht und bei Personengesellschaften wird dies aufgrund des bestehenden Austritts- bzw. Kündigungsrechts teilweise anders gesehen (vgl. *Habersack*, SchiedsVZ 2003, 241, 245 m. w. N.). Sofern die Schiedsklausel jedoch (auch) Beschlussmängelstreitigkeiten erfassen soll, kann sich ein Einstimmigkeitserfordernis aus der Schiedsfähigkeitsrechtsprechung des BGH ergeben.

27 Anders *Mock*, SchiedsVZ 2022, 56, der davon ausgeht, dass Schiedsvereinbarungen betreffend Beschlussmängelstreitigkeiten in Personengesellschaften nur dann wirksam sind, wenn für die Personengesellschaft zugleich die Geltung des sog. Anfechtungsmodells vereinbart wurde. Wie hier *Borris/Schenk-Busch*, NZG 2022, 259 f.

28 Ebenso *Borris/Schenk-Busch*, NZG 2022, 261.

29 § 108 HGB n. F. Vgl. auch *Herrmanns*, DNotZ 2022, 3, 8 m. w. N.; *Liebscher/Günther*, ZIP 2022, 713, 718.

Die folgende Tabelle soll bei der Orientierung helfen:

Vor Inkrafttreten des MoPeG					
	GmbH	Personengesellschaft (Feststellungsmodell)		Personengesellschaft (Anfechtungsmodell)	
Mindestanforderungen des BGH gelten	(+)	(-)		(+)	
Nach Inkrafttreten des MoPeG					
	GmbH	Personenhandels- gesellschaft (Anfechtungsmodell)	Personenhandels- gesellschaft (Opt-out)	Nicht kaufmännische Personen- gesellschaft	Nicht kaufmännische Personen- gesellschaft (Opt-in)
Mindestanforderungen des BGH gelten	(+)	(+)	(-)	(-)	(+)

Die Aktiengesellschaft fehlt in der vorstehenden Tabelle, da vor dem Hintergrund der § 246 Abs. 3 AktG (ausschließliche Zuständigkeit), § 23 Abs. 5 AktG (Satzungsstrenge) umstritten ist, ob Schiedsklauseln in Satzungen von Aktiengesellschaften zulässig sind.³⁰ Zuletzt mehren sich die Stimmen, die eine Zulässigkeit bei Einhaltung der Mindestanforderungen des BGH zumindest in kleinen, nicht börsennotierten Aktiengesellschaften, für zulässig erachten.³¹ In größeren Aktiengesellschaften dürften die Mindestanforderungen des BGH faktisch ohnehin kaum erfüllbar sein. Vor dem Hintergrund der bestehenden rechtlichen Unsicherheiten ist dem Vertragsgestalter jedoch – dem Gebot des sichersten Weges folgend – zu raten, in Aktiengesellschaften auf die Implementierung einer auch Beschlussmängelstreitigkeiten erfassenden Schiedsklausel in der Satzung zu verzichten.³² Davon gesondert zu beurteilen ist die Zulässigkeit einer Schiedsabrede aller Aktionäre außerhalb der Satzung.³³

Bei Publikumsgesellschaften in Form etwa einer GmbH & Co. KG ist die Rechts- und Interessenlage mit derjenigen in der Aktiengesellschaft vergleichbar. Eine statutarische Schiedsklausel (siehe § 1066 ZPO) scheidet hier von vorneherein aus. Schiedsvereinbarungen gemäß den §§ 1029, 1031 ZPO sind rechtlich zulässig, stoßen aber bei einer Vielzahl von Beteiligten auf praktische Schwierigkeiten

bei der Umsetzung der Schiedsfähigkeits-Rechtsprechung des BGH und bei der Bindung von Rechtsnachfolgern und Beitretenden.³⁴

b) Leitlinien bei der Formulierung von Schiedsvereinbarungen

Bei der Formulierung von Schiedsvereinbarungen muss der Vertragsgestalter nach alledem besondere Vorsicht an den Tag legen. Den Verfassern sind aus der Praxis mehrere Fälle verunglückter Schiedsvereinbarungen bekannt.

aa) Statutarische Schiedsklausel oder gesonderte Schiedsabrede

Zunächst ist zu beachten, dass eine Schiedsklausel mit bindender Wirkung für neu eintretende Gesellschafter direkt in dem Gesellschaftsvertrag bzw. in der Satzung (sog. statutarische Schiedsklausel) nach herrschender Meinung nur bei juristischen Personen in Betracht kommt.³⁵ Hintergrund ist, dass § 1066 ZPO nach der Rechtsprechung nur auf körperschaftliche Satzungen Anwendung findet.³⁶ Zwar findet man auch in Personengesellschaftsverträgen bisweilen Schiedsklauseln, diese verweisen aber in aller Regel auf eine gesondert nieder-

30 Für eine Zulässigkeit etwa *Borris*, NZG 2010, 481, insbesondere S. 486 m. w. N.; *Goette*, GWR 2009, 103, 105; *Habersack*, Editorial in BB 2003 Heft 33 S. I. Abl. *Koch*, AktG, § 246 Rdnr. 18; *Karsten Schmidt*, BB 2001, 1857, 1861; *Reichert* in FS Ulmer, 2003, S. 511, 531; BeckOGK-AktG/*Vatter*, Stand: 01.02.2022, § 246 Rdnr. 12; *Heskamp*, RNotZ 2012, 415, 424 f.

31 *Goette*, GWR 2009, 103, 105; *Borris*, NZG 2010, 481, 486; *Riegger/Wilske*, ZGR 2010, 733, 744, 748; BeckOGK-AktG/*Vatter*, § 246 Rdnr. 13 (begrenzt auf Schiedsvereinbarung außerhalb der Satzung).

32 Ebenso *Hauschild/Leif Böttcher*, DNotZ 2012, 577, 587; *Heskamp*, RNotZ 2012, 415, 425.

33 Vgl. hierzu etwa *Hauschild/Leif Böttcher*, DNotZ 2012, 577, 587; BeckOGK-AktG/*Vatter*, § 246 Rdnr. 13; *Heskamp*, RNotZ 2012, 415, 425.

34 Siehe hierzu auch schon *Habersack*, SchiedsVZ 2003, 241, 244 f.

35 BGH, Urteil vom 11.10.1979, III ZR 184/78, NJW 1980, 1049; BeckOK-ZPO/*Wolf/Eslami*, Stand: 01.03.2022, § 1066 Rdnr. 8; Musielak/*Voit/Voit*, ZPO, 19. Aufl. 2022, § 1066 Rdnr. 7, jew. m. w. N.

36 Siehe nur BGH, Urteil vom 11.10.1979, III ZR 184/78, NJW 1980, 1049; OLG Oldenburg, Urteil vom 23.05.2001, 1 U 9/01, NZG 2002, 931, 932 f.

gelegte Schiedsvereinbarung.³⁷ Grundlage der Bindung der Gesellschafter einer Personengesellschaft an die Schiedsvereinbarung soll dann nicht die Klausel im Gesellschaftsvertrag, sondern die mehrseitige schuldrechtliche Schiedsvereinbarung sein.³⁸ § 1031 Abs. 3 ZPO, der eine solche Verweisung ausdrücklich zulässt, geht dagegen von einer symbiotischen Beziehung von Schiedsklausel und Schiedsabrede aus. Eine Verweisung auf eine außerhalb der Satzung/des Gesellschaftsvertrags liegende Schiedsabrede kann etwa dann angezeigt sein, wenn, wie etwa bei Konzern- oder Holdingstrukturen aber auch bereits bei einer GmbH & Co. KG, verschiedene Gesellschaften und Gesellschafter derselben Schiedsvereinbarung unterworfen sein sollen.

Unabhängig davon, ob man eine Anwendung des § 1066 ZPO auch auf Personengesellschaften befürwortet,³⁹ ist (auch) die Niederlegung der Schiedsvereinbarung (nur) als Klausel im Gesellschaftsvertrag statthaft. Folgt man der derzeit noch herrschenden Meinung, gilt in diesem Fall zwar nicht § 1066 ZPO. Der allseits unterzeichnete Gesellschaftsvertrag wahrt jedoch die Formanforderungen des § 1031 ZPO. Die Bindung der Rechtsnachfolger folgt dann – unabhängig davon, welche Form der Personengesellschaft in Rede steht – aus § 401 ZPO.⁴⁰ Die Niederlegung „nur“ im Gesellschaftsvertrag hat den Vorteil, dass es nicht infolge von Änderungen entweder nur der Schiedsklausel oder aber nur der Schiedsabrede zu Unsicherheiten bezüglich Gültigkeit und Inhalt der Schiedsvereinbarung kommen kann.⁴¹ Gleichwohl findet diese Verfahrensweise in der Praxis bislang kaum Anwendung. Ein Grund dafür könnte § 1031 Abs. 5 Satz 3 ZPO sein, der im Falle der Beteiligung eines Verbrauchers an der Schiedsvereinbarung vorschreibt, dass die Urkunde oder das elektronische Dokument keine anderen Vereinbarun-

gen enthalten darf als solche, die sich auf das schiedsrichterliche Verfahren beziehen. Bei Schiedsabreden im Hinblick auf Beschlussmängelstreitigkeiten stellt sich damit die Frage, ob ein oder gar mehrere Gesellschafter der betreffenden Gesellschaft als Verbraucher einzuordnen sind.⁴² Diese Feststellung bereitet mitunter Probleme. Einerseits steht die bloße Tatsache, dass es sich bei der zu gründenden Gesellschaft um eine Handelsgesellschaft oder Kapitalgesellschaft handelt, der Verbrauchereigenschaft der Gesellschafter nicht per se entgegen.⁴³ Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH stellt das bloße Halten eines GmbH-Geschäftsanteils keine gewerbliche Tätigkeit dar, sondern reine Vermögensverwaltung;⁴⁴ diese Rechtsprechung beansprucht Geltung auch auf weitere Gesellschaftsformen. Andererseits werden Existenzgründer vom BGH nicht als Verbraucher, sondern als Unternehmer eingeordnet.⁴⁵ Maßgebend ist daher – wie von § 13 BGB vorgezeichnet – immer die Zweckrichtung des konkreten Geschäfts.⁴⁶

Für die notarielle Praxis kann an dieser Stelle Entwarnung gegeben werden. Denn das in § 1031 Abs. 5 Satz 3 ZPO normierte Trennungsgebot gilt nicht bei notarieller Beurkundung. In diesem Fall wird der Verbraucherschutz durch die notariellen Belehrungspflichten gewährleistet.⁴⁷ Steht die Verbrauchereigenschaft eines Gesellschafters im Raum, bietet es sich daher an, den Gesellschaftsvertrag zu beurkunden, auch wenn dies aus formalen Gründen nicht erforderlich ist. Hat der Notar den Entwurf des Gesellschaftsvertrags gefertigt, fällt die Beurkundung kostenrechtlich ohnehin nicht ins Gewicht, § 92 Abs. 2 GNotKG.

- 37 Vgl. etwa Formularbuch Recht und Steuern/*Beckert*, 10. Aufl. 2021, Muster A.9.00 (OHG-Gesellschaftsvertrag), dort § 22 Abs. 1: „Über alle Streitigkeiten aus diesem Vertrag, insbesondere auch über seine Wirksamkeit oder die Wirksamkeit einzelner seiner Bestimmungen, ausgenommen derjenigen Streitigkeiten, die von Gesetzes wegen oder aufgrund Vertrag nicht einem Schiedsgericht zur Entscheidung zugewiesen werden können, entscheidet unter Ausschluss des ordentlichen Rechtswegs ein Schiedsgericht. Zuständigkeit, Zusammensetzung und Verfahren des Schiedsgerichts haben die Gesellschafter im Schiedsvertrag vom ... näher geregelt.“ *Karsten Schmidt*, NZG 2018, 121, 126, spricht insoweit von einer „Konsortiallösung“.
- 38 Vgl. *Karsten Schmidt*, NZG 2018, 121, 126: „Nicht im Gesellschaftsvertrag, wohl aber aufgrund des Gesellschaftsvertrages hatten sich die Kommanditisten der Schiedsgerichts-zuständigkeit unterworfen“.
- 39 Dafür mit guten Argumenten etwa *Karsten Schmidt*, NZG 2018, 121, 125 f.
- 40 Siehe bereits 2. d) a.E.; zu den Nachteilen dieser Lösung vgl. *Habersack*, SchiedsVZ 2003, 241, 243 f.
- 41 Zu einer solchen Änderung (Streichung der Schiedsklausel im Personengesellschaftsvertrag ohne Aufhebung der gesondert niedergelegten Schiedsabrede) war es etwa in dem „Schiedsfähigkeit III“ zugrunde liegenden Fall gekommen; vgl. die Darstellung bei *Karsten Schmidt*, NZG 2018, 121, 122.

- 42 Wenig präzise wäre es dagegen zu fragen, ob der Gesellschafter Verbraucher oder Unternehmer ist, denn nicht jede Person, die im konkreten Fall nicht als Verbraucher zu qualifizieren ist, ist zugleich als Unternehmer einzuordnen. Zu dieser „dritten Kategorie“ vgl. *Meier/Schmitz*, NJW 2019, 2345 m. w. N., *Böhr*, RNotZ 2003, 277, 280.
- 43 *Heskamp*, RNotZ 2012, 415, 418.
- 44 BGH, Urteil vom 05.06.1996, VIII ZR 151/95, NJW 1996, 2156, 2158; Urteil vom 27.06.2000, XI ZR 322/98, NJW 2000, 3496, 3497; Urteil vom 22.11.2006, VIII ZR 72/06, NJW 2007, 759, 760; vgl. auch *Schneider*, Widerrufsrechte beim Crowdfunding, Berlin 2020, S. 274 f.; krit. *Mülbert* in FS Hadding, 2004, S. 904.
- 45 BGH, Beschluss vom 24.02.2005, III ZB 36/04, NJW 2005, 1273; siehe auch BeckOK-BGB/*Martens*, Stand: 01.02.2022, § 14 Rdnr. 40 m. w. N.
- 46 Ähnlich *Kersten/Bühling/Wachter*, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 26. Aufl. 2019, § 129 Rdnr. 11. Zu pauschal wohl *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Wertenbruch*, HGB, 4. Aufl. 2020, § 105 Rdnr. 89, wonach der Abschluss eines OHG/KG Gesellschaftsvertrags stets als sog. Existenzgründergeschäft vom Unternehmerbegriff des § 14 BGB erfasst sei. Mag diese Typisierung bei der OHG nahe liegen, erscheint die undifferenzierte Einordnung des Gesellschafters als Unternehmer bei vermögensverwaltenden Kommanditgesellschaften und bloßer Kommanditistenstellung fraglich.
- 47 *Heskamp*, RNotZ 2012, 415, 417 f.

bb) Institutionelles Schiedsverfahren oder Ad-hoc-Schiedsverfahren

Vor der Formulierung der Schiedsklausel muss der Vertragsgestalter in Erfahrung bringen, ob ein Ad-hoc-Schiedsverfahren oder aber der Weg über eine Schiedsinstitution gewünscht ist.⁴⁸

Für den Fall, dass die Schiedsklausel die Durchführung eines institutionellen Schiedsverfahrens vorsehen soll, kann auf die entsprechenden Formulierungsvorschläge der Schiedsinstitutionen zurückgegriffen werden. Eine Musterformulierung für eine derartige Schiedsklausel findet sich etwa auf der Homepage des Schlichtungs- und Schiedsgerichtshofs Deutscher Notare unter <https://sgh.dnotv.de/dokumente/> (Stand: 15.04.2022). Diese berücksichtigt bereits die durch den BGH aufgestellten Mindestanforderungen. Auch die Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e. V. (DIS) stellt unter <https://www.disarb.org/werkzeuge-und-tools/dis-musterklauseln> (Stand: 15.04.2022) eine Musterklausel für gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten bereit.⁴⁹ Über den Verweis auf die DIS-Schiedsgerichtsordnung und die Ergänzenden Regeln für gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten (DIS-ER-GeS) finden auch hier die Anforderungen des BGH Berücksichtigung.

Wird in einer Schiedsklausel betreffend eine GmbH auf eine außerhalb der Satzung liegende Schiedsordnung verwiesen, ist die Schiedsklausel als Bestandteil der Satzung beurkundungsbedürftig, § 2 Abs. 1 Satz 1 GmbH, nicht aber die in Bezug genommene Schiedsordnung, sofern es sich – wie regelmäßig – um einen dynamischen Verweis handelt.⁵⁰ Bei einem statischen Verweis dagegen muss die in Bezug genommene Verfahrensordnung mitbeurkundet werden, da sie dann integraler Bestandteil der Schiedsklausel und damit der Satzung ist.⁵¹

Die Normierung eines Ad-hoc-Schiedsverfahrens erfordert regelmäßig deutlich ausführlichere Regelungen, da die für das Verfahren wesentlichen Bestimmungen bei einem Ad-hoc-Schiedsverfahren in der Schiedsvereinba-

rung selbst niedergelegt werden müssen.⁵² Um den Gesellschaftsvertrag bzw. die Satzung nicht zu überfrachten, werden die Bestimmungen der Schiedsordnung in der Praxis oft ausgelagert. Besteht eine Beurkundungspflicht, kann die Schiedsordnung als (mitbeurkundete) Anlage zur Satzung genommen werden. Auch die Auslagerung in Bezugsurkunden ist statthaft.⁵³ Besteht keine Beurkundungspflicht, sind die Formanforderungen des § 1031 ZPO (bei Verbraucherbeteiligung insbesondere diejenigen des Absatzes 5) zu beachten.

Praxistaugliche Formulierungsvorschläge finden sich in vielen bekannten Muster- bzw. Formularbüchern.⁵⁴ Da die Anforderungen des BGH seit der Entscheidung „Schiedsfähigkeit II“ in der Sache unverändert sind, kann dabei grundsätzlich auch auf ältere Auflagen zurückgegriffen werden.

Unabhängig davon, ob die Bestimmungen unmittelbar in der Schiedsklausel selbst oder aber in einer davon getrennten Vereinbarung niedergelegt sind, muss der Vertragsgestalter in jedem Fall überprüfen, ob

- die Mindestanforderungen des BGH einzuhalten sind (siehe dazu die Tabelle) und
- ob diese Mindestanforderungen in dem gewählten Muster bereits hinreichend beachtet sind.

Die vom BGH aufgestellten Mindestanforderungen können in diesem Fall als Checkliste dienen.

6. Fazit

Gesellschaftsrechtliche Beschlussmängelstreitigkeiten sind grundsätzlich schiedsfähig.

Eine Schiedsvereinbarung betreffend Beschlussmängelstreitigkeiten ist in jedem Fall darauf zu prüfen, ob die in Schiedsfähigkeit II aufgestellten Mindestanforderungen der Rechtsprechung einzuhalten sind.

Ob dies der Fall ist, hängt davon ab, um welche Gesellschaftsform es sich handelt und ob der Gesellschaftsvertrag ggf. besondere Modalitäten für Beschlussmängelstreitigkeiten vorsieht (Option zum Anfechtungs- oder Feststellungsmodell).

48 Bei einem Ad-hoc-Schiedsverfahren liegt die Organisation des Verfahrens bei den Schiedsrichtern. Diese sind an die von den Parteien vorab festgelegten Verfahrensregelungen (Schiedsordnung) gebunden. Fehlen derartige Bestimmungen oder sind diese lückenhaft, gelten ergänzend die §§ 1025 ff. ZPO. Institutionelle Schiedsverfahren kennzeichnen sich dagegen dadurch, dass die gesamte Organisation des Verfahrens durch eine (ständige) Schiedsorganisation übernommen wird. Die Schiedsorganisation steht den Verfahrensbeteiligten unterstützend zur Seite.

49 Vgl. auch die Muster-Formulierung in Beck'sches Notar-Handbuch/Mayer/Weiler, 7. Aufl. 2019, § 22 Rdnr. 759 (dort § 16).

50 Beck'sches Notar-Handbuch/Mayer/Weiler, § 22 Rdnr. 182 m. w. N.; Hauschild/Leif Böttcher, DNotZ 2012, 577, 592 f. m. w. N.; zur Beurkundungsbedürftigkeit von Schiedsvereinbarungen bei Beschlussmängelstreitigkeiten siehe auch Heskamp, RNotZ 2012, 415, 418 f. m. w. N.

51 Heskamp, RNotZ 2012, 415, 426 m. w. N.

52 Hauschild/Leif Böttcher, DNotZ 2021, 577, 593 f.; zum Mindestinhalt einer Schiedsvereinbarung Kersten/Bühling/Wachter, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, § 129 Rdnr. 16 ff.

