Notare Bayern und Pfalz
Landesnotarkammer Bayern

MittBayNot

Begründet 1864

6 | 2024

November | Dezember 2024

Herausgeber:
Landesnotarkammer Bayern
Ottostraße 10
80333 München

Schriftleitung:
Christoph Draxinger,
Notarassessor
Benjamin Lorenz,
Notarassessor

Herausgeberbeirat:
Dr. Susanne Frank,
Notarin in München

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

Priv.-Doz. Dr. Patrick Meier,
Notar in Bischofsheim i. d. Rhön

Angelika Strähuber,
Notarin in Regen

Michael Volmer,
Notar in Aschaffenburg

Dr. Eckhard Wälzholz,
Notar in Füssen

Dr. Dietmar Weidlich,
Notar in Roth

Dr. Felix Wobst,
Notar in Gerolzhofen

ISSN 0941-4193

AUFSÄTZE

Bogner: Der wirtschaftlich Berechtigte in der notariellen Praxis: eine Fallstudie zu Grundfragen und ausgewählten Problemstellungen 523

Wilsch: Neues zur Bescheinigung für den Vollzug des § 1026 BGB in der bayerischen Vermessungs- und Grundbuchpraxis 537

RECHTSPRECHUNG – ANMERKUNGEN

Reul zu **BGH:** Pfändbarkeit des Eigentümerwohnungsrechts – Verwertung durch den Insolvenzverwalter 555

Feichtlbauer zu **BGH:** Erwerb eines Miteigentumsanteils durch einen Minderjährigen 570

Kloiber zu **OLG Köln:** Erteilung einer Bescheinigung über die Annahme des Testamentsvollstreckeramtes 576

Linke zu **OLG Frankfurt a. M.:** Beschwerdebefugnis der Gesellschaft bei Zurückweisung einer geänderten Gesellschafterliste 590

Sommer zu **BGH:** Zum Verbot der systematischen Beurkundung mit vollmachtlosen Vertretern 597

Draxinger zu **OLG Dresden:** Zum Aufforderungsverfahren 606

Heitzer zu **BGH:** Notarkosten bei Übergabe eines an Familienangehörigen verpachteten Betriebs 611

Geissler zu **BFH:** Einbringung gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten 618

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:
Dr. Susanne Frank, Notarin in München
Prof. Dr. Dr. Herbert Grziwotz, Notar a. D., Regen
Priv.-Doz. Dr. Patrick Meier, Notar in Bischofsheim i. d. Rhön
Angelika Strähuber, Notarin in Regen
Michael Volmer, Notar in Aschaffenburg
Dr. Eckhard Wälzholz, Notar in Füssen
Dr. Dietmar Weidlich, Notar in Roth
Dr. Felix Wobst, Notar in Gerolzhofen

Schriftleitung:
Notarassessor Christoph Draxinger,
Notarassessor Benjamin Lorenz

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 6 | 2024

AUFSÄTZE 523

Bogner: Der wirtschaftlich Berechtigte in der notariellen Praxis: eine Fallstudie zu Grundfragen und ausgewählten Problemstellungen 523

Wilsch: Neues zur Bescheinigung für den Vollzug des § 1026 BGB in der bayerischen Vermessungs- und Grundbuchpraxis 537

BUCHBESPRECHUNGEN 545

Hohm: Konzeptvergabe zur nachhaltigen Wohnraumversorgung **(Grziwotz)** 545

Gummert/Schäfer: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 2: Kommanditgesellschaft, GmbH & Co. KG, Publikums-KG, Stille Gesellschaft **(Munzig)** 546

RECHTSPRECHUNG 549

Bürgerliches Recht

ALLGEMEINES

1. Verjährungseinrede gegenüber einem kaufrechtlichen Anspruch auf Lastenfreistellung (BGH, Urteil vom 13.10.2023, V ZR 161/22) 549

SACHEN- UND GRUNDBUCHRECHT

2. Pfändbarkeit des Eigentümerwohnungsrechts – Verwertung durch den Insolvenzverwalter (BGH, Beschluss vom 02.03.2023, V ZB 64/21) 552
   mit Anmerkung **Reul** 555

3. Zur nachträglich veränderten Urkunde im Grundbuchverfahren (OLG Karlsruhe, Beschluss vom 14.02.2024, 14 W 109/23 (Wx)) 559

4. Keine nachteilige rechtliche Beeinträchtigung des Eigentümers des dienenden Grundstücks durch Bestandteilszuschreibung (OLG München, Beschluss vom 24.01.2024, 34 Wx 9/24) 562

5. Erforderlichkeit der Antragstellung durch den Notar auch bei Eigentumsauflassung in gerichtlich protokollierter Trennungs- und Scheidungsfolgenvereinbarung (OLG Karlsruhe, Beschluss vom 01.12.2023, 14 W 91/23 (Wx)) (LS) 564

6. Antrag einer Partei auf Grundbuchumschreibung nach gerichtlichem Vergleich (OLG Rostock, Beschluss vom 24.07.2023, 3 W 81/23) (LS) 564