53 Heskamp, RNotZ 2012, 415, 426.

54 Formulierungsvorschläge für Schiedsklauseln bzw. Schiedsvereinbarungen finden sich etwa bei Fuhrmann/Wälzholz, Formularbuch Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2018, M 13.2 (Wälzholz) Schiedsklausel in einer GmbH-Satzung (§ 18); M 26.9 (Lichtenschwimmer) Schiedsklausel in einem KG-Gesellschaftsvertrag (§ 14) sowie bei Kersten/Bühling/Wachter, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, § 129 Rdnr. 32 M (Muster einer Schiedsordnung auch für Beschlussmängelstreitigkeiten als Anlage zur Satzung einer GmbH).

Sind die Mindestanforderungen des BGH einzuhalten, sollte detailliert geprüft werden, ob die Schiedsvereinbarung den aufgestellten Kriterien genügt, da ansonsten die Nichtigkeit der Schiedsvereinbarung *insoweit* (Teilnichtigkeit) droht.

Der Beschluss des BGH vom 23.09.2021 schafft Rechtssicherheit, da er bestimmt, unter welchen Umständen die Anforderungen aus „Schiedsfähigkeit II“ auch bei Schiedsklauseln in Personengesellschaftsverträgen Anwendung finden. Aufgabe des Vertragsgestalters ist daher nicht nur, die Einhaltung der Mindestanforderungen zu überwachen, sondern auch in dem konkreten Gesellschaftsvertrag klar herauszuarbeiten, ob Beschlussmängelstreitigkeiten dem Anfechtungsmodell oder dem Feststellungsmodell folgen sollen. Bei Gestaltungen, die zwischen dem Anfechtungs- und Feststellungsmodell angesiedelt sind,⁵⁵ sollte man äußerste Vorsicht walten lassen und ausdrücklich festhalten, ob eine – sei es auch nur schuldrechtliche – Rechtskrafterstreckung/Bindung der weiteren Gesellschafter intendiert ist. Der BGH stellt im Zweifel maßgeblich auf die Passivlegitimation der Gesellschaft ab.

55 Siehe hierzu *Liebscher/Günther*, ZIP 2022, 713, 715 f.

14. Übergang der Verwalterstellung bei Ausgliederung eines einzelkaufmännischen Unternehmens zur Neugründung einer GmbH

BGH, Urteil vom 02.07.2021, V ZR 201/20 (Vorinstanz: LG Berlin, Urteil vom 11.08.2020, 53 S 34/19)

BGB § 673

UmwG § 20 Abs. 1 Nr. 2, § 152

WEG § 26

LEITSATZ:

Bei der Ausgliederung eines zum Verwalter bestellten einzelkaufmännischen Unternehmens zur Neugründung einer Kapitalgesellschaft gehen die Organstellung und der Verwaltervertrag in aller Regel im Wege der Rechtsnachfolge auf den übernehmenden Rechtsträger über; allein der Umstand, dass eine natürliche Person zum Verwalter bestellt wurde, gibt dem Verwalteramt und -vertrag nicht ein höchstpersönliches Gepräge.

Die Entscheidung ist abgedruckt in DNotZ 2022, 60.

15. Einreichung der GmbH-Gesellschafterliste als höchstpersönliche Wissenserklärung des Geschäftsführers

OLG Brandenburg, Beschluss vom 23.02.2022, 7 W 21/22

GmbHG § 40 Abs. 1 Satz 1

ZPO §§ 887, 888, 894

LEITSÄTZE:

1. **Das Einreichen einer Liste der Gesellschafter (§ 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG) ist keine Willenserklärung; die Liste gilt nicht mit der Rechtskraft des Urteils als eingereicht, das zum Einreichen der Liste verpflichtet.**
2. **Das Einreichen der Liste steht den anderen höchstpersönlichen Versicherungen des Geschäftsführers gegenüber dem Registergericht gleich, mit denen er über rechtliche oder tatsächliche Umstände, die in der Vergangenheit eingetreten oder nicht eingetreten sind, zu berichten hat und die ebenfalls als unvertretbare Handlungen zu vollstrecken sind.**

AUS DEN GRÜNDEN:

1 Die Beschwerde ist unbegründet.

2 Der titulierte Anspruch, die Schuldnerin solle eine Gesellschafterliste bei dem Registergericht einreichen, ist nach § 888 Abs. 1 ZPO zu vollstrecken. Die von dem Gläubiger beantragte Ermächtigung, die Liste einzureichen (§ 887 Abs. 1 ZPO), kann ihm nicht erteilt werden.

3 Das Einreichen einer Liste der Gesellschafter (§ 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG) ist keine Willenserklärung; die Liste gilt nicht mit der Rechtskraft des Urteils als eingereicht (§ 894 Satz 1 ZPO). Die Selbstexekution ist vorgesehen, um den Entschluss des Schuldners zu ersetzen. § 894 ZPO fingiert die Willensbildung und die Entäußerung der darauf beruhenden Erklärung.

4 Die Liste der Gesellschafter zusammenzustellen und einzureichen, hängt indes nicht von dem Entschluss ab, eine Rechtsfolge bewirken oder nicht oder anders bewirken zu wollen. In der Liste wird nicht ein Rechtsfolgewilligen verkörpert, sondern sie enthält einen formalisierten Bericht über eine erfolgte Veränderung in den Personen der Gesellschafter oder ihrer Beteiligung (§ 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG). Die Liste ist weder Willenserklärung noch geschäftsähnliche Handlung, sondern Wissenserklärung.

5 Diese Wissenserklärung ist eine unvertretbare Handlung, die mit den Zwangsmitteln nach § 888 Abs. 1 ZPO zu vollstrecken ist. Sie kann nicht durch einen anderen als die nach § 40 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1 GmbHG Verpflichteten abgegeben werden. Der Geschäftsführer hat höchstpersönlich (MünchKomm-GmbHG/Heidinger, 3. Aufl. 2018, § 16 Rdnr. 45, § 40 Rdnr. 176) zu erklären, welche Veränderungen sich nach seiner Kenntnis im Gesellschafter- und Beteiligungsbestand ergeben haben. Das Einreichen der Liste steht den anderen höchstpersönlichen Versicherungen des Geschäftsführers gegenüber dem Registergericht gleich (§ 8 Abs. 2 Satz 1, Abs. 3 Satz 1, § 39 Abs. 3, § 57



Abs. 2, § 57i Abs. 2 Satz 2, § 58 Abs. 1 Nr. 4, § 67 Abs. 3 GmbHG), mit denen er über rechtliche oder tatsächliche Umstände, die in der Vergangenheit eingetreten oder nicht eingetreten sind, zu berichten hat und die ebenfalls als unvertretbare Handlungen zu vollstrecken sind (vgl. *Noack/Servatius/Haas-Beurskens*, GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 78 Rdnr. 16 f.; MünchKomm-GmbHG/*Herrler*, § 78 Rdnr. 41; BeckOK-GmbHG/*Jaeger*, Stand: Aug. 2021, § 78 Rdnr. 10).

6 Ob die Vollstreckung durch Zwangsgeld und Zwangshaft (§ 888 Abs. 1 ZPO), wie der Gläubiger meint, von vornherein untauglich sein könnte, weil der Geschäftsführer der Schuldnerin sich bereits bei vorangegangenen Vollstreckungen gegenüber diesen Zwangsmitteln als unempfindlich erwiesen habe, bleibt ohne Bedeutung. Die Methoden der Zwangsvollstreckung werden nicht anhand dieser Erwartung voneinander unterschieden, sondern allein anhand des Differenzierungsmerkmals der vertretbaren oder unvertretbaren Handlung.

7 Da der Vollstreckungsantrag sich aus den dargelegten Gründen als unbegründet erweist, braucht der Senat die von dem Gläubiger zuletzt aufgeworfene Frage nicht zu erörtern, ob die Vollstreckbarkeit des Titels auch in Frage gestellt sein könnte, weil er in der Entscheidungsformel einen Geschäftsführer der Schuldnerin namentlich benennt, der inzwischen aber abberufen sein könnte.

8 Eine Umdeutung des Vollstreckungsantrages kommt nicht in Betracht, weil der Gläubiger ausdrücklich und nur nach § 887 ZPO vorgegangen wissen möchte und die Vollstreckung nach § 888 ZPO für unzureichend hält.

9 Die Kostenentscheidung beruht auf den § 891 Satz 3, § 97 Abs. 1 ZPO. Einer Wertfestsetzung bedarf es nicht, weil die Gerichtsgebühren nicht nach einem Wert bemessen werden (§ 67 Abs. 2 GKG).

10 Anlass, die Rechtsbeschwerde zuzulassen (§ 574 Abs. 2 und 3 ZPO), besteht nicht.

INTERNATIONALES PRIVATRECHT

16. Scheidung durch palästinensisches Scharia-Gericht als Heimatstaatsentscheidung

KG, Beschluss vom 11.01.2022, 1 W 345/21

EGBGB Art. 5
FamFG § 107
PStG §§ 49, 51
StlÜbk Art. 1, 12

LEITSATZ:

Bei einer im Westjordanland unter Beteiligung eines Scharia-Gerichts erfolgten Scheidung der Ehe eines dort wohnhaften Palästinensers und einer ebenfalls dort wohnhaften Palästinenserin handelt es sich um eine sogenannte Heimatstaatsentscheidung. Stellt sich bei der Beurkundung eines Personenstandsfall es die Vorfrage, ob eine

solche Scheidung im Inland anzuerkennen ist, kann die Beurkundung nicht abgelehnt werden, weil kein Verfahren auf Anerkennung der Scheidung durch die Justizverwaltungsbehörde erfolgt ist. Über die Anerkennung hat der Standesbeamte selbst zu entscheiden.

BEURKUNDUNGS- UND NOTARRECHT

17. Prüfungspflicht des Notars im Rahmen seiner Vollzugstätigkeit nach § 53 BeurkG

BGH, Beschluss vom 09.12.2021, V ZB 25/21 (Vorinstanz: LG Passau, Beschluss vom 06.04.2021, 2 T 75/20)

BeurkG § 53
BNotO § 15 Abs. 2 Satz 3
FamFG § 65 Abs. 3, § 68 Abs. 3 Satz 1

LEITSÄTZE:

- 1. Die Beschwerde nach § 15 Abs. 2 Satz 1 BNotO kann auf neue Tatsachen gestützt werden (§ 65 Abs. 3 FamFG i. V. m. § 15 Abs. 2 Satz 3 BNotO). Unabhängig davon hat das Beschwerdegericht die Beschwerde wie ein Erstgericht auf alle Gründe zu prüfen, die ihr zum Erfolg verhelfen können (§ 68 Abs. 3 Satz 1 i. V. m. § 15 Abs. 2 Satz 3 BNotO); dabei hat es auch nach der Entscheidung des Notars bekanntgewordene Umstände zu berücksichtigen.**
- 2. Bescheide oder Gutachten über den Wert eines verkauften Grundstücks sind grundsätzlich ungeeignet, die evidente Unwirksamkeit eines über das Grundstück geschlossenen Kaufvertrags unter dem Gesichtspunkt eines wucherähnlichen Rechtsgeschäfts gegenüber dem Notar zu belegen; er muss sie daher im Rahmen seiner Vollzugstätigkeit nach § 53 BeurkG nicht prüfen. Entsprechendes gilt für das Beschwerdegericht, das im Rahmen einer Beschwerde nach § 15 Abs. 2 BNotO nur zu entscheiden hat, ob der Notar pflichtwidrig handelt.**

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Beteiligte zu 1 (nachfolgend Verkäuferin) verkaufte mit notariellem Vertrag vom 12.12.2019 an den Beteiligten zu 2 (nachfolgend Käufer) ein Grundstück zu einem Kaufpreis von 110.000 €. In dem Vertrag erklärten die Beteiligten die Auflassung, zudem bewilligte die Verkäuferin und beantragte der Käufer zur Sicherung des Anspruchs auf Übertragung des Eigentums die Eintragung einer Vormerkung zugunsten des Käufers. Die Beteiligten beauftragten die beurkundende Notarin mit dem Vollzug der Urkunde. Mit Schreiben vom 15.04.2020 teilte die Verkäuferin der Notarin mit, dass der Käufer ihr bei Vertragsabschluss zugesichert habe, er würde ihr eine Eigentumswohnung suchen sowie ihr bei einem Umzug behilflich sein. Ihre Bitte, dies schriftlich festzulegen, habe er abgelehnt.

2 Mit Vorbescheid vom 22.04.2020 hat die Notarin angekündigt, den weiteren Vollzug der Urkunde nicht zu betrei-

ben, da eine hohe Wahrscheinlichkeit dafür spreche, dass eine nicht beurkundete Nebenabrede vorliege, die nach § 311b BGB zur Nichtigkeit des Kaufvertrags führe. Hiergegen hat sich der Käufer gewandt, woraufhin die Notarin mit Abhilfebescheid vom 25.06.2020 angekündigt hat, den Vollzug der Urkunde weiter zu betreiben. Die hiergegen gerichtete Beschwerde der Verkäuferin, die sie im Laufe des Beschwerdeverfahrens erstmals auch auf die Begründung gestützt hat, es liege ein wucherähnliches Geschäft vor, hat das LG zurückgewiesen. Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde möchte die Verkäuferin die Wiederherstellung der Entscheidung der Notarin vom 22.04.2020 erreichen.

3 II. Das Beschwerdegericht meint, die Notarin habe zu Recht angekündigt, den Vollzug der Kaufvertragsurkunde weiter zu betreiben, da eine Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts nicht ohne jeden vernünftigen Zweifel erkennbar sei. Die von der Verkäuferin vorgetragene Nebenabrede zum Kaufvertrag begründe eine derartige Evidenz nicht, denn es sei nicht offensichtlich, dass es sich um eine rechtsgeschäftliche Vereinbarung gehandelt habe. Auch eine Sittenwidrigkeit des Vertrags wegen eines wucherähnlichen Geschäfts sei nicht evident. Nach den von der Verkäuferin vorgelegten Unterlagen könne nicht zweifelsfrei von einem besonders groben Missverhältnis zwischen Kaufpreis und Verkehrswert ausgegangen werden. Darüber hinaus habe der Käufer beachtliche Gründe vorgebracht, die die Vermutung einer verwerflichen Gesinnung erschüttern könnten. Die Klärung der streitigen Fragen könne nur im Zivilprozess erfolgen.

4 III. Die infolge der Zulassung statthafte (§ 15 Abs. 2 Satz 3 BNotO i. V. m. § 70 Abs. 1 und 2 FamFG) und auch im Übrigen zulässige (§ 71 FamFG) Rechtsbeschwerde ist unbegründet. Zutreffend nimmt das Beschwerdegericht an, dass die Notarin gemäß § 53 BeurkG verpflichtet ist, den Vollzug der Kaufvertragsurkunde weiter zu betreiben.

5 1. Im Rahmen einer Beschwerde nach § 15 Abs. 2 BNotO ist nur zu prüfen, ob der Notar pflichtwidrig handelt. Dabei ist zu berücksichtigen, dass es nicht Aufgabe des Notars und damit nicht Aufgabe der über eine Notarbeschwerde entscheidenden Gerichte der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist, über die materiellrechtliche Wirksamkeit einer beurkundeten Willenserklärung zu befinden. Die Pflicht, vollzugsreife Urkunden beim Grundbuchamt einzureichen, besteht auch dann, wenn ein Beteiligter die Wirksamkeit der zu vollziehenden Erklärungen mit beachtlichen Gründen bestreitet (vgl. Senat, Beschluss vom 19.09.2019, V ZB 119/18, NJW 2020, 610 Rdnr. 16, 40; Beschluss vom 05.02.2020, V ZB 6/20, juris Rdnr. 6 f.). Der Beteiligte kann solche Einwendungen mit Aussicht auf Erfolg nur beim Prozessgericht geltend machen (vgl. Senat, Beschluss vom 19.09.2019, V ZB 119/18, NJW 2020, 610 Rdnr. 45). Der Notar hat von dem Vollzug einer notariellen Urkunde nur dann abzusehen, wenn die Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts für ihn ohne jeden vernünftigen Zweifel erkennbar, also evident ist (vgl. Senat, Beschluss vom 19.09.2019, V ZB 119/18, NJW 2020, 610 Rdnr. 19 f.).

6 2. Eine evidente Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts liegt hier offensichtlich nicht vor.

7 a) Es ist nicht evident, dass der beurkundete Kaufvertrag wegen fehlender Beurkundung einer vertraglichen Nebenabrede nach § 125 Satz 1 BGB nichtig ist. Der Käufer macht geltend, dass sein Versprechen lediglich aus Freundschaft, also ohne Rechtsbindungswillen erfolgt sei; zudem ist er in seiner E-Mail vom 16.04.2020 der Darstellung der Verkäuferin insgesamt und damit entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde auch ihrer Einlassung, er habe ihren Wunsch auf schriftliche Fixierung des Versprechens abgelehnt, entgegengetreten. Die Klärung des streitigen Vortrags und auch der mit der Rechtsbeschwerde geltend gemachten Zweifel an der Glaubwürdigkeit der Einlassung des Käufers kann nur vor den Zivilgerichten erfolgen.

8 b) Auch eine evidente Nichtigkeit des Vertrags nach § 138 Abs. 1 BGB liegt nicht vor.

9 aa) Der diesbezügliche Einwand der Verkäuferin ist ungeachtet dessen zu berücksichtigen, dass er erstmals mit der Beschwerde vorgebracht worden ist. Die Beschwerde kann auf neue Tatsachen gestützt werden (§ 65 Abs. 3 FamFG i. V. m. § 15 Abs. 2 Satz 3 BNotO). Unabhängig davon hat das Beschwerdegericht die Beschwerde wie ein Erstgericht auf alle Gründe zu prüfen, die ihr zum Erfolg verhelfen können (vgl. § 68 Abs. 3 Satz 1 FamFG sowie dazu BGH, Beschluss vom 21.11.2012, XII ZB 306/12, NJW-RR 2013, 193 Rdnr. 11); dabei hat es auch nach der Entscheidung des Notars bekanntgewordene Umstände zu berücksichtigen (so auch BeckOK-BNotO/Sander, Stand: 31.07.2021], § 15 Rdnr. 136 f.). Dieser sich aus der Verweisung in § 15 Abs. 2 Satz 3 BNotO auf das FamFG ergebende Prüfungsumfang korrespondiert mit dem Zweck der Beschwerde nach § 15 Abs. 2 Satz 1 BNotO, der Durchsetzung des Anspruchs des Beschwerdeführers auf Vornahme bzw. Nichtvornahme der notariellen Amtstätigkeit (vgl. hierzu *Preuß*, DNotZ 2010, 265, 279, vgl. auch *Frenz/Miermeister/Frenz*, BNotO, 5. Aufl., § 15 Rdnr. 45; BeckOK-BNotO/Sander, § 15 Rdnr. 137).

10 bb) Entgegen der Auffassung der Verkäuferin lassen der von ihr vorgelegte Bescheid des Finanzamts und das von ihr eingeholte Verkehrswertgutachten nicht ohne jeden vernünftigen Zweifel erkennen, dass es sich bei dem Kaufvertrag um ein wucherähnliches Rechtsgeschäft handelt.

11 Das folgt bereits daraus, dass ein wucherähnliches Rechtsgeschäft nicht allein aus einem objektiven Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung abgeleitet werden kann. Ein gegenseitiger Vertrag ist als wucherähnliches Rechtsgeschäft nach § 138 Abs. 1 BGB sittenwidrig, wenn zwischen Leistung und Gegenleistung ein auffälliges Missverhältnis besteht und außerdem mindestens ein weiterer Umstand hinzukommt, der den Vertrag bei Zusammenfassung der subjektiven und der objektiven Merkmale als sittenwidrig erscheinen lässt. Dies ist insbesondere der Fall, wenn eine verwerfliche Gesinnung des Begünstigten hervorgetreten ist. Ist das Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung besonders grob, lässt dies zwar den Schluss auf eine verwerfliche Gesinnung des Begünstigten zu; hierbei handelt es sich aber lediglich um eine tatsächliche Vermutung (vgl. Senat, Urteil vom 09.10.2009, V ZR 178/08, NJW 2010, 363 Rdnr. 12 ff.), die erschüttert werden kann.

12 Hinzu kommt, dass der behauptete Verkehrswert eines Grundstücks durch die Vorlage von Gutachten oder Bescheiden für den Notar kaum jemals zweifelsfrei feststehen wird. Denn er kann nicht mit der gebotenen Eindeutigkeit nachvollziehen, dass die darin getroffenen Einschätzungen zum Wert zutreffend sind; eine solche Klärung ist nur innerhalb eines Zivilverfahrens vor den ordentlichen Gerichten möglich. Bescheide oder Gutachten über den Wert eines verkauften Grundstücks sind daher grundsätzlich ungeeignet, die evidente Unwirksamkeit eines über dieses Grundstück geschlossenen Kaufvertrags unter dem Gesichtspunkt eines wucherähnlichen Rechtsgeschäfts gegenüber dem Notar zu belegen; er muss sie daher im Rahmen seiner Vollzugstätigkeit nach § 53 BeurkG nicht prüfen. Entsprechendes gilt für das Beschwerdegericht, das im Rahmen einer Beschwerde nach § 15 Abs. 2 BNotO nur zu entscheiden hat, ob der Notar pflichtwidrig handelt.

13 IV. Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 15 Abs. 2 Satz 3 BNotO i. V. m. § 84 FamFG. Die Festsetzung des Gegenstandswerts beruht auf § 61 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 36 Abs. 1 GNotKG und orientiert sich an der Festsetzung des Beschwerdegerichts.

ANMERKUNG:

Von Notar a. D. Dr. Julius Forschner, Würzburg

1. Allgemeines zum Wucher und wucherähnlichen Geschäft

Die Nichtigkeit eines Grundstückskaufvertrags kann sich zunächst aus § 138 Abs. 2 BGB unter dem Gesichtspunkt des Wuchers ergeben. Nach § 138 Abs. 2 BGB ist insbesondere ein Rechtsgeschäft nichtig, durch das jemand unter Ausbeutung der Zwangslage, der Unerfahrenheit, des Mangels an Urteilsvermögen oder der erheblichen Willensschwäche eines anderen sich oder einem Dritten für eine Leistung Vermögensvorteile versprechen oder gewähren lässt, die in einem auffälligen Missverhältnis zu der Leistung stehen. Sinn und Zweck der Nichtigkeitsanktion ist es, Personen, die sich in einer Schwächesituation befinden, vor einer wirtschaftlichen Ausbeutung zu schützen. Aufgrund der sehr engen Tatbestandsvoraussetzungen kommt dieser Norm in der Praxis allerdings eine sehr geringe Bedeutung zu.¹ Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund des kaum möglichen Nachweises des subjektiven Tatbestands und der Kenntnis des Begünstigten.²

Praktisch deutlich größere Bedeutung hat das von der Rechtsprechung entwickelte Institut des „wucherähnlichen Geschäfts“, was gemäß § 138 Abs. 1 BGB zur Nichtigkeit des Grundstückskaufvertrags führen kann. Hierfür ist in objektiver Hinsicht – wie beim Wucher auch – ein besonders grobes Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung erforderlich. In subjektiver Hinsicht bedarf es einer verwerflichen Gesinnung des begünstigten

Teils.³ Ein besonders grobes Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung, welches ohne das Hinzutreten weiterer Umstände den Schluss auf eine verwerfliche Gesinnung des Begünstigten erlaubt, soll nach Auffassung des BGH bei Grundstückskaufverträgen grundsätzlich ab einer Verkehrswertüberschreitung oder -unterschreitung von 90 % vorliegen.⁴ Mit anderen Worten wird die verwerfliche Gesinnung ohne Hinzutreten der weiteren Umstände bei Überschreiten der vorgenannten Grenze (widerleglich⁵) vermutet. Die Vermutung der verwerflichen Gesinnung wird auch nicht dadurch ausgeschlossen, dass beide Vertragsteile das Missverhältnis kennen.⁶

Für die notarielle Praxis ist diese Rechtsprechung nicht unproblematisch, da dem beurkundenden Notar regelmäßig weder der Verkehrswert des Grundstücks bekannt noch für ihn eine verwerfliche Gesinnung aufseiten eines der Beteiligten erkennbar ist (dazu sogleich).

2. Allgemeines zur Vollzugspflicht des Notars

Wird dem Notar vor der Beurkundung bekannt, dass Tatsachen vorliegen, die zu einer Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts führen, so hat er die Beurkundung gemäß § 4 BeurkG abzulehnen.⁷ Anhaltspunkte können sich für den Notar insbesondere ergeben, wenn die Immobilie innerhalb kurzer Zeit bei ihm mit erheblichem Aufschlag weiterverkauft wird.⁸ Gibt es für die Preissteigerung allerdings eine nachvollziehbare Erklärung, darf er die Beurkundung nicht ablehnen.⁹

Nicht selten erlangt der Notar erst nach Beurkundung, aber vor Fälligkeitstellung des Kaufpreises oder vor Einreichung der Auflassung beim Grundbuchamt Kenntnis von der möglichen Unwirksamkeit des Kaufvertrags. Möglich ist dies, wenn einer der Beteiligten den Vertrag bereut und dem Notar gegenüber Unwirksamkeitsgründe vorbringt. Ebenfalls denkbar ist, dass Dritte dem Notar Kenntnisse über den wahren Wert des Grundstücks verschaffen, etwa die Gemeinde im Rahmen der Vorkaufrechtsverzichtserklärung. Das ist zwar sicherlich nicht Aufgabe der Gemeinde in diesem Zusammenhang, einen solchen Fall hat der Autor aber selbst schon in der Praxis erlebt. Grundsätzlich gilt, dass der Notar die Einreichung einer Urkunde beim Grundbuchamt nicht auf Weisung nur eines der Beteiligten unterlassen darf.¹⁰ Das ergibt sich

1 BeckOK-BGB/Wendtland, Stand: 01.02.2022, § 138 Rdnr. 40; Grüneberg/Ellenberger, 81. Aufl. 2022, § 138 Rdnr. 65.

2 BeckOGK-BGB/Jakl, Stand: 01.01.2022, § 138 Rdnr. 595.

3 MünchKomm-BGB/Armbrüster, 9. Aufl. 2021, § 138 Rdnr. 215.

4 BGH, Urteil vom 24.01.2014, V ZR 249/12, NJW 2014, 1652 m. w. N.

5 MünchKomm-BGB/Armbrüster, § 138 Rdnr. 216.

6 BGH, Urteil vom 29.06.2007, V ZR 1/06, NJW 2007, 2841, 2842 Rdnr. 18.

7 Winkler, BeurkG, 19. Aufl. 2019, § 4 Rdnr. 9.

8 BGH, Urteil vom 05.12.2019, III ZR 112/18, DNotZ 2020, 330 Rdnr. 14.

9 BGH, Urteil vom 05.12.2019, III ZR 112/18, DNotZ 2020, 330 Rdnr. 15.

10 BeckOGK-BeurkG/Regler, Stand: 01.12.2021, § 53 Rdnr. 24.

schon aus dem klaren Wortlaut des § 53 BeurkG. Aber auch für den Fall, dass § 53 BeurkG durch einen anderweitigen Vollzugsauftrag im Kaufvertrag abbedungen ist, ergibt sich das gleiche Ergebnis aus dem Sinn und Zweck der im Kaufvertrag üblicherweise vereinbarten Vorlagesperre. Diese soll zwar vorrangig den Verkäufer schützen, damit er das Eigentum nicht verliert, bevor er die Gegenleistung erhalten hat. Sie soll aber auch gleichzeitig dem Käufer gewährleisten, dass der Verkäufer den Vollzug im Grundbuch nach Leistung durch den Käufer nicht mehr einseitig verhindern kann. Der Notar darf den Vollzug deshalb nur dann aussetzen, wenn der Kaufvertrag ersichtlich unwirksam ist oder eine hohe Wahrscheinlichkeit besteht, dass beim Vollzug der Urkunde das Grundbuch unrichtig werden würde.¹¹ Für letzteres genügt aber die Unwirksamkeit allein des schuldrechtlichen Geschäfts nicht.

In Zweifelsfällen empfiehlt sich stets, den Beteiligten das geplante Vorgehen in einem Vorbescheid anzukündigen.¹² Widerspricht einer der Beteiligten dem Vollzug, so ist der Notar regelmäßig sogar dazu verpflichtet, zunächst einen Vorbescheid zu erlassen.¹³

3. Bewertung der Entscheidung

Die vorliegende Entscheidung ist erfreulich, bringt sie doch mehr Gewissheit im Umgang mit unsicheren Tatsachengrundlagen in der Praxis. In dem hier entschiedenen Fall lag in doppelter Hinsicht eine unsichere Tatsachengrundlage vor: Zum einen standen nicht beurkundete Nebenabreden im Raum, zum anderen machte die Verkäuferin im Laufe des Beschwerdeverfahrens geltend, es liege ein wucherähnliches Rechtsgeschäft vor. Der BGH geht – meines Erachtens völlig zu Recht – davon aus, dass der Vollzug weiter zu betreiben war. Die Entscheidung zieht eine einleuchtende Grenze zwischen beurkundungsrechtlicher Vollzugspflicht und Klärung der Wirksamkeit des Vertrages in einem möglichen Zivilprozess.

Der Notar hat vom Vollzug einer Urkunde nur abzusehen, wenn die Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts ohne jeden vernünftigen Zweifel erkennbar, also evident, ist.¹⁴ Dafür genügt dem BGH weder die bloße Behauptung der nicht beurkundeten Nebenabrede durch den Verkäufer noch die Vorlage eines Wertgutachtens sowie der Bemessungsgrundlage des FA für Zwecke der Erbschaftsteuer. Die Wertdifferenzen sind durchaus beachtlich. Der Kaufpreis betrug 110.000 €. Das FA stellte den Grund-

stückswert für Zwecke der Erbschaftsteuer mit 255.236 € fest, ein Gutachten des Gutachterausschusses bezifferte den Verkehrswert des Objekts auf 385.000 €. Dies geht aus der BGH-Entscheidung zwar nicht unmittelbar hervor, lässt sich aber dem Tatbestand der Vorinstanz entnehmen.¹⁵ Richtig ist zunächst die Aussage des BGH, dass auch ein Gutachten einen Verkehrswert nicht mit letzter Sicherheit festzustellen vermag. Das zeigt schon der vorliegende Fall, in dem selbst die beiden Wertfeststellungen noch mehr als 50 % auseinander liegen. Gleichwohl wird man im vorliegenden Fall jedoch davon ausgehen müssen, dass man die objektive Seite des wucherähnlichen Geschäfts aufgrund der Eindeutigkeit der Sachlage hätte erkennen können. Meines Erachtens ist die Einschätzung des BGH trotz der erheblichen Wertdifferenzen im Ergebnis völlig zutreffend. Für den Verkauf eines Grundstücks (auch erheblich) unter Wert kann es verschiedene Gründe geben. Auch wenn die verwerfliche Gesinnung ab einer gewissen Verkehrswertüber- oder -unterschreitung vermutet wird, ist die subjektive Seite für den Notar anhand eines Wertgutachtens niemals sicher feststellbar. Denn es handelt sich lediglich um eine tatsächliche Vermutung, die erschüttert werden kann.¹⁶ Ob eine solche Erschütterung gelingen mag, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab, die für den Notar – ohne die Möglichkeit einer Beweiserhebung wie im Zivilverfahren – nicht ermittelbar sind. Insofern ist es konsequent, den Notar nicht in die Situation zu bringen, den Vollzug von subjektiven Elementen auf Seiten der Beteiligten abhängig machen zu müssen. Diese Streitigkeiten haben die Beteiligten in einem Zivilverfahren zu klären. Für die Praxis bedeutet dies, dass der Notar Verträge zu vollziehen hat, wenn die Unwirksamkeit nicht evident ist. Bestehen Zweifel, so ist der Vollzug durch Vorbescheid anzuzeigen.¹⁷

15 LG Passau, Beschluss vom 06.04.2021, 2 T 75/20, BeckRS 2021, 45772 Rdnr. 8.

16 Rdnr. 11 der besprochenen Entscheidung.

17 Hierzu sei nochmals auf die Muster bei BeckOGK-BeurkG/Regler, § 54 Rdnr. 37 und Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, Rdnr. 2833 ff. verwiesen.

11 BayObLG, Urteil vom 16.01.1998, 3 Z BR 514/97, DNotZ 1998, 646. In diesem Fall war zwischen den Beteiligten streitig, wie hoch der geschuldete Kaufpreis ist und ob der vollständige Kaufpreis gezahlt wurde.

12 BayObLG, Urteil vom 16.01.1998, 3 Z BR 514/97, DNotZ 1998, 646. Muster zum Vorbescheid finden sich z. B. bei BeckOGK-BeurkG/Regler, § 54 Rdnr. 37 und Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 9. Aufl. 2020, Rdnr. 2833 ff.

13 BGH, Beschluss vom 19.09.2019, V ZB 119/18, MittBayNot 2020, 609 m. Anm. Esbjörnsson.

14 Rdnr. 5 der besprochenen Entscheidung.

18. Keine missbräuchliche Vaterschaftsanerkennung bei persönlichen Beziehungen zwischen Vater und Kind

BVerwG, Urteil vom 24.06.2021, 1 C 30.20 (Vorinstanz:
OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 30.01.2020, 3 B 31.19)

AufenthG § 85a Abs. 1

BGB § 1597a

GG Art. 6 Abs. 2 Satz 1

VwGO § 43 Abs. 2 Satz 1, § 44a Satz 1

VwVfG § 35

LEITSÄTZE:

1. Nach § 85a AufenthG kann die Feststellung, dass eine Vaterschaftsanerkennung im Sinne des § 1597a Abs. 1 Satz 1 BGB „missbräuchlich“ ist, auch aus Anlass der Beurkundung der Zustimmungserklärung der Kindesmutter getroffen werden, und zwar auch dann, wenn die Anerkennungserklärung des Vaters bereits vor dem Inkrafttreten der Regelung wirksam beurkundet worden ist.
2. Eine im Sinne des § 1597a Abs. 1 BGB missbräuchliche Vaterschaftsanerkennung liegt jedenfalls dann nicht vor, wenn sie auch der Begründung, Fortsetzung oder Vertiefung einer Eltern-Kind-Beziehung und in diesem Sinne nicht gezielt gerade aufenthaltsrechtlichen Zwecken dient.
3. Der Anerkennende muss die aus der Vaterschaftsanerkennung resultierende elterliche Verantwortung auch tatsächlich wahrnehmen („leben“) wollen; das konkret zu fordernde Maß der tatsächlichen Wahrnehmung hat die Vielfalt grundrechtlich geschützter Möglichkeiten zu berücksichtigen, Eltern-Kind-Beziehungen autonom und weitestgehend frei von staatlichen Vorgaben auszugestalten. Die elterliche Verantwortung muss nicht in allen Dimensionen wahrgenommen werden.
4. (nicht abgedruckt)

19. Keine Amtspflichtverletzung des Notars durch Beurkundung und Vollzug eines Kaufvertrags bei Überschreitung der Vertretungsmacht durch den Geschäftsführer der Verkäufer-GmbH

OLG Koblenz, Urteil vom 03.02.2022, 1 U 651/21, mitgeteilt von Notar Prof. Dr. **Christopher Keim**, Ingelheim am Rhein

BeurkG § 17 Abs. 3, § 53

BNotO § 19 Abs. 1

GmbHG § 37 Abs. 2

HGB § 15 Abs. 3

LEITSÄTZE:

1. Ein Notar begeht keine Amtspflichtverletzung, wenn er die organschaftliche Vertretungsmacht eines GmbH-Geschäftsführers zum Abschluss eines Grundstückkaufvertrages durch Einsichtnahme in das Handelsregister überprüft; Beschränkungen der Vertretungsmacht des Geschäftsführers wirken sich – außer in den Fällen der Evidenz und Kollusion – nur im Innenverhältnis der Gesellschaft aus. (Leitsatz der Schriftleitung)
2. Bei der nachträglichen Änderung der Kontoverbindung des Verkäufers handelt es sich um eine nicht der Beurkundungspflicht unterfallende Änderung des Kaufvertrages, wenn die Auflassung schon zuvor erklärt wurde. (Leitsatz der Schriftleitung)
3. Auch nach Mitteilung des Alleingeschafters einer GmbH, der Geschäftsführer habe seine Vertretungsmacht überschritten, ist der Notar grundsätzlich zum Vollzug eines zuvor geschlossenen Kaufvertrages verpflichtet. Die Vollziehung eines unter § 53 BeurkG fallenden Vertretergeschäfts hat der Notar nur dann zu unterlassen, wenn für ihn ohne jeden vernünftigen Zweifel erkennbar und damit offensichtlich ist, dass eine materiellrechtlich wirksame Vollmacht nicht (mehr) vorliegt oder ein evidenter Missbrauch einer im Außenverhältnis unbeschränkten Vollmacht aufgrund von Verstößen gegen im Innenverhältnis bestehende Beschränkungen gegeben ist. (Leitsatz der Schriftleitung)

AUS DEN GRÜNDEN:

I. 1. Die Klägerin nimmt den Beklagten mit dem Vorwurf notarieller Amtspflichtverletzungen auf Schadensersatz in Anspruch.

Der Beklagte ist Notar mit Amtssitz (...), bei der Klägerin handelt es sich um eine GmbH, die als Verlag für moderne Technologien und Datensicherheit Informationen publiziert und Software erstellt. Alleinige Gesellschafterin der Klägerin ist ihre jetzige Geschäftsführerin. Ursprünglich war deren Ehemann, entsprechend dem Handelsregister – bis zu seiner am 26.07.2019 im Handelsregister eingetragenen Abberufung – alleiniger, von § 181 BGB befreiter Geschäftsführer der Klägerin.

Die Klägerin war Eigentümerin des Anwesens (...). Am 18.04.2019 veräußerte die Klägerin, vertreten durch ihren

damaligen Geschäftsführer X, dieses Anwesen an K zu einem Kaufpreis von 670.000 €. Der Kaufvertrag einschließlich der Auflassung wurde durch den Beklagten notariell beurkundet, (...), nachdem dieser sich durch Einsichtnahme in das Handelsregister versichert hatte, dass der damalige Geschäftsführer über eine entsprechende Vertretungsmacht verfügte.

Gemäß § 3 des notariellen Kaufvertrages sollten unmittelbar an den Verkäufer zu leistende Zahlungen auf das Konto der Klägerin (...) gezahlt werden.

Mit Schreiben auf dem Briefpapier der Klägerin vom 21.05.2019 teilte der damalige Geschäftsführer (...) dem Beklagten mit, der restliche Kaufpreis solle „wegen des geplanten Erwerbs des Grundstücks in der Schweiz“ auf ein privates Konto des Geschäftsführers in der Schweiz gezahlt werden. Daraufhin forderte der Beklagte den Käufer mit Schreiben vom 04.06.2019 auf, neben der Forderung der der Verbandsgemeinde (...) sowie einer Zahlung auf das Notaranderkonto des Beklagten, den restlichen Kaufpreis auf das Konto des damaligen Geschäftsführers in der Schweiz zu überweisen.

Der Käufer kam der Aufforderung des Beklagten nach und zahlte einen Teilbetrag des Kaufpreises i. H. v. 396.644,04 € auf ein Konto der (...) zur Ablösung des mit der Grundschuld gesicherten Darlehens. Ferner wurden 7.632,10 € an die Verbandsgemeinde (...) zur Ablösung von Verbindlichkeiten sowie 10.000 € auf das Notaranderkonto des Beklagten gezahlt und der restliche Kaufpreis auf das Konto des damaligen Geschäftsführers in der Schweiz überwiesen.

Mit Schreiben vom 10.06.2019 zeigte die Gesellschafterin der Klägerin dem Beklagten an, dass sie mit dem Hausverkauf nicht einverstanden gewesen sei. Sie habe erst einen Tag zuvor durch Zufall von dem Kaufvertrag erfahren und habe dementsprechend Strafanzeige wegen Veruntreuung des Gesellschaftsvermögens gegen den Geschäftsführer der Klägerin erstattet.

Am 17.06.2019 veranlasste der Beklagte nach Bestätigung des Zahlungseingangs durch den damaligen Geschäftsführer die Umschreibung des Eigentums an dem Haus (...) auf den Käufer.

Im Nachgang teilte der frühere Geschäftsführer (...) der Alleingesellschafterin per E-Mail mit, dass er das Geld bereits von seinem Konto abgehoben und in einem bankfremden Schließfach hinterlegt habe, damit die Alleingesellschafterin ohne seine Einwilligung nicht an das Geld der Klägerin oder an sein Geld herankomme. Weiter erklärte er, er müsse die Klägerin und auch sich gegen die Gier der Alleingesellschafterin schützen.

(...)