7. Zu den Voraussetzungen einer Schadensersatzpflicht wegen eines grundlosen Abbruchs von Vertragsverhandlungen bei Nichtgenehmigung eines Grundstückskaufvertrags durch die Erben (OLG Hamm, Beschluss vom 29.11.2023, 22 U 60/23) 564

8. Vollzug einer Teilungserklärung für ein Grundstück, an dem ein Erbbaurecht besteht (OLG München, Beschluss vom 24.08.2023, 34 Wx 202/23 e) (LS) 567

FAMILIENRECHT

9. Erwerb eines Miteigentumsanteils durch einen Minderjährigen (BGH, Beschluss vom 18.04.2024, V ZB 51/23) 567
   mit Anmerkung **Feichtlbauer** 570

10. Prüfungspflicht des Notars vor Erteilung einer weiteren Ausfertigung der Vollmachtsurkunde (BGH, Beschluss vom 24.05.2023, V ZB 22/22) (LS) 573

ERBRECHT

11. Kein regelmäßig anzunehmender Widerruf eines Bezugsrechts bei Kündigung eines Lebensversicherungsvertrags (BGH, Urteil vom 22.03.2023, IV ZR 95/22) 573

12. Erteilung einer Bescheinigung über die Annahme des Testamentsvollstreckeramtes (OLG Köln, Beschluss vom 12.05.2023, 2 Wx 65/23) (LS) 576
   mit Anmerkung **Kloiber** 576

Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

13. Kein Anspruch des Kommanditisten auf Löschung von Geburtsdatum und Wohnort im Handelsregister (BGH, Beschluss vom 23.01.2024, II ZB 8/23) (LS) 579

14. Kapitalerhöhung einer GmbH mit mehreren Geschäftsanteilen (OLG Schleswig, Beschluss vom 03.04.2024, 2 Wx 57/23) 580

Inhaltsverzeichnis MittBayNot 6 | 2024

15. Vollstreckung des Anspruchs auf Einreichung einer Gesellschafterliste (OLG Brandenburg, Beschluss vom 16.08.2023, 7 W 89/23) (LS) 581

16. Beschwerdebefugnis der Gesellschaft bei Zurückweisung einer geänderten Gesellschafterliste (OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 01.03.2023, 20 W 132/22) 581
mit Anmerkung **Linke** 590

Internationales Privatrecht

17. Keine internationale Notzuständigkeit deutscher Gerichte bei einem Verfahren zur Anordnung einer Nachlasspflegschaft vor den Gerichten des Staates Vatikanstadt (OLG München, Beschluss vom 12.06.2024, 33 Wx 270/23 e) 593

Beurkundungs- und Notarrecht

18. Zum Verbot der systematischen Beurkundung mit vollmachtlosen Vertretern (BGH, Beschluss vom 08.07.2024, NotSt (Brfg) 3/23) 595
mit Anmerkung **Sommer** 597

19. Zum Aufforderungsverfahren (OLG Dresden, Urteil vom 09.02.2024, Not 2/23) 600
mit Anmerkung **Draxinger** 606

Kostenrecht

20. Notarkosten bei Übergabe eines an Familienangehörigen verpachteten Betriebs (BGH, Beschluss vom 22.02.2024, V ZB 65/22) 609
mit Anmerkung **Heitzer** 611

Öffentliches Recht

21. Zur Eigenschaft als Landwirt nach dem GrdStVG (OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 03.07.2023, 20 WLw 1/23) (LS) 613

Steuerrecht

22. Berechtigung zur Absetzung für Abnutzung nach entgeltlichem Anteilserwerb (BFH, Urteil vom 14.11.2023, IX R 1/22) (LS) 613

23. Einbringung gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten (BFH, Urteil vom 23.03.2023, IV R 2/20) 614
mit Anmerkung **Geissler** 618

SONSTIGES 620

Tagungsbericht 620

Kochendörfer: „Steuergestaltung bei der Regelung des Nachlasses“

Veranstaltungshinweise 624

Neuerscheinungen 627

STANDESNACHRICHTEN 628

AUFSÄTZE

Der wirtschaftlich Berechtigte in der notariellen Praxis: eine Fallstudie zu Grundfragen und ausgewählten Sonderkonstellationen

Von Notarassessor Dr. **Matthias Bogner**, Augsburg

Vermeintlich präzise bestimmt das deutsche GwG[1] in seinem § 3 Abs. 2, dass jede natürliche Person, die mehr als 25 % der Kapitalanteile oder Stimmrechte an einer juristischen Person hält, als deren wirtschaftlich Berechtigter anzusehen ist – abgesehen von einigen Ausnahmen oder Sonderfällen. Doch je weiter sich die Rechtswissenschaft und -praxis den Themen rund um den wirtschaftlich Berechtigten und das Transparenzregister nähern, desto häufiger drängen sich konkrete Anwendungsfragen auf: Wie ist der wirtschaftlich Berechtigte in komplexen Konzernstrukturen zu ermitteln? Welchen Einfluss haben Nießbrauchsrechte, Stimmbindungsverträge oder öffentlichrechtliche Beteiligungen auf die wirtschaftliche Berechtigung? Und was ist zu tun, wenn eine juristische Person ihren Sitz im Ausland hat?