Das LG hat die Klage abgewiesen. Eine Amtspflichtverletzung in Bezug auf die Beurkundung des Kaufvertrages sei zu verneinen. Insbesondere sei der Beklagte nicht dazu verpflichtet gewesen, zu überprüfen, ob es einen Gesellschafterbeschluss hinsichtlich der Veräußerung des Anwesens gab. Der Beklagte habe durch die

Einsichtnahme in das Handelsregister das Vorliegen der Vertretungsmacht des damals für die Klägerin agierenden Geschäftsführers überprüft und sei damit seiner Pflicht aus § 17 Abs. 1 Satz 1 BeurkG hinreichend nachgekommen. Anlass für eine weitergehende Prüfung habe nicht bestanden. Allein der Veräußerungsgegenstand – ein Einfamilienhaus – und die Tätigkeit eines Fremdgeschäftsführers habe keinen ausreichenden Anlass für die Annahme geboten, es handele sich bei dem streitgegenständlichen Anwesen um das einzige Vermögen der Klägerin. Ob dem Beklagten bei dem Vollzug der Urkunde ein Verstoß gegen § 14 Abs. 2 BeurkG i. V. m. § 4 BeurkG vorzuwerfen sei, könne dahinstehen, da die Klägerin jedenfalls einen adäquat kausalen Schaden weder hinreichend dargelegt noch bewiesen habe. Den erforderlichen Gesamtvermögensvergleich habe sie nicht vorgenommen. Insbesondere sei sie auch für den Vortrag, dass nach Zahlung der restlichen Kaufpreissumme keine Verbindlichkeiten der Klägerin durch den damaligen Geschäftsführer beglichen worden seien, beweisbelastet, da es sich bei den vom Beklagten behaupteten Zahlungen durch den damaligen Geschäftsführer der Klägerin im Juni 2019 nicht um eine Schadenswiedergutmachung handele, sondern dies als einheitlicher Vorgang im Rahmen der Geschäftsführung zu betrachten sei. Schließlich bestehe für die Klägerin auch eine anderweitige Ersatzmöglichkeit durch Inanspruchnahme des früheren Geschäftsführers. Diese sei weder aussichtslos noch sei sie der Klägerin unzumutbar. Es sei dem Beklagten auch nicht verwehrt, die Klägerin auf diese anderweitige Ersatzmöglichkeit zu verweisen, da es keine Anhaltspunkte für ein vorsätzliches Handeln des Beklagten – eine Pflichtverletzung unterstellt – gebe.

Hiergegen wendet sich die Klägerin mit ihrer Berufung, zu deren Begründung sie unter Wiederholung ihres erstinstanzlichen Vorbringens im Wesentlichen Folgendes ausführte: Es habe sich dem Beklagten aufdrängen müssen, dass der Verkauf des Anwesens nicht von der üblichen Vollmacht des Geschäftsführers gedeckt gewesen sei, sondern vielmehr der Zustimmung der Gesellschafterversammlung bedurft habe, da es sich um einen Vertrag betreffend die Übertragung des Vermögens als Ganzem, eine sog. stille Liquidation, gehandelt habe. Das Anwesen in (...) sei das einzig relevante Vermögen der Klägerin gewesen. Auch im Hinblick auf den Gesellschaftszweck habe der Hausverkauf ein völlig ungewöhnliches Geschäft dargestellt. Weiter habe der Beklagte die Anweisung an den Käufer, den restlichen Kaufpreis auf das Konto eines Dritten im Ausland zu zahlen, nicht erteilen dürfen. Zum einen sei das Schreiben vom 21.05.2019 nicht unterschrieben gewesen. Zum anderen habe es sich bei der Änderung des Zahlungskontos um eine erhebliche und damit beurkundungspflichtige Änderung des Kaufvertrages gehandelt. Schließlich hätte der Beklagte die Anweisung nicht treffen dürfen; ihm hätte sich aufdrängen müssen, dass Geld an der Klägerin vorbei ins Ausland habe transferiert werden sollen. Da der Beklagte am 10.06.2019 von der Alleingesellschafterin über den

Missbrauch der Vertretungsmacht informiert worden sei, hätte er zumindest die Eigentumsumschreibung stoppen müssen.

Hierdurch sei ihr ein Schaden i. H. v. 266.712,28 € entstanden, da der restliche Kaufpreis auf ein Konto des damaligen Geschäftsführers geflossen sei, auf das sie keinen Zugriff habe. Soweit der Beklagte behaupte, dass hiermit zumindest teilweise Gesellschaftsverbindlichkeiten bedient worden seien, sei dieser beweisbelastet, da es sich hierbei um eine negative Tatsache handele. Überdies habe sie sämtliche Einzelkontenbewegungen aus 2019 vorgelegt sowie die Jahresabschlüsse 2018 und 2019, aus denen sich ergebe, dass keine Verbindlichkeiten beglichen worden seien. Verbindlichkeiten bei einem Unternehmensberater (...) habe es zu keinem Zeitpunkt gegeben. Es seien auch keine Zahlungen an die Klägerin geflossen. In Bezug auf das betriebszugehörige Fahrzeug habe der frühere Geschäftsführer (...) keine Darlehensschuld beglichen. Überdies habe (...) das Fahrzeug jedenfalls mitgenommen, weshalb es sich bei einer etwaigen Zahlung auf die Darlehensschuld nicht um eine Leistung zugunsten der Klägerin handele. Schließlich sei das Haus auch unter Wert verkauft worden. Soweit der frühere Geschäftsführer (...) Zahlungen an die Klägerin i. H. v. 8.000 € und 9.000 € veranlasst habe, seien diese Zahlungen zum Ausgleich entnommener Gelder erfolgt.

Schließlich sei es dem Beklagten auch versagt, sie auf eine anderweitige Ersatzmöglichkeit zu verweisen. Der Beklagte habe vorsätzlich gehandelt, da er gewusst habe, dass das Geld auf das Konto einer Nichtvertragspartei im Ausland überwiesen werde. Die anderweitige Ersatzmöglichkeit sei zudem nicht aussichtsreich. Ihr sei das Schließfach, in dem der frühere Geschäftsführer (...) das Geld verstecke, nicht bekannt.

(...) verteidigt das erstinstanzliche Urteil und führt aus, eine Amtspflichtverletzung sei – auch im Hinblick auf die Anweisung an den Käufer, den restlichen Kaufpreis auf ein Konto des damaligen Geschäftsführers der Klägerin im Ausland zu zahlen – nicht gegeben. Zum einen sei das Schreiben vom 21.05.2019 entgegen der anderslautenden Behauptung der Klägerin – wie aus Anlage 3 zum Schriftsatz vom 05.06.2020 ersichtlich – unterschrieben gewesen. Hierbei habe es sich auch nicht um eine beurkundungsbedürftige Vertragsmodifikation gehandelt. Zum anderen sei es von der organschaftlichen Vertretungsmacht des damaligen Geschäftsführers (...) gedeckt gewesen, im Nachhinein das Zielkonto zu ändern. Die Anweisung zur Zahlung auf sein persönliches Konto sei ebenfalls wirksam gewesen, da er – unstrittig – von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit war. Es gebe im Geschäftsleben viele triftige Gründe dafür, Zahlungen auf ein persönliches Konto zu veranlassen. Er sei nicht gehalten gewesen, sich nach den näheren Hintergründen zu erkundigen, dies gehe ihn nichts an. Im Übrigen sei mit der Änderung des Zielkontos auch keine erhöhte Gefährdung der Vermögensinteressen der Klägerin verbunden gewesen. Wäre es beim Ursprungskonto verblieben, hätte der damalige Ge-

schäftsführer (...) sich aufgrund seiner Alleinvertretungsmacht in gleicher Weise Zugriff auf die Mittel verschaffen können, indem er bei der Bank den Guthabenbetrag hätte abheben und das Bargeld in gleicher Weise in das Schweizer Bankschließfach verbringen können. Die Anweisung des damaligen Geschäftsführers sei hiernach für den Beklagten verbindlich und in keiner Weise verdächtig gewesen. Da er erstmals von der Missbilligung der Transaktion durch die Alleingesellschafterin erfahren habe, als der Kaufpreis bereits auf das Konto des damaligen Geschäftsführers gezahlt worden war, sei auch die Eigentumsumschreibung zu vollziehen gewesen.

Zutreffend sei das LG davon ausgegangen, dass für ihn auch keine Nachfragepflicht in Bezug auf das Vorliegen eines etwaigen Gesellschafterbeschlusses bestanden habe. Es sei nicht ersichtlich gewesen, dass es sich bei dem Anwesen um das einzig maßgeblich Vermögen gehandelt haben soll. Dies sei im Übrigen auch den von der Klägerin vorgelegten Jahresabschlüssen nicht zu entnehmen, da die Klägerin hiernach über sonstige Vermögensgegenstände im Wert von 174,124,14 € verfüge, zuzüglich Kontoguthaben und Betriebs- sowie Geschäftsausstattung von zusammen rund 33.000 €. Weiter habe es auch einen (konkludenten) Gesellschafterbeschluss hinsichtlich der Veräußerung des Hauses gegeben, da die Alleingesellschafterin bereits im Oktober 2017 die Idee zum Hausverkauf entwickelt und einen Makler mit der Erstellung eines Exposés beauftragt habe.

Schließlich sei das LG zutreffend davon ausgegangen, dass die Klägerin keine schlüssige Schadensdarlegung vorgenommen habe und zudem auf eine anderweitige Ersatzmöglichkeit – durch Inanspruchnahme des damaligen Geschäftsführers – zu verweisen sei.

(...)

II. Die zulässige Berufung der Klägerin hat keinen Erfolg. Zu Recht hat das LG die Klage abgewiesen. Der Klägerin steht kein Amtshaftungsanspruch gegen den Beklagten aus § 19 Abs. 1 BNotO zu.

1. Nach § 19 Abs. 1 BNotO hat der Notar, der vorsätzlich oder fahrlässig die ihm anderen gegenüber obliegende Amtspflicht verletzt, diesen den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen. Vorliegend fehlt es bereits an einer Amtspflichtverletzung durch den Beklagten. Dieser hat weder bei der Beurkundung der notariellen Urkunde noch im Anschluss bei der Abwicklung bzw. Vollziehung der Urkunde eine ihm gegenüber der Klägerin obliegende Amtspflicht verletzt.

Bei der Beurkundung des Kaufvertrages ist dem Beklagten keine Amtspflichtverletzung unterlaufen. Insbesondere ist er seinen Pflichten aus § 17 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Satz 2 BeurkG hinreichend nachgekommen.

aa) Gemäß § 17 Abs. 1 Satz 1 BeurkG soll der Notar den Willen der Beteiligten erforschen, den Sachverhalt klären und die Beteiligten über die rechtliche Tragweite des Geschäfts belehren. Bestehen Zweifel, ob das Geschäft dem Gesetz oder dem wahren Willen der Beteiligten entspricht,

so sollen gemäß § 17 Abs. 2 Satz 1 BeurkG die Bedenken mit den Beteiligten erörtert werden. Damit soll gewährleistet werden, dass der Notar eine rechtswirksame Urkunde errichtet, die den Willen der Beteiligten vollständig sowie inhaltlich richtig und eindeutig wiedergibt.

Sofern ein Vertrag unter Mitwirkung von Vertretern zustande kommt, hat der BGH den Inhalt der Pflichten aus § 17 Abs. 1 BeurkG dahin gehend konkretisiert, dass der Notar als Ausfluss des durch § 17 Abs. 1 BeurkG festgelegten Pflichtenkreises bei der Beurkundung von Willenserklärungen eines Vertreters dessen Vertretungsmacht prüfen muss (BGH, Urteil vom 21.01.1988, IX ZR 252/86, DNotZ 1989, 43; Urteil vom 27.05.1993, IX ZR 66/92, DNotZ 1994, 485; Beschluss vom 13.11.2017, NotSt(Brfg) 4/17, NJW-RR 2018, 443 m. w. N.). Materiell leitet sich diese Prüfungspflicht aus dem allgemein mit § 17 Abs. 1 BeurkG verfolgten Zweck ab. Die dort enthaltene Belehrungspflicht soll die Errichtung einer dem Willen der Beteiligten entsprechenden, rechtswirksamen Urkunde gewährleisten. Dies schließt die Verpflichtung ein, die Vertretungsmacht eines Beteiligten zu prüfen, der eine zu beurkundende Erklärung als Vertreter eines anderen abgeben will. Denn durch eine solche Erklärung wird der Vertretene grundsätzlich lediglich dann im Sinne von § 164 Abs. 1 BGB gebunden, wenn der Vertreter mit Vertretungsmacht handelt (BGH, Beschluss vom 13.11.2017, NotSt(Brfg) 4/17, NJW-RR 2018, 443).

Dieser Pflicht ist der Beklagte durch Einsichtnahme in das Handelsregister nachgekommen. Bei einer organschaftlichen Vertretungsmacht ist der Blick ins Handelsregister ausreichend, um das Vorliegen der Vertretungsmacht zu überprüfen (BeckOK-BeurkG/*Bremkamp*, Stand: 01.11.2021, § 12 Rdnr. 57). Vorliegend war der Erschienene (...) zum Zeitpunkt der notariellen Beurkundung am 18.04.2019 im Handelsregister als alleinvertretungsberechtigter und von den Beschränkungen des § 181 BGB befreiter Geschäftsführer eingetragen (...), sodass von einer entsprechenden Vertretungsmacht für den Grundstückskaufvertrag auszugehen war, § 15 Abs. 3 HGB.

bb) Zu einer weitergehenden Prüfung bestand entgegen der Ansicht der Klägerin kein Anlass. Insbesondere war der Beklagte nicht gehalten, zu erfragen, ob ein zustimmender Beschluss der Gesellschafterversammlung vorlag. Gemäß § 49 Abs. 2 GmbHG bedarf es zwar der Zustimmung der Gesellschafterversammlung, falls dies im Interesse der Gesellschaft erforderlich ist. Dies wird insbesondere dann für notwendig erachtet, wenn es sich um den Verkauf des einzigen Betriebsgrundstücks oder die Veräußerung wesentlicher Vermögensgegenstände handelt (so BGH, Urteil vom 08.01.2019, II ZR 364/18, NZG 2019, 505). Dies betrifft jedoch ausschließlich das Innenverhältnis zwischen der Gesellschaft und ihrem Geschäftsführer. Gemäß § 37 Abs. 2 Satz 1 GmbHG hat eine Beschränkung der Befugnis der Geschäftsführer, die Gesellschaft zu vertreten, gegenüber dritten Personen keine rechtliche Wirkung. Nach § 37 Abs. 2 Satz 2 GmbHG gilt dies auch für den Fall, dass die Zustimmung der Gesellschafter für einzelne Geschäfte erforderlich ist. Handelt der Geschäftsführer ohne zuvor einen entsprechenden Gesellschafterbeschluss ein-

zuholen, ändert dies folglich nichts an seiner wirksamen Vertretungsmacht im Außenverhältnis mit der Folge, dass er wirksam und für die Gesellschaft bindend Willenserklärungen abgeben kann. Eine Ausnahme gilt lediglich dann, wenn der Vertragspartner nicht schutzwürdig ist, weil er weiß oder es sich ihm geradezu aufdrängen muss, dass der Geschäftsführer seine Vertretungsmacht missbraucht. Dies setzt zum einen voraus, dass der Vertragspartner Kenntnis bzw. grob fahrlässige Unkenntnis von dem Zustimmungsvorbehalt zugunsten der Gesellschafterversammlung hat. Zum anderen ist zusätzlich erforderlich, dass der Vertragspartner Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis von der fehlenden Zustimmung der Gesellschafter hat. Nur in einem solchen Fall kann der Vertragspartner keine Rechte aus dem abgeschlossenen Vertrag ableiten, da die vom Geschäftsführer abgegebene Willenserklärung unwirksam ist (BGH, Urteil vom 08.01.2019, II ZR 364/18, NZG 2019, 505).

Dies hat auch Auswirkungen auf die Prüfpflicht des Notars. Auch dieser darf sich grundsätzlich auf die Prüfung des Vorhandenseins der Vertretungsmacht beschränken. Beschränkungen im Innenverhältnis hat der Notar dagegen grundsätzlich nicht zu überprüfen. Etwas anderes gilt lediglich dann, wenn die Vollmacht evident unwirksam ist oder ein evidenter Missbrauch einer im Außenverhältnis unbeschränkten Vollmacht aufgrund von Verstößen gegen die im Innenverhältnis bestehenden Beschränkungen vorliegt (vgl. BGH, Beschluss vom 19.09.2019, V ZB 119/19, NJW 2020, 610). Nur in diesem Fall darf der Notar einen Vertrag nicht beurkunden, da für ihn die Unwirksamkeit der durch den Vertreter abgegebenen Willenserklärung dann ohne jeden vernünftigen Zweifel erkennbar ist. Würde der Notar die Beurkundung in diesem Fall dennoch vornehmen, läge ein Verstoß gegen seine Amtspflichten gemäß § 14 Abs. 2 BNotO bzw. § 4 BeurkG vor (BGH, Beschluss vom 19.09.2019, V ZB 119/19, NJW 2020, 610).

So liegt der Fall hier indes nicht. Vorliegend war für den Beklagten weder ersichtlich, dass es sich bei dem Verkaufsgegenstand um das einzige Grundstück der Klägerin und damit zugleich um einen wesentlichen Vermögenswert handelte – jedenfalls konnte die Klägerin ihren anderslautenden Vortrag nicht beweisen – noch waren für den Notar im Zeitpunkt der Beurkundung Anhaltspunkte dafür ersichtlich – und hierauf kommt es entscheidend an –, dass der Geschäftsführer seine Willenserklärung zum Abschluss des Kaufvertrages abgegeben hat, ohne zuvor die Zustimmung der Alleingesellschafterin einzuholen. Dieses Wissen konnte er frühestens mit Erhalt des Schreibens der Alleingesellschafterin vom 10.06.2019 haben, nicht jedoch bereits bei Beurkundung des Vertrages im April 2019. Eine Verletzung einer Amtspflicht durch den Beklagten bei Beurkundung des Vertrages scheidet hiernach aus.

Auch bei der Abwicklung des beurkundeten Vertrages kann dem Beklagten keine Amtspflichtverletzung angelastet werden.

aa) Soweit die Klägerin vorträgt, bei der Änderung des Zielkontos habe es sich um eine beurkundungsbedürftige Vertragsmodifikation gehandelt, verfährt dieser Einwand nicht.

Allein die nachträgliche Änderung des Zielkontos, auf das der Schuldner die geschuldete Kaufpreiszahlung zwecks Erfüllung zu erbringen hat, bedarf grundsätzlich nicht der notariellen Beurkundung. Zwar unterliegen die Zahlungsmodalitäten regelnde Absprachen dem Formzwang, wenn es sich um rechtlich bindende Bestimmungen (zum Beispiel Zahlungszeit) handelt. Dies gilt aber dann nicht, wenn die Absprachen lediglich von Zweckmäßigkeitserwägungen getragen sind, wie die Vereinbarung der Zahlung durch Scheck oder auf ein bestimmtes Konto (BeckOK-BGB/*Gehrlein*, Stand: 01.11.2021, § 311b Rdnr. 22; vgl. auch BeckOGK-BGB/*Schreindorfer*, Stand: 01.12.2021, § 311b Rdnr. 236.1).

Unabhängig hiervon sind jedenfalls nach der Auflassung auch prinzipiell dem Formgebot unterliegende Änderungen eines Grundstückskaufvertrags formlos möglich, wenn die Auflassung bindend geworden ist (BGH, Urteil vom 14.09.2018, V ZR 213/17, NJW 2018, 3523). Diese Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt. Die Auflassung erfolgte zeitgleich mit dem Abschluss des Kaufvertrages. Da die Auflassung notariell beurkundet wurde, war sie gemäß § 873 Abs. 2 BGB im Zeitpunkt der Änderung des Zielkontos auch bereits bindend geworden.

bb) Da die Änderung des Zielkontos formfrei erfolgen konnte, kommt es nicht darauf an, ob das Schreiben vom 21.05.2019 unterschrieben war. Aus dem Schreiben geht jedenfalls hervor, dass der damalige Geschäftsführer der Klägerin bereits zuvor telefonisch die Änderung des Zahlungskontos mitgeteilt hatte. Eine die Klägerin bindende Erklärung ihres damaligen Geschäftsführers ist hiernach unstreitig gegeben. Von der Klägerin wird auch nicht bestritten, dass die entsprechende Erklärung von ihrem damaligen Geschäftsführer in ihrem Namen abgegeben worden ist.

cc) Entgegen der Ansicht der Klägerin hat der Beklagte auch nicht gegen seine Amtspflichten verstoßen, indem er den Käufer aufgefordert hat, den Restkaufpreis auf ein Konto des Geschäftsführers (...) in der Schweiz zu zahlen. Hierin ist insbesondere kein Verstoß gegen § 14 Abs. 2 BNotO bzw. § 4 BeurkG zu sehen. Danach hat der Notar eine Amtstätigkeit zu versagen, wenn sie mit seinen Amtspflichten nicht vereinbar wäre, insbesondere wenn seine Mitwirkungen bei Handlungen verlangt wird, mit denen erkennbar unerlaubte oder unredliche Zwecke verfolgt werden. Ein unerlaubter oder unredlicher Zweck in diesem Sinne kann etwa vorliegen, wenn der Verdacht besteht, dass die Tätigkeit des Notars der Begehung einer Straftat dient (BGH, Urteil vom 05.12.2019, III ZR 112/18, NJW-RR 2020, 305).

Vorliegend hatte der Beklagte im Zeitpunkt der Aufforderung gegenüber dem Käufer indes keine Veranlassung davon auszugehen, dass der damalige Geschäftsführer treuwidrig handeln bzw. eine Straftat im Sinne einer Veruntreuung begehen würde. Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass der Beklagte Kenntnis von Umständen hatte, die ein treuwidriges Handeln des damaligen Geschäftsführers zum Nachteil der Klägerin nahelegten oder ihm insoweit eine fahrlässige Unkenntnis vorzuwerfen gewesen wä-

re. Allein der Umstand, dass die Zahlung auf ein Privatkonto des damaligen Geschäftsführers der Klägerin gehen sollte, gab zu einer solchen Annahme keinen hinreichenden Anlass. Anhaltspunkte für eine Unredlichkeit bestehen nur, wenn die Änderung des Zahlungskontos sachlich nicht erklärbar ist (vgl. BGH, Urteil vom 05.12.2019, III ZR 112/18, NJW-RR 2020, 305: Beurkundung von Kettenkaufverträgen mit erheblicher Differenz zwischen An- und Verkaufspreisen).

Dies war vorliegend indes nicht der Fall. Es ist vielmehr davon auszugehen, dass es zahlreiche Gründe dafür geben kann, dass die Zahlung auf ein Konto des Geschäftsführers einer Gesellschaft erfolgen soll, ohne dass dies zugleich ein Handeln zuwider den Interessen der Gesellschaft mit sich bringen muss. So kann der Geschäftsführer beispielsweise selbst Forderungen gegen die Gesellschaft haben. Vorliegend kam hinzu, dass der damalige Geschäftsführer die Änderung damit begründet hat, dass ein Immobilienerwerb in der Schweiz beabsichtigt sei. Es war hiernach keinesfalls fernliegend, dass der Geschäftsführer mit dem auf sein Konto zu zahlenden Kaufpreis im Namen der Klägerin eine neue Immobilie in der Schweiz erwerben wollte. Vor diesem Hintergrund stellt auch der Umstand, dass die Zahlung auf ein Konto in der Schweiz erfolgen sollte, keinen verdächtigen Umstand dar.

Überdies gilt insoweit, dass der Notar grundsätzlich an das gebunden ist, was die Vertragspartei ihm vorgibt. Wenn wie vorliegend die Klägerin die Zahlung auf das Konto eines Dritten wünscht, ist es grundsätzlich nicht die Aufgabe des Notars dies zu hinterfragen. Der Umstand, dass die Klägerin bei dieser Anweisung (zwingend) von ihrem einzigen Geschäftsführer vertreten werden musste, ändert hieran nichts. Insoweit kann es auch nicht die Aufgabe des Notars sein, die Vertragspartei vor ihrem vertretungsbefugten Geschäftsführer zu schützen, indem er dessen Handeln ohne belastbaren Grund überprüft bzw. hinterfragt.

Erst nach Kenntnismahme des Schreibens der Alleingesellschafterin der Klägerin vom 10.06.2019 kann davon ausgegangen werden, dass der Beklagte Anhaltspunkte für ein treuwidriges Verhalten des damaligen Geschäftsführers der Klägerin haben konnte. Zu diesem Zeitpunkt hatte der Käufer den restlichen Kaufpreis jedoch unstreitig bereits auf das angegebene Konto in der Schweiz überwiesen mit der Folge, dass bereits Erfüllung eingetreten war. Eine Möglichkeit, die Zahlung des Käufers auf das Konto des damaligen Geschäftsführers zu unterbinden, bestand nach bereits erfolgtem Zahlungseingang im Hinblick auf die bereits eingetretene Erfüllungswirkung nicht mehr.

Entgegen der Ansicht der Klägerin kann in der Änderung des Zielkontos auch kein Gläubigerwechsel gesehen werden mit der Folge, dass der Notar sich eine Abtretungsurkunde hätte vorlegen lassen müssen. Inhaber der Kaufpreiszahlungsforderung ist die Klägerin geblieben. Diese hat – vertreten durch ihren Geschäftsführer – lediglich mitgeteilt, dass mit schuldbefreiender Wirkung an einen Dritten – hier den Geschäftsführer persönlich – gezahlt werden kann.

Auch im Hinblick auf die Veranlassung der Eigentumsumschreibung hat der Beklagte keine Amtspflicht verletzt. Insoweit trifft den Notar gemäß § 14 Abs. 1 Satz 2, Abs. 3 Satz 2 BNotO eine Neutralitätspflicht beiden Vertragsparteien gegenüber. Dementsprechend muss er gemäß § 53 BNotO grundsätzlich den Vertrag vollziehen, wenn „Vollzugsreife“ eingetreten ist.

Sind Willenserklärungen beurkundet worden, die beim Grundbuchamt oder Registergericht einzureichen sind, soll der Notar dies nach § 53 BeurkG veranlassen, sobald die Urkunde eingereicht werden kann, es sei denn – woran es hier fehlt –, alle Beteiligten verlangen gemeinsam etwas anderes.

Um solche Willenserklärungen handelt es sich bei der notariell beurkundeten Auflassung vom 18.04.2019. Die Vollzugspflicht des Notars hängt deshalb davon ab, ob die Urkunde im Sinne des § 53 BeurkG „eingereicht“ werden kann, ob also Vollzugsreife gegeben ist. Dies setzt voraus, dass alle materiellrechtlichen und formellen Voraussetzungen für die Eintragung vorliegen. Dazu gehört neben der wirksamen Auflassung die Bewilligung der Eintragung des Eigentumswechsels, zu der der Notar vorliegend unter den Voraussetzungen von § 6 Ziffer 1 des notariellen Vertrages vom 18.04.2019 von den Vertragsparteien bevollmächtigt worden ist. Dass die Voraussetzungen von § 6 Ziffer 1 des Vertrages vorlagen, wird von der Klägerin nicht in Abrede gestellt.

Da die Klägerin jedoch die für die Einreichung der Urkunde bei dem Grundbuchamt erforderliche materiellrechtliche Erklärung nicht in Person abgegeben hat, hängt die Vollzugsreife davon ab, ob die Klägerin bei Abgabe der Auflassungserklärung durch den damaligen Geschäftsführer – wirksam vertreten worden ist. Hiervon ist unter Berücksichtigung der Prüfpflichten, die einen Notar im Zusammenhang mit der Beurkundung und Vollziehung eines unter § 53 BeurkG fallenden Vertretergeschäftes treffen, auszugehen.

aa) Der Notar hat die Amtspflicht, vor der Vollziehung einer Erklärung, die ein Urkundsbeteiligter als Vertreter eines anderen abgegeben hat, die Vertretungsmacht zu prüfen. Insoweit gilt nichts anderes als bei der Errichtung einer entsprechenden Urkunde (siehe hierzu unter 1. a)). Diese Prüfungspflicht setzt sich fort, wenn es darum geht, eine von einem Vertreter abgegebene Erklärung im Sinne des § 53 BeurkG zu vollziehen. Unwirksame Urkunden darf der Notar weder errichten noch vollziehen. Sowohl bei der Errichtung als auch bei der Vollziehung der Urkunde hat er deshalb zu prüfen, ob eine Vertretung überhaupt zulässig ist, ob eine nach dem Gesetz vorgeschriebene Form eingehalten wurde, ob die Vollmacht das vorzunehmende Rechtsgeschäft abdeckt und, wenn der Vertreter ein Insichgeschäft vornehmen will, ob dieser von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit ist (BGH, Beschluss vom 19.09.2019, V ZB 119/18, NJW 2020, 610). Hierzu ist es regelmäßig notwendig, dass sich der Notar die Vollmachtsurkunde in Urschrift oder in Ausfertigung vorlegen lässt bzw. – wie hier – Einsicht in das Handelsregister nimmt. Unter diesen Gesichtspunkten durfte der Beklagte

vorliegend auch im Zeitpunkt der Vollziehung noch von der Wirksamkeit der Vertretung der Klägerin ausgehen.

bb) Darüber hinaus ist der Prüfungsmaßstab des Notars eingeschränkt. Er hat die Vollziehung eines unter § 53 BeurkG fallenden Vertretergeschäftes nur dann zu unterlassen, wenn für ihn ohne jeden vernünftigen Zweifel erkennbar und damit offensichtlich ist, dass eine materiellrechtlich wirksame Vollmacht nicht (mehr) vorliegt. Ebenso liegt es, wenn ein evidenter Missbrauch einer im Außenverhältnis unbeschränkten Vollmacht aufgrund von Verstößen gegen im Innenverhältnis bestehende Beschränkungen gegeben ist (BGH, Beschluss vom 19.09.2019, V ZB 119/18, NJW 2020, 610). Aus der gesetzlichen Verpflichtung des Notars zu redlicher Amtsführung nach § 14 Abs. 2 BNotO bzw. § 4 BeurkG folgt, dass er von dem Vollzug einer Urkunde absehen muss, wenn er weiß, dass sie nichtig ist. Entsprechendes gilt, wenn aufgrund des ihm unterbreiteten konkreten Sachverhalts die Unwirksamkeit oder Anfechtbarkeit des Rechtsgeschäfts nahe liegt oder offensichtlich ist, wenn das Grundbuch bei dem Vollzug der Urkunde mit hoher Wahrscheinlichkeit unrichtig würde oder wenn die Vollzugsreife (doch) nicht gegeben ist (BGH, Beschluss vom 21.06.2012, V ZB 283/11, NJW-RR 2012, 1483). Ebenso liegt es, wenn – wie hier – die zu vollziehende Erklärung von einem Vertreter abgegeben worden ist. Fehlt es offensichtlich an einer wirksamen Vertretung, hat der Notar von dem Vollzug abzusehen (vgl. BGH, Beschluss vom 19.09.2019, V ZB 119/18, NJW 2020, 610).

cc) Nach diesem Maßstab bestand für den Beklagten keine Veranlassung, von dem Vollzug abzusehen. Auch im Zeitpunkt der Vollziehung durfte der Beklagte davon ausgehen, dass die Klägerin von ihrem damaligen Geschäftsführer wirksam vertreten wurde. Insbesondere lag – auch nach dem seitens der Alleingesellschafterin der Klägerin unterbreiteten Sachverhalt – weder ein evidenter Vollmachtsmissbrauch noch ein kollusives Zusammenwirken zwischen dem damaligen Geschäftsführer und dem Geschäftspartner der Klägerin vor. Zwar war dem Beklagten aufgrund des Schreibens der Alleingesellschafterin der Klägerin vom 10.06.2019 zwischenzeitlich bekannt geworden, dass diese keine Kenntnis von dem Hausverkauf hatte und mit diesem auch nicht einverstanden war. Hieraus musste der Notar jedoch allenfalls folgern, dass der damalige Geschäftsführer (...) im Innenverhältnis gegen Beschränkungen verstoßen hatte, da er die Willenserklärung betreffend den Verkauf der Immobilie und die Auflassung für die Klägerin abgegeben hatte, ohne zuvor die Zustimmung der Alleingesellschafterin einzuholen. Dies hat jedoch gemäß § 37 Abs. 2 GmbHG grundsätzlich keine Auswirkung auf die wirksame Vertretung im Außenverhältnis. Dafür, dass der Käufer der Immobilie von einem Missbrauch der Vertretungsmacht des Geschäftsführers aufgrund des Handelns ohne Einwilligung der Alleingesellschafterin wusste oder sich ihm dieser geradezu aufdrängen musste, ergaben sich auch aus dem Schreiben vom 10.06.2019 keinerlei Anhaltspunkte. Hiernach waren gerade keine Anhaltspunkte für einen evidenten Vollmachtsmissbrauch er-

sichtlich und der Beklagte durfte weiterhin zweifelsfrei von der Wirksamkeit der Auflassung ausgehen.

Darüber hinaus ist – in Übereinstimmung mit dem LG – die Klägerin gemäß § 19 Abs. 1 Satz 2 BNotO vorrangig auch auf eine anderweitige Ersatzmöglichkeit zu verweisen. Gemäß § 19 Abs. 1 Satz 2 BNotO kann der Notar, wenn ihm nur Fahrlässigkeit zur Last fällt, nur dann in Anspruch genommen werden, wenn der Verletzte nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag.

Ein vorsätzliches Handeln kann dem Beklagten – selbst bei unterstellter Pflichtverletzung – nicht vorgeworfen werden. Vorsätzliches Handeln eines Amtsträgers liegt nach einhelliger Meinung dann vor, wenn er sich bewusst über gesetzliche Bestimmungen oder sonst von ihm erkannte Amtspflichten hinwegsetzt. Zumindest muss er mit der Möglichkeit einer Pflichtverletzung rechnen und dies in Kauf nehmen. Das Bewusstsein muss sich nicht nur auf die Kenntnis der Tatsachen beziehen, die die Pflichtwidrigkeit ergeben, sondern auch darauf, dass pflichtwidrig gehandelt wird (BeckOK-BNotO/Schramm, Stand: 31.07.2021, § 19 Rdnr. 79). Vorliegend hatte der Beklagte zwar Kenntnis davon, dass der restliche Kaufpreis auf das private Konto eines Dritten im Ausland überwiesen werden sollte. Dies allein begründet indes nicht die Annahme von Vorsatz. Nach den getroffenen Feststellungen kann nicht davon ausgegangen werden, dass dem Beklagten auch bewusst gewesen wäre, dass er durch die Weitergabe der geänderten Kontoverbindung gegen eine Amtspflicht verstoßen würde bzw. dass ihm diesbezüglich eine vorherige Prüfpflicht oblag.

Der Klägerin ist es auch nicht gelungen, Umstände vorzutragen, die eine in Betracht kommende anderweitige Ersatzmöglichkeit ausschließen.

Der Begriff der anderweitigen Ersatzmöglichkeit wird weit verstanden. Hierfür kommen alle Möglichkeiten der Schadloshaltung tatsächlicher und rechtlicher Art in Betracht (BGH, Urteil vom 03.07.2008, III ZR 189/07, NJW-RR 2008, 1506). Dazu gehören auch Schadenersatzansprüche gegen den eigenen Vertreter (BeckOK-BNotO/Schramm, § 19 Rdnr. 135). Die anderweitige Ersatzmöglichkeit muss jedoch rechtlich und wirtschaftlich begründete Aussicht auf Erfolg bieten und dem Geschädigten zumutbar sein. Weitläufige, unsichere und im Ergebnis zweifelhafte Wege braucht der Geschädigte nicht einzuschlagen (BGH, Urteil vom 03.07.2008, III ZR 189/07, NJW-RR 2008, 1506). Die Darlegungs- und Beweislast für das Nichtbestehen einer anderweitigen Ersatzmöglichkeit liegt bei der Klägerin (BGH, Urteil vom 25.02.1999, IX ZR 240/98, NJW 1999, 2038).

Hiernach erachtet es der Senat auch nach dem als wahr zu unterstellenden Vortrag der Klägerin nicht für ausgeschlossen, dass die Klägerin durch eine Inanspruchnahme ihres damaligen Geschäftsführers (...) eine Deckung ihres Schadens erlangen kann.

aa) Der Klägerin steht gegen ihren damaligen Geschäftsführer – ihren Vortrag als wahr unterstellt – ein Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 266 Abs. 1 Alt. 1

StGB zu. Dieser hat die ihm durch Rechtsgeschäft wirksam von der Klägerin eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen, missbraucht und dadurch der Klägerin, deren Vermögensinteressen er zu betreuen hatte, einen Nachteil zugefügt.

bb) Entgegen der Ansicht der Klägerin ist die Inanspruchnahme ihres damaligen Geschäftsführers auch weder aussichtslos noch unzumutbar.

Allein der Umstand, dass der frühere Geschäftsführer (...) sich in der Schweiz aufhält, steht einer Inanspruchnahme nicht entgegen. Zum einen ist der Klägerin nach ihrem eigenen Vortrag im Zusammenhang mit dem Verfahren vor dem Familiengericht die Adresse des (...) in der Schweiz bekannt. Auch bestehen mit der Schweiz internationale Übereinkommen, insbesondere das Luganer Übereinkommen, das Vorschriften zur Bestimmung der internationalen Zuständigkeit sowie der Vollstreckbarkeit ausländischer Titel enthält. Die gerichtliche Inanspruchnahme des in der Schweiz ansässigen früheren Geschäftsführers ist der Klägerin hiernach weder unmöglich noch unzumutbar.

Der Einwand der Klägerin, der frühere Geschäftsführer (...) werde versuchen, sich seiner Ersatzpflicht zu entziehen, verfängt im Ergebnis nicht. Soweit die Klägerin diesbezüglich auf eine E-Mail an die Alleingesellschafterin Bezug nimmt, in der der Schuldner mitteilt, dass er das Geld bereits von seinem Konto abgehoben und auf ein bankfremdes Schließfach in der Schweiz eingezahlt habe, führt dies gerade nicht dazu, dass eine Inanspruchnahme aussichtslos wäre. Insoweit ist dem eigenen Vortrag der Klägerin vielmehr zu entnehmen, dass das Geld noch vorhanden ist, der frühere Geschäftsführer mithin über eine entsprechende Liquidität verfügt, um den der Klägerin entstandenen Schaden zu decken. überdies ergibt sich aus der vorgelegte E-Mail lediglich, dass der frühere Geschäftsführer (...) die GmbH und auch sich „gegen die (...) Gier“ der Alleingesellschafterin zu schützen beabsichtigt. Der Nachricht ist mithin gerade nicht zu entnehmen, dass dieser sich einem Gerichtsurteil, dass ihn zur Zahlung an die Klägerin verpflichtet, nicht nachkommen würde.

Auch dem Umstand, dass (...) seinen Unterhaltspflichten nicht nachkommt, kommt bezüglich der hier entscheidenden Frage, ob er seinen Verpflichtungen gegenüber der Klägerin – ggf. nach Erstreiten eines gerichtlichen Titels nachkommen wird – keine Aussagekraft zu.

Schließlich wäre es der Klägerin auch zuzumuten, einen etwaigen Titel ggf. im Wege der Zwangsvollstreckung durchzusetzen. Auch dies ist nach dem Vorbringen der Klägerin nicht von vorneherein aussichtslos.

Schließlich ist das LG auch zutreffend davon ausgegangen, dass die darlegungs- und beweisbelastete Klägerin den von ihr geltend gemachten Schaden nach den Grundsätzen des Gesamtschadensausgleichs – jedenfalls nicht in vollem Umfang – hinreichend dargelegt und bewiesen hat. Bei dem von ihr in Höhe des auf das Konto des damaligen Geschäftsführers überwiesenen Restkaufpreises geltend gemachten Schaden i. H. v. 266.712,28 €

bleibt unklar, ob er in der geltend gemachten Höhe entstanden ist.

(...)

Die Zulassung der Revision ist nicht veranlasst, da die Sache weder grundsätzliche Bedeutung aufweist noch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordern, § 543 Abs. 2 ZPO.

(...)

ÖFFENTLICHES RECHT

20. Gemeindliches Vorkaufsrecht im Geltungsbereich einer Erhaltungssatzung

BVerwG, Urteil vom 09.11.2021, 4 C 1.20 (Vorinstanz):
OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 22.10.2019, 10 B 9.18)

BauGB § 24 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, Abs. 3 Satz 1, § 26 Nr. 4, § 27 Abs. 1 Satz 1, § 28 Abs. 1 Satz 3, § 172 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, § 177 Abs. 2, Abs. 3 Satz 1

VwGO § 113 Abs. 5 Satz 1, § 137 Abs. 2

LEITSATZ:

Der Ausübungsausschlussgrund des § 26 Nr. 4 BauGB greift auch bei Vorkaufsfällen im Gebiet einer Erhaltungssatzung (§ 24 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 i. V. m. § 172 BauGB), wenn das Grundstück entsprechend deren Zielen und Zwecken bebaut ist und genutzt wird. Dabei kommt es maßgeblich auf die tatsächlichen Verhältnisse im Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung über die Ausübung des Vorkaufsrechts an, während mögliche zukünftige Entwicklungen nicht von Bedeutung sind.