Die Fallstudien in diesem Beitrag gehen zahlreichen Problemen dieser Art aus der Perspektive der notariellen Praxis auf den Grund. Zunächst stehen dabei die in § 3 GwG verankerten gesetzlichen Grundprinzipien zur Bestimmung des wirtschaftlich Berechtigten im Fokus, wobei auch gezeigt wird, wie diese bei verschachtelten Gesellschaftsstrukturen Anwendung finden (I.). Das zweite Kapitel dieses Beitrags widmet sich ausgewählten Sonderproblemen, etwa dem Nießbrauch an Gesellschaftsbeteiligungen, der Stimmpoolvereinbarung oder Beteiligungen der öffentlichen Hand (II.). Schließlich lohnt es sich, einen Blick auf die notariellen Sorgfaltspflichten zu werfen: Wie weit muss der Notar komplexe Konzernstrukturen betrachten, wann muss er eine Unstimmigkeitsmeldung abgeben – insbesondere bei Auslandsbezügen (III.)? Alles in allem wird dabei auch der Versuch unternommen, die feingliedrige Dogmatik des GwG zum wirtschaftlich Berechtigten, die bis auf einige hilfreiche Ausnahmen[2] noch zu wenig wissenschaftlich durchdrungen ist, greifbarer zu machen, namentlich auch vor dem Hintergrund der Geldwäsche-Richtlinien der Europäischen Union.[3]

I. Grundfragen zum Begriff des wirtschaftlich Berechtigten

Seit der Umsetzung der RL 2005/60/EG (3. Geldwäsche-Richtlinie) obliegen dem Notar umfassende Pflichten zur Ermittlung und Identifikation des wirtschaftlich Berechtigten (heute § 10 Abs. 1 Nr. 2, § 11 Abs. 5, § 12 Abs. 3 GwG).[4]

Dieses Kapitel wird sich den zentralen Grundfragen rund um den Begriff des wirtschaftlich Berechtigten widmen. Ausgeklammert wird lediglich das weitläufige Thema der Stiftungen, das in § 3 Abs. 3 GwG umfassend geregelt ist und auch in der Literatur, so etwa bei *Thelen,* einige Beachtung erfahren hat.[5]

1 Gesetz über das Aufspüren von Gewinnen aus schweren Straftaten (Geldwäschegesetz – GwG).

2 Aus notarieller Sicht zu erwähnen sind die Auslegungs- und Anwendungshinweise der BNotK zum GwG, Stand: Oktober 2021 (im Folgenden zitiert als AuA-BNotK). Häufig zitiert werden in der rechtswissenschaftlichen Diskussion auch die Fragen und Antworten des Bundesverwaltungsamtes (BVA) zum GwG, Stand: Mai 2023 (im Folgenden zitiert als FAQ-BVA). In der rechtswissenschaftlich-praktischen Literatur haben sich etwa *Thelen* (Geldwäscherecht in der notariellen Praxis, 1. Aufl. 2021 – im Folgenden zitiert als: *Thelen*, Geldwäscherecht) und *David Sommer* (MittBayNot 2019, 107-115 und 226-238) um die Aufarbeitung des GwG verdient gemacht.

3 Für diesen Beitrag relevant sind RL 2005/60/EG vom 26.10.2005 (3. Geldwäsche-RL), RL (EU) 2015/849 vom 20.05.2015 (4. Geldwäsche-RL) und RL (EU) 2018/843 vom 30.05.2018 (5. Geldwäsche-RL). Bei der 5. Geldwäsche-Richtlinie handelt es sich lediglich um punktuelle Änderungsvorschriften zu der vorherigen Richtlinienfassung. Es darf deswegen nicht verwundern, wenn dieser Beitrag nicht durchgängig die 5. Richtlinie, sondern, soweit nötig, auch die ältere Fassung zitiert. Für die nationalen GwG-Umsetzungsgesetze gilt Entsprechendes.

4 Zur Identifizierung des wirtschaftlich Berechtigten und zu den hierfür erforderlichen Angaben, siehe AuA-BNotK, S. 31 ff.

5 Ausführlich und instruktiv zu Stiftungen *Thelen*, Geldwäscherecht, Rdnr. 312-331.

1. Allgemeine Grundsätze auf der ersten Beteiligungsebene

Der Unionsgesetzgeber hat den Begriff des „wirtschaftlichen Eigentümers", wie die deutsche Sprachfassung der RL (EU) 2015/849 (4. Geldwäsche-Richtline) den wirtschaftlich Berechtigten etwas unglücklich bezeichnet, denkbar weich umschrieben: Der Begriff umfasst alle natürlichen Personen, „in deren Eigentum oder unter deren Kontrolle der Kunde letztlich steht".[6] Eine exaktere Definition hat das Unionsrecht in Art. 3 Nr. 6 a) i) Uabs. 2 vorgesehen: Der Unionsgesetzgeber hat sich hier bewusst für eine typisierende Betrachtung entschieden, die – um es in den Worten der Richtlinie zu formulieren – in jedem Fall einen „Anteil von 25 % plus einer Aktie" bzw. eine „Beteiligung von mehr als 25 % an einem Kunden" als notwendig, aber auch als ausreichend erachtet, um die wirtschaftliche Berechtigung zu bejahen.[7] Die Rechtssicherheit einer „begrifflichen Festlegung" ging in der Folge auch aus Sicht des nationalen Gesetzgebers einer individuellen Einzelfallbetrachtung vor.[8] Dies ist bei der Auslegung des GwG zu berücksichtigen.

Zunächst ist zu untersuchen, wer die unmittelbare Kontrolle über die Gesellschaft ausübt, indem er mehr als 25 % der Kapitalanteile hält (§ 3 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 GwG) oder mehr als 25 % der Stimmrechte kontrolliert (§ 3 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GwG). Eine unmittelbare Kontrolle über die Gesellschaft, die sich alleine aus den Stimmrechten ergibt, kommt zum Beispiel bei einer disquotalen Stimmenverteilung infrage.[9] Schließlich kann auf „vergleichbare Weise" Kontrolle über die Gesellschaft ausüben (§ 3 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 GwG), wer beispielsweise kraft seiner Stellung als Treugeber über eine Gesellschaftsbeteiligung herrscht – zu fordern ist bei der gebotenen typisierenden Betrachtungsweise freilich, dass dem Treugeber wiederum die Kontrolle über einen Kapital- oder Stimmanteil von über 25 % zusteht.[10] Auch ein Gesellschafter, dem ein allgemeines gesellschaftsvertragliches Vetorecht zusteht, kontrolliert die Gesellschaft „in vergleichbarer Weise"; das Gleiche gilt konsequenterweise für alle Gesellschafter, wenn die Beschlüsse der Gesellschaft einstimmig gefasst werden müssen.[11]

Bei alledem schließen sich die Fallgruppen des § 3 Abs. 2 Satz 1 GwG nicht gegenseitig aus; im Gegenteil zählt „jede natürliche Person", welche die vorgenannten Kriterien erfüllt, zu den wirtschaftlich Berechtigten.[12] Hält ein Gesellschafter G1 etwa nominell 90 % des Gesellschaftskapitals, kann aber über die Gesellschaft keine Kontrolle ausüben, weil ein zweiter Gesellschafter G2 90 % der Stimmen kontrolliert und zudem einem dritten Gesellschafter G3 ein vollumfängliches Vetorecht eingeräumt wurde, so sind sowohl G1 und G2 als auch G3 kumulativ als wirtschaftlich Berechtigte zu bezeichnen.

Falls der Stimm- oder Kapitalanteil nicht von einer natürlichen Person, sondern zum Beispiel von einer anderen Gesellschaft kontrolliert wird, ist gemäß § 3 Abs. 2 Satz 1 GwG weiter zu untersuchen, wer diese Gesellschaft kontrolliert (sog. „mittelbare Kontrolle"). Innerhalb verzweigter Konzernstrukturen können sich hierbei schwierige Fragen stellen, die sogleich unter 2. gesonderte Betrachtung verdienen.

Nur wenn sich auch nach dieser Prüfung noch immer keine wirtschaftliche Berechtigung ergibt, ist subsidiär auf den fiktiven wirtschaftlichen Berechtigten abzustellen. Dabei handelt es sich nach § 3 Abs. 2 Satz 5 GwG um den gesetzlichen Vertreter oder den geschäftsführenden Gesellschafter der unmittelbar am Vertrag beteiligten Gesellschaft. Nach dem eindeutigen Gesetzeswortlaut kommt es dabei auf die Geschäftsführung einer Muttergesellschaft, also auf etwaige Fälle der „mittelbaren Kontrolle", gerade nicht an.[13]

2. Allgemeine Grundsätze zu mehrstufigen Beteiligungsketten

Die vorhin erwähnten Grundsätze der „mittelbaren Kontrolle" und des „beherrschenden Einflusses" über eine Gesellschaft gemäß § 3 Abs. 2 Satz 1-4 GwG müssen an dieser Stelle tiefer betrachtet werden.[14]

a) Mittelbare Kontrolle und beherrschender Einfluss

Zur Verdeutlichung der unter 1. erläuterten Grundsätze gut geeignet ist das folgende Beispiel einer Muttergesellschaft, deren Aktien sich im Streubesitz befinden.

Beispiel 1: Die A-GmbH verkauft eine Immobilie. Sämtliche Geschäftsanteile der A-GmbH befinden sich in der Hand einer Holding-GmbH (B-GmbH), welche ihrerseits zu 100 % von der C-AG gehalten werden. Die Aktien der C-AG befinden sich im Streubesitz; der größte Aktionär ist eine englische Ltd., welche lediglich 9 % der Aktien hält.