AUS DEN GRÜNDEN:

11. Die Beteiligten streiten um die Ausübung eines gemeindlichen Vorkaufsrechts für ein Wohngrundstück.

2 Die Beigeladene ist Eigentümerin des Grundstücks H-straße (...) in Berlin. Es ist mit einem Mehrfamilienhaus aus dem Jahre 1889 bebaut und verfügt in einem fünfgeschossigen Vorderhaus, einem Seitenflügel und einem Quergebäude über insgesamt 20 Mietwohnungen und zwei Gewerbeeinheiten. Im Jahr 2004 wurden Modernisierungs- und Instandhaltungsmaßnahmen durchgeführt, wozu auf der Grundlage eines Fördervertrags mit dem beklagten Land öffentliche Fördermittel in Anspruch genommen wurden. Das Grundstück befindet sich im räumlichen Geltungsbereich der vom Bezirksamt Friedrichshain-Kreuzberg erlassenen Erhaltungssatzung für das Gebiet „Chamisso-platz“, die als sog. Milieuschutzsatzung gemäß § 172 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BauGB der Erhaltung der Zusammensetzung der Wohnbevölkerung dient. Des Weiteren gilt für das Grundstück eine Verordnung des beklagten Landes, die einen Genehmigungsvorbehalt für die Begründung von Wohnungseigentum in Erhaltungsgebieten vorsieht. Schließ-

lich liegt das Grundstück im Geltungsbereich eines Baunutzungsplans, der ein allgemeines Wohngebiet festsetzt.

3 Mit notariellem Vertrag vom 15.05.2017 verkaufte die Beigeladene das Grundstück zum Preis von 3,4 Mio. € an die Klägerin. Diese trat in den Fördervertrag ein, dessen Bindungen spätestens im Jahr 2026 ablaufen. Eine ihr vom Bezirksamt angebotene Vereinbarung über die Abwendung des Vorkaufsrechts lehnte die Klägerin ab. Die landeseigene Wohnungsbaugesellschaft WBM unterzeichnete als vorkaufsbegünstigter Dritter am 10.08.2017 eine Verpflichtungserklärung.

4 Mit Bescheid vom 11.08.2017 lehnte das Bezirksamt den Antrag auf Erteilung eines Negativzeugnisses ab und übte unter Berufung auf § 24 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 BauGB sein Vorkaufsrecht zugunsten der WBM aus.

11 II. Die Revision ist zulässig und begründet. Das angefochtene Urteil verletzt Bundesrecht (§ 137 Abs. 1 Nr. 1 VwGO). Der Senat kann auf der Grundlage der festgestellten Tatsachen selbst antragsgemäß über das geltend gemachte Anfechtungs- und Verpflichtungsbegehren entscheiden (§ 144 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 VwGO).

12 Nach Auffassung des Berufungsgerichts hat der Beklagte das Vorkaufsrecht am betroffenen Grundstück der Beigeladenen auf der Grundlage von § 24 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 i. V. m. § 172 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, § 24 Abs. 3, § 27a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BauGB rechtmäßig ausgeübt. Dieser Bewertung steht jedoch der Ausübungsausschlussgrund nach § 26 Nr. 4 Alt. 2 BauGB entgegen.

13 1. Das Grundstück der Beigeladenen liegt im Geltungsbereich der auf der Grundlage des § 172 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 i. V. m. § 246 Abs. 2 Satz 1 BauGB, § 30 Abs. 1 Satz 1 AG-BauGB-BE erlassenen Erhaltungssatzung „Chamisso-platz“ vom 25.05.2005. Deren Rechtmäßigkeit wird von den Beteiligten nicht infrage gestellt; diesbezügliche Zweifel drängen sich dem Senat auch nicht auf. Der Beklagten steht folglich nach § 24 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 BauGB ein Vorkaufsrecht zu. Es darf gemäß § 24 Abs. 3 Satz 1 BauGB nur ausgeübt werden, wenn das Wohl der Allgemeinheit dies rechtfertigt. Dieser unbestimmte Rechtsbegriff wird begrenzt im Sinne einer negativen Tatbestandsvoraussetzung durch die Ausübungsausschlussgründe nach § 26 BauGB normativ begrenzt. Der dortige Katalog konkretisiert Beispielfälle, in denen das Allgemeinwohl die Ausübung des Vorkaufsrechts typischerweise nicht rechtfertigt (vgl. BVerwG, Beschluss vom 29.06.1993, 4 B 100.93, Buchholz 406.11 § 25 BauGB Nr. 1 Satz 2; vgl. auch Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger/Stock, BauGB, Stand: Mai 2021, § 24 Rdnr. 63, § 26 Rdnr. 1). Hier steht § 26 Nr. 4 BauGB der Ausübung des Vorkaufsrechts entgegen. Auf die übrigen Erwägungen des Berufungsgerichts, insbesondere zum Vorliegen der Voraussetzungen des § 24 Abs. 3 Satz 1 BauGB, kommt es danach für die revisionsgerichtliche Prüfung nicht mehr an.

14 2. Nach § 26 Nr. 4 BauGB ist die Ausübung des Vorkaufsrechts ausgeschlossen, wenn – erstens – das Grundstück entsprechend den Festsetzungen des Bebauungsplans oder den Zielen und Zwecken der städtebaulichen Maßnahme bebaut ist und genutzt wird und – zweitens – eine auf

ihm errichtete bauliche Anlage keine Missstände oder Mängel im Sinne des § 177 Abs. 2 und 3 Satz 1 BauGB aufweist.

15 Die letztgenannte Voraussetzung ist nach den bindenden Feststellungen des Berufungsgerichts (§ 137 Abs. 2 VwGO) gegeben. Der Zustand des verkauften Anwesens steht seiner bestimmungsgemäßen Nutzung nicht entgegen; es entspricht auch den allgemeinen Anforderungen an gesunde Wohn- und Arbeitsverhältnisse. Die erste Voraussetzung ist ebenfalls zu bejahen.

(...)

17 Mit den beiden Alternativen der ersten Voraussetzung des § 26 Nr. 4 BauGB hat das Gesetz Ausübungsauschlussgründe für verschiedenartige Vorkaufsrechte zusammengeführt, die gleichwohl in ihrer Zielrichtung unterscheidbar sind und weiterhin nach ihrem Bezugspunkt unterschieden werden. Schon die Verwendung des bestimmten Artikels (des Bebauungsplans) legt nahe, dass sich die Alternative 1 allein auf die Fallkonstellation bezieht, dass das Vorkaufsrecht der Sicherung der Festsetzungen eines Bebauungsplans dient (§ 24 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BauGB). Die Begründung des Gesetzentwurfs bestärkt dieses Verständnis, wenn dort – die Gesamtregelung allerdings nicht erschöpfend – als Regelungsvorbild allein auf § 24 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 BBauG und damit auf das Vorkaufsrecht nach § 24 Abs. 1 Nr. 1 BBauG verwiesen wird (BT-Drucks. 10/4630, S. 83 <zu § 26>) nicht aber auf das nach § 24a BBauG, dessen Satz 3 auf § 24 Abs. 2 Satz 2 BBauG gerade nicht Bezug nimmt. Die Fallkonstellationen der Alternative 2 treten ergänzend hinzu: Eine Überschneidung der Anwendungsbereiche kommt nur dann in Betracht, wenn der Bebauungsplan gerade auf die Umsetzung der städtebaulichen Maßnahme zielt (siehe auch Brügelmann/*Kronisch*, BauGB, a. a. O., § 26 Rdnr. 40); dies ist hier schon aufgrund der zeitlichen Abläufe auszuschließen.

18 b) Der Klägerin kommt § 26 Nr. 4 Alt. 2 BauGB zugute.

19 aa) Zu den hiervon erfassten städtebaulichen Maßnahmen zählt grundsätzlich auch der Erlass einer Erhaltungssatzung nach § 172 BauGB. Dieser Begriff ist wie auch in § 25 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BauGB als Gegenbegriff zum Bebauungsplan weit zu verstehen; darunter fallen alle Maßnahmen, die einen städtebaulichen Bezug aufweisen und der Gemeinde dazu dienen, ihre Planungsvorstellungen zu verwirklichen (vgl. BVerwG, Beschlüsse vom 14.04.1994, 4 B 70.94, Buchholz 406.11 § 25 BauGB Nr. 2 Satz 3; vom 08.09.2009, 4 BN 38.09, BRS 74 Nr. 129 Rdnr. 4 und vom 19.12.2018, 4 BN 42.18, BRS 86 Nr. 78 S. 515). Diese können sich auch auf einen städtebaulich motivierten Bestands- bzw. Erhaltungsschutz beziehen (vgl. Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger/*Stock*, BauGB, § 25 Rdnr. 15; Battis/Krautzberger/Löhr/*Reidt*, BauGB, 14. Aufl. 2019, § 25 Rdnr. 5; Berliner Kommentar zum BauGB/*Paetow*, Stand: 2012, § 25 Rdnr. 4, Stand: 2008, § 26 Rdnr. 10) und in diesem Rahmen als Teilaspekt einer „gemeindlichen Sozialplanung“ (vgl. BT-Drucks. 7/2495, S. 53) auch Ziele und Zwecke – in erster Linie durch eine entsprechende Nutzung des Bestands – verfolgen.

(...)

21 bb) Der Ausschlussgrund greift demnach auch bei Verkaufsfällen im Gebiet einer Erhaltungssatzung (§ 24 Abs. 1 Nr. 4 i. V. m. § 172 BauGB), wenn das Grundstück entsprechend deren Zielen und Zwecken bebaut ist und genutzt wird. Auch in dieser Fallgestaltung kommt es maßgeblich auf die tatsächlichen Verhältnisse im Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung über die Ausübung des Vorkaufsrechts an, während mögliche zukünftige Entwicklungen nicht von Bedeutung sind (siehe zum Streitstand etwa Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger/*Stock*, BauGB, § 26 Rdnr. 22). Dieses Verständnis der Norm knüpft an den hinreichend klaren und insoweit eindeutigen Wortlaut der Vorschrift an, der auch nicht mithilfe anderer Auslegungsmethoden überwunden werden kann.

(...)

24 (2) Stellt § 26 Nr. 4 BauGB nach seinem klaren Wortlaut einheitlich für alle Vorkaufsrechtsfälle bei der Beurteilung einer plan- bzw. maßnahmenkonformen Bebauung und Nutzung auf den gegenwärtigen Zustand ab, könnte der so verstandene Ausübungsauschlussgrund bei Verkaufsfällen im Gebiet einer Erhaltungssatzung nur dann unberücksichtigt bleiben und damit eine zukunftsgerichtete Betrachtung im Rahmen des § 24 Abs. 3 Satz 1 BauGB ermöglichen, wenn die Voraussetzungen einer teleologischen Reduktion der Norm vorlägen und demnach die zu weit gefasste Regelung auf den ihr nach Sinn und Zweck zgedachten Anwendungsbereich zurückzuführen wäre (vgl. etwa BVerwG, Urteile vom 07.05.2014, 4 CN 5.13, Buchholz 406.11 § 3 BauGB Nr. 15 Rdnr. 14 und vom 22.05.2014, 5 C 27.13, Buchholz 428.4 § 1 AusglLeistG Nr. 26 Rdnr. 21 f. m. w. N.). Eine gesetzgeberische Konzeption, die der Neuregelung des Vorkaufsrechts im Gesetz über das BauGB zugrunde liegt, im Normtext aber nur unvollkommen zum Ausdruck gekommen ist und folglich eine entsprechende Korrektur eines insoweit „misslungenen“ Gesetzestextes erforderte (siehe etwa Berliner Kommentar zum BauGB/*Paetow*, § 26 Rdnr. 11; so bereits in der Voraufgabe Berliner Kommentar zum BauGB/*Lemmel*, 2. Aufl. 1995, § 26 Rdnr. 8), ist jedoch mit der gebotenen Eindeutigkeit nicht nachzuweisen. Demgegenüber reicht der Hinweis nicht aus, dass allein eine den Wortlaut des Gesetzes berichtigende Interpretation zu einer als wünschenswert und sinnvoll erachteten Regelung führe. Eine solche vor dem Hintergrund neuer Entwicklungen und drängender Probleme auf dem Wohnungsmarkt zu schaffen, ist Sache des Gesetzgebers.

25 Den Gesetzesmaterialien zur Ausgestaltung des Vorkaufsrechts im Baugesetzbuch ist nicht zu entnehmen, dass das der Sicherung von städtebaulichen Erhaltungszielen dienende Vorkaufsrecht nach § 24a BBauG in seiner inhaltlichen Ausformung unverändert in das Baugesetzbuch überführt werden sollte.

26 Die Gesetzesänderungen im Bereich des Vorkaufsrechts zielten allgemein darauf ab, die Regelungen zu straffen oder aus Gründen der Vereinfachung neu zu fassen (BT-Drucks. 10/4630, Einl. B. 11, S. 50, 52). (...)

27 Mit der Ausübungsvoraussetzung nach § 24 Abs. 3 BauGB wird in Bezug auf eine Rechtfertigung durch das Wohl der Allgemeinheit die alte Rechtslage wiederholt (§ 24a Satz 3 i. V. m. § 24 Abs. 2 Satz 1 BBauG). Demgegenüber wird mit der Neuregelung der Ausübungsausschlussgründe insoweit die Rechtslage geändert, als diese Gründe nunmehr einheitlich für alle Vorkaufsrechte gelten und der Ausschlussgrund der plankonformen Bebauung und Nutzung (§ 24 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 BBauG) entsprechend auf eine maßnahmenkonforme Bebauung und Nutzung erstreckt wird (vgl. auch BVerwG, Beschluss vom 29.06.1993, 4 B 100.93, Buchholz 406.11 § 25 BauGB Nr. 1 Satz 3). (...)

28 Des Weiteren belegen auch die neugefassten Regelungen über das Abwendungsrecht in § 27 Abs. 1 Satz 1 BauGB nicht, dass dem Gesetzgeber dabei die Ausübung des Vorkaufsrechts zur Abwehr drohender Nutzungsänderungen in Erhaltungsgebieten vor Augen stand. Die Ausübung des Vorkaufsrechts kann abgewendet werden, wenn der Käufer in der Lage ist, das Grundstück binnen angemessener Frist den Zielen und Zwecken der städtebaulichen Maßnahme entsprechend zu nutzen. Die Abwendung setzt folglich ein fristgerechtes Handeln voraus. Eine Verpflichtung zum Unterlassen einer Änderung, die in Zukunft zu befürchten steht, wird demgegenüber nicht erwähnt.

29 3. Kommt es von Gesetzes wegen allein auf eine maßnahmenkonforme Nutzung im Zeitpunkt der Ausübung des Vorkaufsrechts an, ist nach den Feststellungen des Berufungsgerichts, die mit dem insoweit übereinstimmenden Vorbringen der Beteiligten in Einklang stehen, die Ausübung des Vorkaufsrechts ausgeschlossen. Der angefochtene Bescheid ist rechtswidrig und aufzuheben (§ 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO). Die Klage hat danach auch insoweit Erfolg, als sie auf die Verpflichtung des Beklagten zur Erteilung eines Negativzeugnisses gemäß § 28 Abs. 1 Satz 3 BauGB gerichtet ist (§ 113 Abs. 5 Satz 1 VwGO).

30 Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 und 3, § 162 Abs. 3 VwGO.

ANMERKUNG:

Von Notar a. D. Prof. Dr. Dr. **Herbert Grziwotz**, Regen

1. Vorkaufsrecht im Geltungsbereich einer Erhaltungssatzung (§ 24 Abs. 1 Nr. 4 BauGB)

Die Milieuschutzsatzung (§ 172 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BauGB) als der praktisch bedeutsamste Fall einer Erhaltungssatzung dient der Zusammensetzung der Wohnbevölkerung. Um einer Gentrifizierung entgegenzuwirken, kann auch die Begründung von Wohnungs- und Teileigentum in diesen Gebieten für genehmigungspflichtig erklärt werden (§ 172 Abs. 1 Satz 4 BauGB). Die Genehmigung im Bereich einer Milieuschutzsatzung darf nur versagt werden, wenn die Zusammensetzung der Wohnbevölkerung aus besonderen städtebaulichen Gründen erhalten werden soll. Neben der Regulierungspflicht ist auch das gemeindliche Vorkaufsrecht nach § 24 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 Alt. 2 BauGB, das im Bereich einer Milieuschutzsatzung besteht, ein Instrument zur Verfolgung dieses Ziels. Großstädte mit

angespannten Wohnungsmärkten haben das Vorkaufsrecht in letzter Zeit häufig ausgeübt, um den in diesen Bereichen lebenden Menschen die Umgebung zu sichern und dadurch die Bevölkerungszusammensetzung vor unerwünschten Veränderungen zu schützen.¹ Dies betrifft insbesondere die Städte Berlin, Hamburg und München.²

2. Ausschluss des Vorkaufsrechts

In diesem Zusammenhang ist der Ausschlussgrund des § 26 Nr. 4 BauGB von Bedeutung. Die Ausübung des gemeindlichen Vorkaufsrechts ist danach ausgeschlossen, wenn das Grundstück entsprechend den Zielen und Zwecken der städtebaulichen Maßnahmen bebaut ist und genutzt wird und eine auf ihm errichtete bauliche Anlage keine Missstände oder Mängel im Sinne des § 177 Abs. 2 und 3 S. 1 BauGB aufweist. In der kommunalen Praxis wurden bevorstehende Beeinträchtigungen der Erhaltungsziele und -zwecke berücksichtigt.³ Das BVerwG hat nunmehr klargestellt, dass diese Bestimmung auf die tatsächlichen Verhältnisse im Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung über das Vorkaufsrecht bezogen ist. Es ist bei der Beurteilung einer plan- bzw. maßnahmenkonformen Bebauung und Nutzung auf den gegenwärtigen Zustand abzustellen; mögliche zukünftige Entwicklungen sind dagegen nicht von Bedeutung. Wenn ein Gebäude ordentlich vermietet ist, gibt es somit kein Vorkaufsrecht. Das (nicht existente) Vorkaufsrecht war allerdings Ausgangspunkt für Abwendungsvereinbarungen nach § 27 BauGB, die nunmehr nicht mehr möglich sind, da bereits § 26 Nr. 4 BauGB das Vorkaufsrecht in den meisten Fällen ausschließt. Deshalb enthält der Koalitionsvertrag die Aussage, dass die Regierungskoalition prüfen werde, „ob sich aus dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 09.11.2021 zum gemeindlichen Vorkaufsrecht in Gebieten einer Erhaltungssatzung (Milieuschutzsatzung) gesetzgeberischer Handlungsbedarf ergibt“.⁴

3. Abwendung des Vorkaufsrechts (§ 27 BauGB)

Bis zur Entscheidung des BVerwG war es übliche kommunale Vorgehensweise, mit dem Erstkäufer über eine Abfindungsvereinbarung gemäß § 27 BauGB zu verhandeln. Dabei ergibt sich zunächst das Problem, ob die Ge-

- 1 Zum Einsatz des Vorkaufsrechts zum sparsamen Umgang mit der Ressource Boden siehe *Sommer*, BayGt 2018, 322 ff. und zur Sicherung bezahlbaren Wohnens siehe *Kronisch*, NVwZ 2019, 1471 ff.
- 2 Siehe dazu *Krass* in *Süddeutsche Zeitung* Nr. 273 vom 25.11.2021, S. 41.
- 3 VG Berlin, Urteil vom 17.05.2018, 13 K 724.17, GE 2018, 1161 und OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 22.10.2019, OVG 10 B 9.18, ZfBR 2020, 269; siehe dazu ausführlich *Kühling/Winkler*, DVBl. 2019, S. 1376, 1377 ff.
- 4 Koalitionsvertrag 2021-2025 zwischen der Sozialdemokratischen Partei Deutschlands (SPD), Bündnis 90/Die GRÜNEN und den Freien Demokraten (FDP), S. 89 f.; vgl. dazu auch den an den zuständigen Ausschuss überwiesenen Antrag u. a. der Fraktion DIE LINKE, BT-Drucks. 20/236.

schaftsgrundlage bisher geschlossener Vereinbarungen aufgrund der Entscheidung des BVerwG nunmehr entfallen ist.⁵ Für künftige Vereinbarungen, die nur zulässig sind, wenn nicht bereits ein Ausschließungsgrund nach § 26 Nr. 4 BauGB besteht, weil zum Beispiel eine bauliche Anlage Mängel aufweist, oder aufgrund einer erneuten BauGB-Novelle die bisherige kommunale Interpretation des Ausschließungsgrunds Gesetz wurde, stellt sich die Frage, ob die Gemeinde das Instrument eines städtebaulichen Vertrags dazu nutzen darf, um weitergehende Zwecke über die Zielsetzung des Vorkaufsrechts hinaus zu verfolgen. Kann sich ein (Erst-)Käufer wirksam verpflichten,

- eine Modernisierung in das Vertragsobjekt zu unterlassen, die über bestimmte Wohnstandards hinausgeht,
- die in § 250 Abs. 6 Satz 1 BauGB, aber nicht in § 172 Abs. 1 Satz 4 BauGB genannten Vorgänge, wie zum Beispiel die Begründung von Bruchteilseigentum verbunden mit einer im Grundbuch eingetragenen Nutzungsvereinbarung samt Ausschluss der Aufhebung der Gemeinschaft, nicht vorzunehmen,
- eine Neuvermietung nur an bestimmte Mieter vorzunehmen, die die von der Gemeinde festgelegten Kriterien eines „Modells Miete“ erfüllen, und auch bei einem Leerwerden mehrerer Wohnungen nur eine einzige durch Familienangehörige oder Verwandte entsprechend § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB nutzen zu lassen oder selbst zu nutzen,
- eine nach den gesetzlichen Vorschriften zulässige Mieterhöhung nur bis zu einem bestimmten Höchstbetrag (Mietobergrenze) zu fordern, wobei die Mieter aus dieser Vereinbarung ein eigenes Forderungsrecht (§ 328 BGB) erwerben?