Im obigen Beispiel lässt sich keine natürliche Person finden, die im Sinne des § 3 Abs. 2 Satz 1 GwG die unmittelbare Kontrolle über die A-GmbH ausübt. Daher ist gemäß § 3 Abs. 2 Satz 2-4 GwG in einem zweiten Schritt darauf abzustellen, wer die Kontrolle, d. h. den beherrschenden Einfluss über die B-GmbH als die Muttergesellschaft der A-GmbH

6 Art. 3 Nr. 6 RL (EU) 2015/849.

7 Art. 3 Nr. 6 lit. a) Ziffer i) RL (EU) 2015/849.

8 Vgl. schon zur Umsetzung der zweiten Geldwäsche-Richtlinie: BT-Drucks. 16/9038, S. 30. Spätere nationale Änderungsgesetze zum GwG haben die grundsätzliche Konzeption des „wirtschaftlich Berechtigten" nicht mehr fundamental geändert, sodass die spätere Gesetzesbegründungen an der entsprechenden Stelle verhältnismäßig knapp ausfallen; vgl. BT-Drucks. 18/11555, S. 108 f. und BT-Drucks. 19/28164, S. 42, wonach die 25-%-Schwelle eine „unwiderlegliche Vermutung" darstellt.

9 Vgl. *Thelen*, Geldwäscherecht, Rdnr. 237.

10 Ausführlich zu Treuhandverhältnissen siehe *Thelen*, Geldwäscherecht, Rdnr. 249 ff. Dazu auch BT-Drucks. 18/11555, S. 92; FAQ-BVA, S. 15 f.; *Schaub*, DStR 2017, 1438, 1439.

11 *Schaub*, DStR 2017, 1438, 1439; *Thelen*, Geldwäscherecht, Rdnr. 243-245.

12 *Longrée/Pesch*, NZG 2017, 1081, 1089.

13 Näher zum fiktiven wirtschaftlichen Berechtigten *Thelen*, Geldwäscherecht, Rdnr. 267, 272.

14 Instruktiv zu mehrstufigen Beteiligungsketten: AuA-BNotK, S. 29 f.; *Longrée/Pesch*, NZG 2017, 1081, 1083 ff.; *Thelen*, Geldwäscherecht, Rdnr. 255-266.

ausübt. Im Wesentlichen verweisen diese Normen auf die handelsbilanziellen Vorschriften in § 290 Abs. 2-4 HGB. Besonders häufig ergibt sich ein beherrschender Einfluss in der Praxis aus einer Mehrheit der Stimmrechte an der beherrschten Gesellschaft (§ 290 Abs. 2 Nr. 1 HGB); maßgeblich ist hier also die 50-%-Schwelle. Die ganz herrschende geldwäscherechtliche Auffassung lässt darüber hinaus auch mehr als 50 % der Kapitalanteile genügen;[15] dieser Auffassung ist zuzustimmen, denn sie steht nicht nur im Einklang mit der Systematik des § 3 GwG, sondern auch mit der handelsrechtlichen Lehre, welche die in § 290 Abs. 2 Nr. 1-4 HGB aufgezählten Fallgruppen angesichts des Gesetzeswortlauts („besteht stets") als typisierende, aber nicht abschließende Beispiele für einen „beherrschenden Einfluss" ansieht.[16] Relevant ist für den Notar ferner die Beherrschung kraft eines Gewinnabführungs- und Beherrschungsvertrages (§ 290 Abs. 2 Nr. 3 HGB). Parallel zu § 3 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 GwG können sich sonstige Formen der Beherrschung, beispielsweise über Treuhandverträge,[17] aus § 290 Abs. 3 Satz 1, 2 HGB ergeben. Bei alledem sind die Zurechnungstatbestände des HGB nach herrschender Meinung gleichberechtigt und daher kumulativ anzuwenden, sodass – wie auch bei § 3 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1-3 GwG – sog. „doppelte Mutter-Tochter-Verhältnisse" entstehen können, was in letzter Konsequenz wiederum zu mehreren wirtschaftlich Berechtigten führt.[18]

Im Beispielfall ist zunächst die B-GmbH zu untersuchen, da dieser die Mehrheit der Stimmrechte an der A-GmbH zustehen (§ 290 Abs. 2 Nr. 1 HGB). Nachdem jedoch auch an dieser keine natürlichen Personen beteiligt sind, fällt der Blick schließlich auf die C-AG. Diese mag zwar durchaus natürliche Personen als Aktionäre haben, doch scheitert die mittelbare Kontrolle über die A-GmbH hier daran, dass die von § 3 Abs. 2 Satz 4 GwG i. V. m. § 290 Abs. 2 Nr. 1 HGB geforderte „Mehrheit der Stimmrechte" von keinem Aktionär erreicht wird; die Prüfung noch fernerer Beteiligungsebenen – zum Beispiel der Beteiligungsverhältnisse an der Ltd. – erübrigt sich daher.[19] Es ist letzten Endes mangels tatsächlicher wirtschaftlicher Berechtigter also auf den oder die Geschäftsführer der A-GmbH als fiktive wirtschaftliche Berechtigte abzustellen (§ 3 Abs. 2 Satz 5 GwG). Auf die Vertretungsverhältnisse der Beteiligungsgesellschaften kommt es dabei nicht an.