Können die vorstehenden Verpflichtungen zusätzlich durch eine Vertragsstrafe, hinsichtlich derer sich der Käufer der Zwangsvollstreckung in sein gesamtes Vermögen unterwirft, gesichert werden? Gegenleistung der Kommune ist der Verzicht auf das von ihr bereits ausgeübte Vorkaufsrecht.

Für die Abfindungsverpflichtung, die vor Ablauf der Frist nach § 28 Abs. 2 Satz 1 BauGB (drei Monate) oder einer auf Antrag des Käufers um zwei weitere Monate verlängerten Frist (§ 27 Abs. 1 Satz 3 BauGB) vorliegen muss, genügt nach herrschender Meinung eine einseitige Verpflichtungserklärung des Käufers, die keiner Mitwirkung der Gemeinde bedarf. Hinsichtlich ihrer Form und ihres Inhalts gilt danach, dass sie der Gemeinde als rechtliche Grundlage dienen soll, den vermittelten Anspruch, das Grundstück einer den Planvorstellungen der Gemeinde entsprechenden Nutzung zuzuführen, zu verfolgen und ggf. grundbuchlich abzusichern.⁶ Die Verpflichtungser-

klärung des (Erst-)Käufers begründet nach dieser Ansicht ein öffentlichrechtliches Schuldverhältnis eigener Art, auf das die Vorschriften über einen städtebaulichen Vertrag entsprechend anzuwenden sein sollen, wenn nicht ohnehin eine Annahme des in der Abfindungserklärung liegenden Angebots auf einen Vertragsabschluss vorgesehen ist.⁷ Eine Annahme durch die Gemeinde innerhalb der (ggf. verlängerten) Ausübungsfrist soll nicht erforderlich sein.⁸ Unabhängig davon, ob man dieser dogmatisch nicht leicht verständlichen Konstruktion folgt oder einen städtebaulichen Vertrag annimmt,⁹ ergibt sich für die notarielle Praxis:¹⁰

- Spätester Zeitpunkt der Verpflichtungserklärung ist der Ablauf der Dreimonatsfrist,¹¹ die von der Gemeinde um zwei Monate verlängert werden kann. Allerdings kann die Abgabe der Abwendungserklärung bereits vor der Ausübung des Vorkaufsrechts durch die Gemeinde erfolgen.¹²
- Enthält die Erklärung eine Verpflichtung zur Übertragung eines Grundstücks, bedarf sie der notariellen Beurkundung (§ 311b Abs. 1 Satz 1 BGB).
- Die Verwendung des vom Vorkaufsrecht betroffenen Grundstücks nach den Zielen und Zwecken der städtebaulichen Maßnahme muss im Vertrag bestimmt werden.
- Der Käufer muss in der Lage sein, das Grundstück binnen angemessener Frist nach den Zielen und Zwecken der städtebaulichen Maßnahme zu nutzen. Auch dies muss in der Erklärung geregelt werden.
- Zu den beiden vorgenannten Maßnahmen muss sich der (Erst-)Käufer verbindlich verpflichten, wobei die Umsetzung in einer festgelegten (angemessenen) Frist erfolgen muss. Soweit eine bauliche Anlage Mängel aufweist, müssen auch diese innerhalb angemessener Frist beseitigt werden und deshalb eine entsprechende Verpflichtung in die Abwendungsvereinbarung aufgenommen werden.
- Grundbuchmäßige Sicherungen sind nur in Form von Unterlassungsdienstbarkeiten oder bei einer möglichen Ersatzvornahme durch die Gemeinde unter Kostentragung des Verpflichteten durch eine Grund-

5 Siehe hierzu *Schröder/Kümmel*, NVwZ 2022, 78, 79.

6 So u. a. OVG Münster, Urteil vom 19.04.2010, 7 A 1041/08, ZfBR 2010, 809 (Ls.); *BKL/Reidt*, BauGB, 15. Aufl. 2022, § 27 Rdnr. 4.

7 Siehe *Bracher/Reidt/Schiller/Bracher*, Bauplanungsrecht, 9. Aufl. 2022, Rdnr. 23.63 und nochmals *BKL/Reidt*, BauGB, § 27 Rdnr. 4.

8 *BKL/Reidt*, BauGB, § 27 Rdnr. 5.

9 So *Spannowsky/Uechtritz/Grziwotz*, BauGB, 3. Aufl. 2018, § 27 Rdnr. 5.

10 Zu einem Vertragsmuster siehe *Spannowsky/Uechtritz/Grziwotz*, BauGB, § 27 Rdnr. 71.

11 Unzut. *BKL/Reidt*, BauGB, § 27 Rdnr. 5. der noch auf die alte Zweimonatsfrist verweist.

12 *BKL/Reidt*, BauGB, § 27 Rdnr. 5; *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger/Stock*, BauGB, Stand: August 2021, § 27 Rdnr. 56; *Bracher/Reidt/Schiller/Bracher*, Bauplanungsrecht, Rdnr. 23.69; *Spannowsky/Uechtritz/Grziwotz*, BauGB, § 27 Rdnr. 20.

schuld in geschätzter Höhe möglich. Eine notarielle Zwangsvollstreckungsunterwerfung ist auch wegen öffentlichrechtlicher Ansprüche zulässig.¹³ Bei einem schriftlichen öffentlichrechtlichen Vertrag, der keine Verpflichtung zur Veräußerung oder dem Erwerb eines Grundstücks enthält, ist eine Zwangsvollstreckungsunterwerfung ebenfalls zulässig; dies setzt allerdings einen subordinationsrechtlichen Vertrag und die Einhaltung der in Art. 61 BayVwVfG genannten Voraussetzungen voraus.

4. Allgemeine Probleme hinsichtlich der notariellen Vertragsabwicklung bei einem drohenden gemeindlichen Vorkaufsrecht

- Mitunter wird in Gemeinden diskutiert, ob das gemeindliche Vorkaufsrecht oder Vorkaufsrecht des Mieters (§ 577 BGB) bei der Veräußerung einer Eigentumswohnung im Milieuschutzgebiet Vorrang hat. § 24 Abs. 2, § 25 Abs. 2 Satz 1 BauGB schließen ein Vorkaufsrecht beim Verkauf von Rechten nach dem Wohnungseigentumsgesetz sowie von Erbbaurechten aus. Dies gilt – Umgehungsgeschäfte ausgenommen – auch beim Verkauf sämtlicher Wohnungs- und Teileigentumseinheiten eines Grundstücks. Ein Negativzeugnis ist dann für den Grundbuchamtlichen Vollzug nicht erforderlich.¹⁴
- Die Verpflichtung zur Mitteilung des Inhalts des Kaufvertrags richtet sich nach der gesetzlichen Regelung (§ 28 Abs. 1 Satz 1 Hs. 1 BauGB) allein an den Verkäufer. Der Käufer ist zur Mitteilung berechtigt, um die Frist in Lauf zu setzen (§ 28 Abs. 1 Satz 1 Hs. 2 BauGB). Der Notar ist zur Mitteilung weder verpflichtet noch berechtigt. Allerdings enthält die notarielle Vollzugsvollmacht, wenn nicht ausdrücklich etwas anderes geregelt wird (zum Beispiel, dass die Anwälte der Vertragsparteien das Bestehen eines gemeindlichen Vorkaufsrechts klären und dies dem Notar mitteilen, sodass der Notar diesbezüglich nichts zu veranlassen hat), auch die Ermächtigung zur Klärung hinsichtlich des gemeindlichen Vorkaufsrechts im sog. zweistufigen Verfahren.¹⁵ Gemeinden machen teilweise (auch durch Verwaltungsakt mit Rechtsmittelbelehrung) einen Anspruch auf Übersendung einer Abschrift gegen den Notar geltend; mitunter erklären sie, dass ein gemeindliches Vorkaufsrecht zwar nicht besteht, sie aber dennoch eine Vertragsabschrift wünschen. Wegen der notariellen Geheimhaltungspflicht und aus datenschutzrechtlichen Gründen ist dieses Ansuchen

zurückzuweisen; der Notar kann nur aufgrund Ermächtigung der Beteiligten der Gemeinde Auskünfte über den Kaufvertrag und den Inhalt (eigentlich der Übersendung einer Abschrift) erteilen. Nach der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung beginnt die Ausübungsfrist erst mit der vollständigen Mitteilung des Kaufvertrags. Diese Mitteilungspflicht betrifft den gesamten und vollständigen Inhalt des Kaufvertrags.¹⁶ Aus diesem Grund kann sich bei Bestehen eines gemeindlichen Vorkaufsrechts empfehlen, auf Verlangen der Beteiligten unmittelbar eine Abschrift des Kaufvertrags an die Gemeinde zu senden.

- Die Ausübung des Vorkaufsrechts erfolgt durch privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakt (§ 28 Abs. 2 Satz 1 BauGB).¹⁷ Adressat ist der Verkäufer. Die Bekanntgabe gegenüber dem Käufer ist weder ausreichend noch erforderlich. Gleiches gilt für die Bekanntgabe gegenüber dem Notar.¹⁸ Eine diesbezügliche Vollmacht zur Empfangnahme ist grundsätzlich zwar möglich, aber nicht empfehlenswert, weil sie die Rechtsbehelfsfrist für den Verkäufer und den Käufer faktisch verkürzt. Insofern kann es sich empfehlen, im Kaufvertrag klarzustellen, dass der Notar nicht Adressat einer Ausübungserklärung ist, aber zweckmäßigerweise eine Abschrift erhalten soll.
- Die Frist für die Ausübung des Vorkaufsrechts beginnt erst mit der vollständigen Mitteilung des rechtswirksamen Kaufvertrags.¹⁹ Ist der Vertrag zum Zeitpunkt der Mitteilung seines Inhalts an die Gemeinde noch nicht rechtswirksam, hat die Mitteilung der Rechtswirksamkeit des Vertrags nachträglich noch zu erfolgen. Diese Mitteilung ist nach herrschender Meinung auch dann erforderlich, wenn die Gemeinde selbst für die Erteilung der ausstehenden Genehmigung zuständig ist, was allerdings wenig Sinn ergibt.²⁰ Der Notar kann in diesem Fall der Gemeinde mitteilen, dass sie die Genehmigung nach (...) zum Vertrag erteilt hat und dieser damit rechtswirksam wurde.
- Die Ausübungsfrist kann sich beim Zusammentreffen eines Sanierungsgebiets mit einer Erhaltungssatzung²¹ und einer zusätzlichen Fristverlän-

16 St. Rspr., zuletzt VGH München, Beschluss vom 28.07.2021, 9 ZB 20.2276, BeckRS 2021, 22594.

17 Siehe nur VGH München, Beschluss vom 20.01.2015, 2 ZB 14.887, BeckRS 2015, 42393.

18 OVG Lüneburg, Urteil vom 12.07.2019 95,1 L 5249/94, NJW 1996, 212.

19 BVerwG, Beschluss vom 28.08.2020, 4 B 3/20, MittBayNot 2021, 526; VGH München, Beschluss vom 28.07.2021, 9 ZB 20.2276, BeckRS 2021, 22594 Rdnr. 6 f.

20 VGH Mannheim, Urteil vom 30.09.2021, 3 S 2595/20, NVwZ-RR 2022, 128 = DÖV 2022, 89 (Ls.).

21 Zu dieser Möglichkeit Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger/Stock, § 172 Rdnr. 24.

13 BGH, Urteil vom 20.10.2005, I ZB 3/05, DNotZ 2006, 189 m. abl. Anm. Wolfsteiner.

14 OLG Hamm, Beschluss vom 14.12.2011, 15 W 476/11, DNotZ 2012, 376.

15 Vgl. dazu nur Vertreterversammlung BNotK-Rundschreiben Nr. 16/1997 vom 12.06.1997; Winkler, BeurKG, 19. Aufl. 2019, § 20 Rdnr. 12; Lerch, BeurKG, 5. Aufl. 2016, § 20 Rdnr. 12.

gerung wegen einer Abwendungsvereinbarung faktisch auf neun Monate verlängern (§ 173 Abs. 1 Satz 1 Hs. 2, § 22 Abs. 5 Satz 2 und 3, § 8 Abs. 2 Satz 1, § 27 Abs. 1 Satz 3 BauGB). Den Verwaltungsakt, durch den das Vorkaufsrecht ausgeübt wird, können Verkäufer und Käufer anfechten.²² Das Gerichtsverfahren dauert erfahrungsgemäß meist mehrere Jahre. Da der Käufer regelmäßig sehr viel schneller wissen möchte, ob er das Vertragsobjekt erwerben kann, und der Verkäufer auf die Kaufpreiszahlung teilweise angewiesen ist, können die Vertragsparteien Vereinbarungen darüber treffen, ob und bis zu welcher Instanz sie Rechtsbehelfe gegen den Verwaltungsakt, mit dem das Vorkaufsrecht ausgeübt wird, einlegen wollen. Zudem kann auch ein Rücktrittsrecht, das bei Rechtswirksamkeit des Vertrags freilich nur im Verhältnis der Vertragsparteien wirkt (§ 28 Abs. 2 Satz 2 BauGB, § 465 BGB), für den Fall aufgenommen werden, dass die Kaufpreisfälligkeit, zu der auch das Vorliegen der Negativbescheinigung über die Nichtausübung des gemeindlichen Vorkaufsrechts gehört, nicht bis zu einem bestimmten Zeitpunkt eintritt. Auf diese Weise ist das Vertragsverhältnis zwischen Verkäufer und Erstkäufer beendet. Unberührt bleibt die Abwicklung zwischen Verkäufer und Gemeinde bei einer wirksamen Ausübung des Vorkaufsrechts.

²² Siehe nur BVerwG, Beschluss vom 30.11.2009, 4 B 52/09, BeckRS 2009, 42532.

STEUERRECHT

21. Besteuerung eines beim Tod des Beschwerdefälligen Vermächtnisses

BFH, Urteil vom 31.8.2021, II R 2/20 (Vorinstanz: FG Hessen, Urteil vom 6.11.2019, 10 K 1104/18)

BGB §§ 2100, 2139, 2147 ff., 2176, 2177, 2191 ErbStG § 3 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2, §§ 6, 9 Abs. 1 Nr. 1 lit. a, § 15 Abs. 1

LEITSÄTZE:

- 1. Der Vermächtnisnehmer eines beim Tod des Beschwerdefälligen Vermächtnisses erwirbt erbschaftsteuerrechtlich vom Beschwerdefälligen.**
- 2. Fällt der erstberufene Vermächtnisnehmer vor Fälligkeit des Vermächtnisses weg, erwirbt der zweitberufene Vermächtnisnehmer ebenfalls vom Beschwerdefälligen und nicht vom erstberufenen Vermächtnisnehmer.**

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Der 1957 verstorbene Erblasser war Eigentümer eines Hausgrundstücks. In einem notariell beurkundeten Testament hatte er seine Ehefrau zur Alleinerbin bestimmt und das Grundstück seinem Neffen vermacht. Das Vermächtnis

sollte zwar mit dem Tod des Erblassers anfallen, Übergabe und Übereignung des Grundstücks konnte der Vermächtnisnehmer jedoch erst nach dem Tod der Ehefrau verlangen. Für den Fall, dass der Neffe das Vermächtnis nicht erwerben sollte, fiel es an dessen eheliche Abkömmlinge. Sollte der Neffe nach Anfall, aber vor Fälligkeit des Vermächtnisses sterben, fiel es an diese als Nachvermächtnisnehmer.

2 Der Neffe verstarb 2011 und wurde durch seine Kinder, den Kläger und Revisionskläger (Kläger) sowie dessen Bruder, beerbt. Im Jahre 2012 verstarb die Ehefrau des Erblassers. Danach wurde das Grundstück in Erfüllung der testamentarischen Verpflichtung auf den Kläger und dessen Bruder als Miteigentümer zu je ½ übertragen.

3 Der Beklagte und Revisionsbeklagte (das FA) setzte mit Bescheid vom 21.11.2016 gegenüber dem Kläger Erbschaftsteuer für einen vermächtnisweisen Erwerb von Todes wegen von der Ehefrau des Erblassers fest. Während der Kläger die Anwendung der Steuerklasse I beantragt hatte, wandte das FA Steuerklasse III an. Es vertrat die Auffassung, für die Besteuerung sei das Verwandtschaftsverhältnis des Klägers zu der Vorerbin – der Ehefrau des Erblassers – bzw. zum Erblasser maßgebend.

4 Mit dem durch Einspruchsentscheidung vom 13.07.2018 zurückgewiesenen Einspruch sowie der Klage machte der Kläger geltend, es habe sich um ein Nachvermächtnis i. S. d. § 2191 BGB gehandelt, sodass nach § 6 Abs. 2 ErbStG i. V. m. § 6 Abs. 4 Alt. 1 ErbStG auf Antrag der Erwerb als vom Vater stammend zu behandeln sei.

5 Das FG hat die Klage abgewiesen. Der inhaltlich hinreichend bestimmte Bescheid sei rechtmäßig. Das Vermächtnis sei zwar als Nachvermächtnis dem Neffen nach § 2176 BGB angefallen. Mit dem Aufschub der Fälligkeit nach § 2177 BGB auf den Tod der Ehefrau (betagtes Vermächtnis) sei aber die Besteuerung nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 lit. a ErbStG hinausgeschoben gewesen. Der Wortlaut des § 6 Abs. 4 Alt. 1 ErbStG i. V. m. § 6 Abs. 1 bis 3 ErbStG spreche zwar dafür, den Erwerb als von dem Neffen – dem Vater des Klägers – als Vorvermächtnisnehmer stammend zu versteuern (Steuerklasse I). Es sei aber nur gerechtfertigt, nach § 6 Abs. 2 Satz 1 ErbStG einen Erwerb vom Vorvermächtnisnehmer zu fingieren, wenn bei diesem nach § 6 Abs. 1 ErbStG ein steuerlicher Vollerwerb stattfindet. Fehle es daran etwa wegen hinausgeschobener Fälligkeit, bleibe es bei dem Erwerb unmittelbar vom Erblasser als Vermächtnisgeber. Das Urteil des FG ist in EFG 2020, 290, veröffentlicht.

6 Mit der Revision rügt der Kläger die Verletzung von § 6 Abs. 2 Satz 1 ErbStG. Dessen teleologische Reduktion sei nicht gerechtfertigt. Das FG verstehe die testamentarische Anordnung zutreffend als Nachvermächtnis auf den Tod des Neffen, gehe dann aber fälschlich davon aus, dass die Anwendung von § 6 Abs. 2 Satz 1 ErbStG nicht nur den Erwerb des Vermächtnisanspruchs, sondern auch den Anfall von Erbschaftsteuer verlange. Da der Kläger von seinem Vater erworben habe, bezeichne der Erbschaftsteuerbescheid zu Unrecht einen Erwerb von der Ehefrau des Erblassers und sei deshalb unbestimmt.

7 Der Kläger beantragt sinngemäß,

die Vorentscheidung, den Bescheid vom 21.11.2016 und die Einspruchsentscheidung vom 13.07.2018 aufzuheben.

8 Das FA beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

9 Seiner Ansicht nach folgt das vom FG erzielte Ergebnis auch aus § 6 Abs. 4 Alt. 2 ErbStG.

10 II. Die Revision ist nach § 126 Abs. 4 FGO zurückzuweisen. Das FG hat im Ergebnis zu Recht erkannt, dass die angefochtenen Bescheide rechtmäßig sind und den Kläger nicht i. S. v. § 100 Abs. 1 Satz 1 FGO in seinen Rechten verletzen.