Dieselben Grundsätze würden übrigens greifen, wenn in Beispiel 1 anstelle der C-AG die C-Stiftung die Geschäftsanteile der B-GmbH hielte. Weder ein einzelnes Vorstandsmitglied noch ein einzelner Begünstigter können typischerweise einen beherrschenden Einfluss im Sinne des § 290 Abs. 2 HGB über die Stiftung ausüben, sodass auch hier gemäß § 3 Abs. 2 Satz 5 GwG der Geschäftsführer der A-GmbH als wirtschaftlich Berechtigter zu benennen ist. Etwas anderes würde nur gelten, wenn der Vorstand der C-Stiftung nur aus einem einzelnen vertretungsberechtigten Mitglied bestünde, denn dieses erfüllt die Kriterien des § 290 Abs. 2 Nr. 1 HGB.[20] Von diesem Beispiel scharf zu unterscheiden ist übrigens die Frage, wer wirtschaftlich Berechtigter der C-Stiftung wäre, wenn diese selbst als Vertragspartei auftritt: hierauf gibt allein § 3 Abs. 3 GwG eine Antwort.

Wer ist aber nun wirtschaftlich Berechtigter, wenn sich die Beteiligungsketten weiter verzweigen? Die Frage lässt sich gut an einem weiteren Beispiel[21] untersuchen:

Beispiel 2: Die verkaufende A-GmbH aus Beispielsfall 1 wird zu 60 % von der B-GmbH und zu je 20 % von zwei Einzelgesellschaftern gehalten. Die Geschäftsanteile der B-GmbH liegen wiederum zu 80 % bei der C-AG, welche in diesem Beispiel ihrerseits jedoch von einem Mehrheitsaktionär M mit 51 % kontrolliert wird.

Auch hier kommt es gemäß § 3 Abs. 2 Satz 4 GwG auf die entsprechende Geltung der § 290 Abs. 2-4 HGB an. Wie bereits angedeutet, liegt wegen § 290 Abs. 2 Nr. 1 HGB ein „beherrschender Einfluss" vor, wenn sich von der beherrschten Gesellschaft bis zur beherrschenden natürlichen Person eine ununterbrochene Beteiligungskette ziehen lässt, wobei jede Gesellschaft innerhalb dieser Kette über eine Kapital- oder Stimmenmehrheit von mehr als 25 % (erste Beteiligungsebene) bzw. 50 % (zweite und jede höhere Beteiligungsebene) an der jeweils gehaltenen Gesellschaft verfügen muss.[22] Hinsichtlich des Mehrheitsaktionärs M ist das vorstehend der Fall.

Mithilfe der Zurechnungsvorschriften in § 290 Abs. 2-4 HGB lassen sich diverse ähnlich gelagerte Fälle auf rechnerischem Wege lösen. Variiert man Beispiel 2, sodass M mit 49 % der Kapital- und Stimmanteile lediglich eine Minderheitsbeteiligung an der C-AG hält, so reißt die besagte Beteiligungskette ab; dann wäre mangels eines tatsächlichen wirtschaftlichen Berechtigten wiederum der Geschäftsführer der A-GmbH als deren fiktiver wirtschaftlicher Berechtigter zu benennen (§ 3 Abs. 2 Satz 5 GwG).

Enthielte der Gesellschaftsvertrag der C-AG in einer noch weitergehenden Variation jedoch ein 51%iges disquotales Stimmrecht zugunsten des Minderheitsaktionärs M, so ergäbe sich aus § 290 Abs. 2 Nr. 1 HGB unproblematisch wieder seine Stellung als wirtschaftlich Berechtigter an der A-GmbH. Würde man dieser zweiten Variation nun einen weiteren Aktionär N hinzudichten, der 51 % des Kapitals, aber nur 49 % der Stimmen kontrolliert, so läge die oben

15 AuA-BNotK, S. 28; *Figura* in Herzog, GwG, 5. Aufl. 2023, § 3 Rdnr. 11; *Thelen*, Geldwäscherecht, Rdnr. 259.

16 *Van Elten* in BeckOK HGB, Stand: 01.07.2024, § 290 Rdnr. 8; *Fehrenbacher* in MünchKomm-HGB, 5. Aufl. 2024, § 290 Rdnr. 13.

17 Dazu *Senger/Kurz* in BeckOGK-HGB, Stand: 01.10.2023, § 290 Rdnr. 160.

18 *Senger/Kurz* in BeckOGK-HGB, § 290 Rdnr. 57, 64.

19 Nähere Ausführungen zu der Frage, welchen Beteiligungssträngen der Notar insbesondere bei komplexen Konzernstrukturen näher nachgehen muss, finden sich unter Ziffer III. 2. b).

20 *Thelen*, Geldwäscherecht, Rdnr. 298 f.

21 Ein ähnliches, aufschlussreich erläutertes Beispiel findet sich in den AuA-BNotK, S. 30.

22 Zu diesem sog. „Alles-oder-nichts-Prinzip" auch *Thelen*, Geldwäscherecht, Rdnr. 261 f.

erwähnte Konstellation eines „doppelten Mutter-Tochter-Verhältnisses“ vor – sowohl M als auch N wären dann wirtschaftlich Berechtigte der A-GmbH.

b) Die Addition von Einzelanteilen in verzweigten Beteiligungsstrukturen

Man darf allerdings nicht vorschnell auf den fiktiven wirtschaftlich Berechtigten abstellen, wenn sich keine ununterbrochene Beteiligungskette im Sinne des § 290 Abs. 2 HGB finden lässt. Mehrere Beteiligungen, die letztendlich von ein und derselben natürlichen Person kontrolliert werden, sind nämlich zu addieren,[23] wie nachstehendes Beispiel ausführt.

Beispiel 3: Die verkaufende A-GmbH aus Beispiel 1 wird nunmehr von drei Einzelgesellschaftern A, B und C sowie von der AB-Holding-GmbH zu jeweils 25 % Kapitalanteil gehalten. An der AB-Holding-GmbH sind wiederum A zu 70 % und B zu 30 % beteiligt.

Allein aus der Anwendung des § 3 Abs. 2 Satz 1 GwG oder des § 3 Abs. 2 Satz 4 i. V. m. § 290 Abs. 2 HGB gelangt man hier nicht ans Ziel, da an der A-GmbH keine Kapital- oder Stimmanteile über 25 % bestehen und man ebenso wenig einer ununterbrochenen Kette aus Beteiligungen von mehr als 50 % folgen könnte.

Abhilfe schafft indes der Wortlaut des § 3 Abs. 2 Satz 2 GwG, wonach „mittelbare Kontrolle“ schon dann besteht, wenn „entsprechende Anteile von einer oder mehreren Vereinigungen […] gehalten werden, die von einer natürlichen Person kontrolliert werden“. Indem der Satz explizit von „mehreren Vereinigungen“ spricht, erlaubt er die Addition einzelner Beteiligungen, solange diese von derselben Person „beherrscht“ werden. Diese „Beherrschung“ ist wieder wortlautgetreu nach § 3 Abs. 2 Satz 3, 4 i. V. m. § 290 Abs. 2-4 HGB zu ermitteln. Dieselben Grundsätze gelten über die Additionsvorschrift in § 290 Abs. 3 Satz 1 HGB für die zweite und jede höhere Beteiligungsebene.[24]

Angewandt auf obiges Beispiel: A hält nicht nur eine eigene Beteiligung von 25 %, er beherrscht auch die AB-Holding-GmbH, weil er mehr als 50 % ihrer Stimmanteile kontrolliert (§ 3 Abs. 2 Satz 4 GwG i. V. m. § 290 Abs. 2 Nr. 1 HGB). Die Beteiligung der AB-Holding-GmbH in Höhe von 25 % ist also in vollem Umfang A zuzurechnen („Alles-oder-nichts-Prinzip“). Somit kontrolliert A insgesamt mittelbar 50 % der Kapitalanteile der A-GmbH und ist deswegen als ihr tatsächlicher wirtschaftlich Berechtigter gemäß § 3 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 GwG anzusehen. Für B funktioniert diese Zusammenrechnung hingegen nicht, da er keinerlei geldwäscherechtlich relevante Kontrolle im Sinne von § 290 Abs. 2 HGB über die AB-Holding-GmbH ausübt.

3. Besonderheiten bei Personengesellschaften, insbesondere der GmbH & Co. KG

Bei der Bestimmung des wirtschaftlich Berechtigten werfen Personengesellschaften im Allgemeinen und die GmbH & Co. KG im Besonderen unerwartet komplexe Fragen auf, die teilweise in engem Zusammenhang zum Problem mehrstufiger Beteiligungsketten stehen.

a) Die organschaftliche Stellung des Personengesellschafters als Fall des § 3 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 GwG

Den Kern der dogmatischen Diskussion bildet hier die Frage, wie Personengesellschaften bei der Anwendung des GwG zu behandeln sind. Man könnte sich hier intuitiv auf den Standpunkt stellen, es komme wie bei den Kapitalgesellschaften darauf an, ob ein Gesellschafter mehr oder weniger als 25 % der Einlagen geleistet hat oder ob ihm entsprechende Stimmrechte zustehen (§ 3 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 und 2 GwG). Eine andere Auffassung vertritt das Bundesverwaltungsamt (BVA): So solle jeder persönlich haftende Gesellschafter aufgrund seiner starken organschaftlichen Stellung „vergleichbare Kontrolle“ im Sinne des § 3 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 GwG über die Gesellschaft ausüben, wenn er zugleich vertretungsberechtigt ist. Dabei komme es nicht darauf an, wie viel Kapital- oder Stimmanteile er hält oder ob er im Außenverhältnis zur Einzel- oder nur zur Gesamtvertretung befugt ist. Wenn der Gesellschafter keine natürliche Person ist, seien die Grundsätze der „mittelbaren Kontrolle“ in § 3 Abs. 2 Satz 2-4 GwG anzuwenden.[25] Dem hat sich ein Großteil der Literatur, insbesondere auch *Thelen,* beinahe kommentarlos angeschlossen.[26]