11 Das Vermächtnis stellt erbschaftsteuerrechtlich einen Erwerb von Todes wegen gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 ErbStG nach der Ehefrau des Erblassers auf den Zeitpunkt seiner Fälligkeit dar, den das FA zutreffend unter Anwendung des § 15 Abs. 1 Steuerklasse III ErbStG besteuert hat. Dies folgt allerdings nicht aus einer auf eine teleologische Reduktion gestützten Nichtanwendung des § 6 Abs. 2 Satz 1 ErbStG, sondern aus § 6 Abs. 4 Alt. 2 ErbStG.

12 1. Vermächtnisse, die beim Tod des Beschwerten fällig sind, werden über eine Gleichstellung mit den Nacherbschaften erbschaftsteuerrechtlich im Wesentlichen so behandelt wie Vermächtnisse, die beim Tod des Beschwerten anfallen.

13 a) Der Anfall der Nacherbschaft gilt grundsätzlich als Erwerb vom Vorerben. Während zivilrechtlich nach §§ 2100, 2139 BGB der Vorerbe und der Nacherbe zwar nacheinander, aber beide vom ursprünglichen Erblasser erben (vgl. Urteil des BFH vom 13.04.2016, II R 55/14, BFHE 254, 43 = BStBl. II 2016, S. 746 Rdnr. 9 m. w. N.), gilt erbschaftsteuerrechtlich nach § 6 Abs. 1 ErbStG der Vorerbe als Erbe. Sein Erwerb unterliegt in vollem Umfang und ohne Berücksichtigung der Beschränkungen durch das Nacherbenrecht der Erbschaftsteuer (BFH, Urteil vom 23.08.1995, II R 88/92, BFHE 179, 145 = BStBl. II 1996, S. 137 unter 1. c) und vom 17.09.1997, II R 8/96, BFH/NV 1998, 587 unter II. 1.; zur Verfassungskonformität BFH, Beschluss vom 06.11.2006, II B 37/06, BFH/NV 2007, 242). Bei Eintritt der Nacherbfolge haben nach § 6 Abs. 2 Satz 1 ErbStG diejenigen, auf die das Vermögen übergeht, den Erwerb als vom Vorerben stammend zu versteuern. Die Vorschrift fingiert für erbschaftsteuerrechtliche Zwecke, dass der Nacherbe Erbe des Vorerben wird. Nach Maßgabe von § 6 Abs. 2 Satz 2 bis 5 ErbStG ist auf Antrag der Versteuerung das Verhältnis des Nacherben zum Erblasser zugrunde zu legen.

14 b) § 6 Abs. 4 ErbStG überträgt diese Systematik auf Vor- und Nachvermächtnisse sowie auf Vermächtnisse, die erst mit dem Tod des Beschwerten fällig werden.

15 aa) Nach § 6 Abs. 4 Alt. 1 ErbStG stehen Nachvermächtnisse den Nacherbschaften gleich. Ebenso wie zivilrechtlich nach § 2191 BGB i. V. m. §§ 2147 ff. BGB Vor- und Nachvermächtnisnehmer entsprechend dem Vor- und Nacherben behandelt werden, fingiert diese Vorschrift für erbschaftsteuerrechtliche Zwecke, dass der Nachver-

mächtnisnehmer das Vermächtnis vom Vorvermächtnisnehmer erwirbt. Sowohl bei Anfall des Vorvermächtnisses als auch bei Anfall des Nachvermächtnisses entsteht Erbschaftsteuer (vgl. Kapp/Ebeling/Geck, Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz, § 6 ErbStG Rdnr. 51; Troll/Gebel/Jülicher/Gottschalk/Gottschalk, ErbStG, § 6 Rdnr. 139).

16 Wird der Vorvermächtnisnehmer entsprechend § 6 Abs. 1 ErbStG als Vermächtnisnehmer nach dem ursprünglichen Erblasser behandelt, unterliegt sein Vermächtniserwerb der Erbschaftsteuer, ohne dass die Beschränkungen durch das Nachvermächtnis berücksichtigt werden können (BeckOK-ErbStG/Hinkers, Stand: 01.07.2021, § 6 Rdnr. 91). Der Nachvermächtnisnehmer hat entsprechend § 6 Abs. 2 Satz 1 ErbStG bei Eintritt des Nachvermächtnisfalls den Erwerb seines Vermächtnisses als vom Vorvermächtnisnehmer stammend zu versteuern und kann nur nach Maßgabe von § 6 Abs. 2 Satz 2 bis 5 ErbStG auf Antrag der Versteuerung sein Verhältnis zum Erblasser zugrunde legen.

17 bb) Nach § 6 Abs. 4 Alt. 2 ErbStG stehen ferner beim Tod des Beschwerten fällige Vermächtnisse (und Auflagen) den Nacherbschaften gleich. Diese Vorschrift spricht das sog. betagte Vermächtnis an, das zwar mit dem Erbfall entsteht, dessen Fälligkeit jedoch auf einen späteren Termin hinausgeschoben ist (vgl. BFH, Urteil vom 20.10.2015, VIII R 40/13, BFHE 252, 260 = BStBl. II 2016, S. 342 Rdnr. 17 m. w. N.).

18 Der durch ein solches betagtes Vermächtnis Beschwerte gilt als Vermächtnisnehmer nach dem Erblasser. Der Vermächtnisnehmer des betagten Vermächtnisses erwirbt vom Beschwerten (von Oertzen/Loose/Reich, Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz, 2. Aufl., § 6 Rdnr. 63; Meincke/Hannes/Holtz, Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz, Kommentar, 18. Aufl., § 6 Rdnr. 30; ErbStG eKommentar/Engel/Jochum, Stand: 15.10.2019, § 6 ErbStG Rdnr. 33; BeckOK-ErbStG/Hinkers, § 6 Rdnr. 92). Der Tod des Beschwerten ist somit für die Erbschaftsteuer des Vermächtnisnehmers keine aufschiebende Bedingung für die Entstehung der Steuer i. S. v. § 9 Abs. 1 Nr. 1 lit. a ErbStG, sondern begründet erst den steuerbaren Tatbestand. § 6 Abs. 4 Alt. 2 ErbStG gilt mangels anderweitiger Anordnung auch dann, wenn das Vermächtnis nicht nur betagt, sondern zivilrechtlich zudem ein Nachvermächtnis ist. Über § 6 Abs. 2 Satz 2 bis 5 ErbStG ist wiederum auf Antrag der Besteuerung das Verhältnis zum Erblasser zugrunde zu legen.

19 2. Ist ein Vermächtnis erst mit dem Tod des beschwerten Erben fällig und ein zweiter Vermächtnisnehmer für den Fall bestimmt, dass der erste Vermächtnisnehmer vor Fälligkeit des Vermächtnisses verstirbt, erwirbt – sollte sich dies realisieren – der zweitberufene Vermächtnisnehmer von dem beschwerten Erben, nicht aber vom erstberufenen Vermächtnisnehmer. Zeitpunkt des Erwerbs ist der Tod des Erben. Ob zivilrechtlich die beiden Vermächtnisse als Vor- und Nachvermächtnis zu qualifizieren sind, ist für Zwecke der Erbschaftsteuer nicht erheblich.

20 a) Der Tod des Erblassers führt noch nicht zu einem steuerbaren Vermächtniserwerb. Ungeachtet der Frage, ob der erste Vermächtnisnehmer zivilrechtlich ein Vorvermächtnis erworben hat, ist dieses erbschaftsteuerrechtlich

gemäß § 6 Abs. 4 Alt. 2 ErbStG nicht zu berücksichtigen. Aus demselben Grund ist mit dem Tod des ersten Vermächtnisnehmers hinsichtlich des Vermächtnisses kein erbschaftsteuerbarer Tatbestand bei dem zweiten Vermächtnisnehmer verwirklicht. So lange der beschwerte Erbe noch lebt, ist das Vermächtnis noch nicht fällig.

21 b) Ist mit dem Tod des beschwerten Erben schließlich das Vermächtnis fällig geworden, liegt erbschaftsteuerrechtlich bei dem zweiten Vermächtnisnehmer ein nach § 6 Abs. 4 Alt. 2 ErbStG der Nacherbschaft gleichstehender Erwerb vor. Der beschwerte Erbe steht dem Vorerben gleich und gilt nach § 6 Abs. 1 ErbStG als Erbe. Der zweite Vermächtnisnehmer steht dem Nacherben gleich und hat das Vermächtnis auf diesen Zeitpunkt nach § 6 Abs. 2 Satz 1 ErbStG als vom beschwerten Erben stammend zu versteuern. Stellt er den Antrag nach § 6 Abs. 2 Satz 2 bis 5 ErbStG, ist der Besteuerung das Verhältnis zu dem (ursprünglichen) Erblasser zugrunde zu legen.

22 3. Nach diesen Rechtsgrundsätzen ist der Vermächtniserwerb des Klägers mit der Steuerklasse III zu erfassen. Die Entscheidung des FG stellt sich im Ergebnis als richtig dar.

23 a) Mit dem Tod des Erblassers hatte dessen Neffe – der Vater des Klägers – nach § 6 Abs. 4 Alt. 2 ErbStG noch keinen Vermächtniserwerb zu versteuern. Das Vermächtnis war noch nicht fällig, weil die Ehefrau des Erblassers noch nicht verstorben war. Dasselbe galt für den Kläger und seinen Bruder beim Tod ihres Vaters. Die Fälligkeit des Vermächtnisses trat erst mit dem Tod der Ehefrau des Erblassers ein. Auf diesen Zeitpunkt hat der Kläger es als von ihr stammend zu versteuern. In diesem Verhältnis ist die Steuerklasse III anzuwenden.

24 b) Sollten die Erklärungen des Klägers als Antrag nach § 6 Abs. 2 Satz 2 bis 5 ErbStG zu verstehen sein, ändert sich an der Besteuerung nichts, da auch das Verhältnis des Klägers zu dem (ursprünglichen) Erblasser mit Steuerklasse III zu erfassen ist. Gegen die inhaltliche Bestimmtheit des Erbschaftsteuerbescheids bestehen unter diesen Prämissen keine Bedenken. Der Bescheid bezeichnet den steuerbaren Erwerb zutreffend.

25 4. Die Kostenentscheidung folgt aus § 135 Abs. 2 FGO. Der Senat entscheidet im Einverständnis der Beteiligten nach § 121 Satz 1 FGO i. V. m. § 90 Abs. 2 FGO ohne mündliche Verhandlung.

22. Privates Veräußerungsgeschäft nach unentgeltlicher Übertragung – grundsätzlich kein Gestaltungsmissbrauch

BFH, Urteil vom 23.04.2021, IX R 8/20 (Vorinstanz: FG Nürnberg, 21.03.2019, 6 K 551/17)

AO § 42 Abs. 1

EStG § 23 Abs. 1 Satz 3

FGO § 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1

LEITSÄTZE:

- § 23 Abs. 1 Satz 3 EStG ist eine Missbrauchsverhinderungsvorschrift i. S. v. § 42 Abs. 1 Satz 2 AO; damit ist die Annahme eines Missbrauchs rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten gemäß § 42 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 AO für den Fall der Veräußerung nach unentgeltlicher Übertragung grundsätzlich ausgeschlossen.**
- Hat der Steuerpflichtige die Veräußerung eines Grundstücks angebahnt, liegt ein Missbrauch rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten grundsätzlich nicht vor, wenn er das Grundstück unentgeltlich auf seine Kinder überträgt und diese das Grundstück an den Erwerber veräußern; der Veräußerungsgewinn ist dann bei den Kindern nach deren steuerlichen Verhältnissen zu erfassen.**



SONSTIGES

Veranstaltungen des DAI

1. **Intensivkurs Kostenrecht**
(Diehn)
01.07.2022 bis 02.07.2022 in Heusenstamm
(bei Frankfurt am Main) und als Live-Stream
2. **Notarielle Fachprüfung – Systematisches
Klausurentraining**
(Berkefeld)
15.07.2022 in Heusenstamm (bei Frankfurt am Main)
und als Live-Stream
3. **Online-Verfahren im Gesellschaftsrecht/
elektronische Urkundensammlung**
(Klein/Kühnelt)
03.08.2022 in Osnabrück
4. **Online-Verfahren im Gesellschaftsrecht/
elektronische Urkundensammlung**
(Klein/Kühnelt)
08.08.2022 in Itzehoe
5. **Online-Verfahren im Gesellschaftsrecht/
elektronische Urkundensammlung**
(Klein/Kühnelt)
09.08.2022 in Lübeck

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, T. 0234 970640, F. 0234 703507, M. notare@anwaltsinstitut.de.



AUFsätze



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSPRECHUNG



SONSTIGES



STANDESNACHRICHTEN

Neuerscheinungen

1. Artkämper H./Artkämper L./Weise: Die „gestörte“ Hauptverhandlung. 6. Aufl., Gieseking, 2022. 714 S., 79,00 €
2. Bergschneider: Verträge in Familiensachen. Eheverträge, Trennungs- und Scheidungsvereinbarungen. 7. Aufl., Gieseking, 2022. 350 S., 69,00 €
3. Büte/Volker: Zugewinnausgleich bei Ehescheidung. Bewertung, Berechnung, Sicherung, Verjährung. 6. Aufl., Beck, 2022. 499 S., 85,00 €
4. Buth/Hermanns: Restrukturierung, Sanierung, Insolvenz. 5. Aufl., Beck, 2022. 1286 S., 159,00 €
5. Elsing: Vereinsrecht in der notariellen Praxis. 5. Aufl., Deutscher Notarverlag, 2022. 192 S., 44,00 €
6. Frege/Keller/Riedel: Handbuch Insolvenzrecht. 9. Aufl., Beck, 2022. 1141 S., 129,00 €
7. Grziwotz: Eheverträge in der Landwirtschaft. 3. Aufl., HLBS, 2021. 264 S., 38,00 €
8. Heinemann/Trautrim: Notarrecht. Nomos, 2022. 1990 S., 128,00 €
9. Kieß: Betreuungs- und Unterbringungsrecht. Handbuch für die Praxis. 7. Aufl., Nomos, 2022. 262 S., 59,00 €
10. Kirchhof/Seer: Einkommensteuergesetz. Kommentar. 21. Aufl., Otto Schmidt, 2022. 3000 S., 184,00 €
11. Krüger/Pofahl/Kring: Handbuch Immobilien-Transaktionen. Recht, Steuern, Markt & Commercials. Beck, 2022. 567 S., 159,00 €
12. Kuckenbug/Perleberg-Kölbel :Unternehmen im Familienrecht. 2. Aufl., Luchterhand, 2022. 800 S., 99,00 €
13. Lademann: Umwandlungssteuergesetz. Handkommentar mit Erläuterungen zu § 1a KStG (Optionsmodell), Umsatzsteuer, Grunderwerbsteuer. 3. Aufl., Boorberg, 2022. 1360 S., 185,00 €
14. Lang/Weidmüller: Genossenschaftsgesetz. 40. Aufl., De Gruyter, 2022. 1330 S., 199,95 €
15. Leible/Reichert: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts. Band 6. Internationales Gesellschaftsrecht, Grenzüberschreitende Umwandlungen. 5. Aufl., Beck, 2022. 1392 S., 189,00 €
16. Mack: Die vertragliche Beteiligung Dritter am Gewinn der GmbH. Duncker & Humblot, 2022. 249 S., 79,90 €
17. Märkle/Alber: Der Verein im Zivil- und Steuerrecht. 13. Aufl., Boorberg, 2022. 670 S., 79,80 €
18. Mayer/Bonefeld/Tanck: Testamentsvollstreckung. 5. Aufl., Nomos, 2022. 979 S., 118,00 €
19. Musielak/Voit: Zivilprozessordnung. Kommentar. 19. Aufl., Vahlen, 2022. 3125 S., 169,00 €
20. Schäfer: Das neue Personengesellschaftsrecht. Beck, 2022. 507 S., 79,00 €
21. Schimanski: Wegweiser durch die NotAktVV. Nomos, 2022. 231 S., 48,00 €
22. Schmidt: Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Band 2: §§ 105-229, Konzernrecht der Personengesellschaften. 5. Aufl., Beck, 2022. 1800 S., 299,00 €
23. Schulz: NotarFormulare Bauträgerrecht. 4. Aufl., Deutscher Notarverlag, 2022. 496 S., 99,00 €
24. Sinewe: Unternehmenskauf in der Steuerpraxis. 3. Aufl., Springer Gabler, 2022. 441 S., 54,99 €
25. Spindler/Stilz: Aktiengesetz Gesamtwerk. 5. Aufl., Beck, 2022. 6690 S., 599,00 €
26. Staudinger: BGB. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 5: Erbrecht. §§ 2346-2352 (Erbverzicht). Otto Schmidt – De Gruyter, 2022. 312 S., 99,95 €
27. Thomas/Putzo: Zivilprozessordnung. FamFG Verfahren in Familiensachen, EGZPO, GVG, EGGVG, EU-Zivilverfahrensrecht. Kommentar. 43. Aufl., Beck, 2022. 2970 S., 67,00 €
28. Toussaint: Kostenrecht. 52. Aufl., Beck, 2022. 2847 S., 163,00 €
29. Viskorf: Grunderwerbsteuergesetz. Kommentar. 20. Aufl., Beck, 2022. 877 S., 149,00 €
30. Weinland: Münchener Kommentar zum Anfechtungsgesetz. 2. Aufl., Beck, 2022. 465 S., 169,00 €
31. Widmann/Bauschatz: Umwandlungssteuergesetz. Stollfuß, 2022. 1440 S., 149,00 €
32. Winkler: Beurkundungsgesetz. Kommentar. 20. Aufl., Beck, 2022. 973 S., 149,00 €

Personaländerungen

1. Verstorben:

Notar a. D. Dr. Wolfgang Scholzen
verstorben am 19.05.2022

2. Erlöschen des Amtes nach § 47 BNotO:

Mit Wirkung zum 01.07.2022:

Notar Dr. Ottmar Fleischer, Fürth
Notar Dr. Ludwig Hofstetter, Kitzingen
Notar Dr. Hans Thalhammer, Regensburg

Mit Wirkung zum 01.08.2022:

Notar Dr. Klaus Macht, Ingolstadt

3. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung zum 01.06.2022:

Kemnath	dem Notarassessor Johannes Eichelsdörfer (bisher in Nürnberg, Notarstellen Prof. Dr. Adrian/Kroier)
---------	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Mit Wirkung zum 01.07.2022:

Fürth (in Sozietät mit Notar Martin Walter)	dem Notar Dr. Georg Seitz (bisher in Hollfeld)
Regensburg (in Sozietät mit Notar Sven Schünemann)	dem Notar Dr. Rüdiger Merkle (bisher in Schwandorf)

4. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung zum 01.05.2022:

Dr. Georg Alexander Haas, Kaiserslautern
(Notarstellen Dietrich/Oltmanns)

Dr. Christian Hess, Klingenberg a. M.
(Notarstelle Haßelbeck)

5. Sonstige Veränderungen:

Die Sozietät Huwendiek/Dr. Knapp, München, wurde
mit Wirkung vom 01.06.2022 aufgehoben



Anschriften- und Rufnummernänderungen:

Notar Dr. Andreas Knapp
Residenzstraße 25-26/II. Stock
80333 München
M. info@notar-knapp.de
T. 089 / 45 228 77 - 0
F. 089 / 45 228 77 - 13

Notarin Elisabeth Lommer
Spittlertorgraben 49
90429 Nürnberg

Notarin Eva-Maria Bernauer
weitere Geschäftsstelle in Freilassing:
Ludwig-Zeller-Straße 45
83395 Freilassing



Aufsätze



Buchbesprechungen



Rechtsprechung



Sonstiges



Standesnachrichten

Abonnement

MittBayNot

Die **MittBayNot** erscheint jährlich mit sechs Heften und kann nur über die Geschäftsstelle der Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10, 80333 München, T. 089 55166-0, F. 089 55089-572, M. mittbaynot@notare-bayern-pfalz.de, bezogen werden.

Der Bezugspreis beträgt jährlich 56,00 € (zzgl. Versandkosten und zzgl. USt.) und wird in einem Betrag am 01.07. in Rechnung gestellt. Einzelheft 13,00 € (zzgl. Versandkosten und zzgl. USt.).

Abbestellungen sind nur zum Ende eines Kalenderjahres möglich und müssen bis 15.11. eingegangen sein.

Bestellungen für Einbanddecken sind nicht an die Landesnotarkammer Bayern, sondern direkt zu richten an: Universal Medien GmbH, Fichtenstraße 8, 82061 Neuried, T. 089 5482170, F. 089 555551, www.universalmedien.de/notarkammer.