An der Auffassung des BVA kann man mit gewichtigen Gründen zweifeln. Es erscheint methodisch unsauber, sämtliche persönlich haftende Gesellschafter ausschließlich unter die konturlose Auffangnorm des § 3 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 GwG zu subsumieren: Hätte der Gesetzgeber nicht eine eigenständige Norm geschaffen, wenn er die Personengesellschaften, die in der europäischen Rechtspraxis einen so großen Teil aller Gesellschaften ausmachen, in ihrer Gesamtheit anders behandeln wollte als die Kapitalgesellschaften? Indessen zeigt ein Blick in die amtliche Gesetzesbegründung, dass die Ansicht des BVA sich tatsächlich auf den ausdrücklich dokumentierten Willen des deutschen Gesetzgebers stützen kann:[27]

> „Bei offenen Handelsgesellschaften und Kommanditgesellschaften ergeben sich die Gesellschafter und ihre Vertretungsmacht aus dem Handelsregisterauszug. Bei den vertretungsberechtigten Gesellschaftern kann wegen ihrer starken gesellschaftsrechtlichen Stellung regelmäßig von der Ausübung der Kontrolle ausgegangen werden.“

23 Zur Addition von Einzelbeteiligungen siehe AuA-BNotK S. 29 f.; *Goette*, DStR 2020, 453, 546; *Longrée/Pesch*, NZG 2017, 1081, 1084 f. (mit weiterem Beispiel); *Thelen*, Geldwäscherecht, Rdnr. 257, 290-292.

24 Vgl. *Fehrenbacher* in MünchKomm-HGB, § 290 Rdnr. 63 f.

25 FAQ-BVA, S. 43.

26 *Thelen*, Geldwäscherecht, Rdnr. 276-279. Vgl. ebenso *Figura* in Herzog, GwG, § 3 Rdnr. 12; *Heß/Laschewski*, DStR 2019, 2151; *Holm*, DStR 2020, 1742; *Schaub*, DStR 2017, 1438, 1440.

27 BT-Drucks. 18/11555, S. 92. Vgl. dazu auch *Frey/Kertesz* in BeckOK-GwG, Stand: 01.03.2024, § 3 Rdnr. 67 f.

Im Widerspruch zum Unionsrecht steht dies nicht. Der Wortlaut des Art. 3 Nr. 6 der 4. Geldwäsche-Richtlinie der lediglich die weichen Kriterien von „Eigentum“ und „Kontrolle“ nennt, lässt dem nationalen Gesetzgeber diesen Spielraum offen, während die typisierende 25-%-Grenze – wie ausgeführt – im Unionsrecht nur auf „Aktienanteile“ zwingend Anwendung findet. Folglich ist das Kriterium der Organschaft auch im Lichte des Unionsrechts geeignet, um die persönlich haftenden, vertretungsberechtigten Gesellschafter zu wirtschaftlich Berechtigten zu machen – wenngleich es von bemerkenswertem redaktionellen Ungeschick zeugt, dass das nationale Recht diesen Fall nur über den unspezifischen Hebel der „vergleichbaren Kontrolle“ lösen will.

In diesem Kontext erscheint es am Ende wenigstens konsequent, wenn *Thelen* – mit einem Hinweis auf die insoweit völlig ungeklärte Rechtslage – schlussfolgert, dass das Kriterium der Organschaft nicht nur auf der ersten, sondern auch auf der zweiten und jeder höheren Beteiligungsebene ausreicht, um die mittelbare Kontrolle bzw. Beherrschung i. S. d. § 3 Abs. 2 Satz 4 GwG i. V. m. § 290 Abs. 2-4 HGB zu begründen.[28] Zu einer anderen Auffassung ist zwischenzeitlich das BVA gelangt, freilich ohne weitere Begründung.[29] Im Ergebnis wird dem BVA aber zu folgen sein. Unter methodischen Gesichtspunkten war es auf der ersten Beteiligungsebene immerhin noch möglich, die Organschaft eines Personengesellschafters als Fall der „sonstigen Kontrolle“ i. S. d. § 3 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 GwG anzusehen und dieses Ergebnis auf den ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers zu stützen. Ein vergleichbarer dogmatischer Ansatzpunkt fehlt auf der zweiten Beteiligungsebene, namentlich bei der Subsumtion unter § 290 Abs. 2-4 HGB. Hinzu kommt, dass die aus dem Handelsbilanzrecht stammende Norm des § 290 HGB ursprünglich den Zweck hatte, die Rechnungslegungspflicht bei einem einzelnen Unternehmen des Konzerns zu bündeln,[30] sodass sich das Konzept der „Beherrschung“ (anders als das Konzept der „Kontrolle“ in § 3 Abs. 2 Satz 1 GwG) an absoluten Kapital- und Stimmrechtsmehrheiten orientiert. Demgegenüber verfügen die meisten Personengesellschaften ganz regelmäßig über mehr als einen einzelnen persönlich haftenden, vertretungsberechtigten Organschafter. Nach überzeugender Auffassung spielt das Kriterium der personengesellschaftsrechtlichen Organschaft daher nur auf der ersten Beteiligungsebene eine Rolle.

b) Spezialfragen der GmbH & Co. KG

Für die Kommanditgesellschaft bedeutet dies konkret, dass jeder vertretungsberechtigte Komplementär unabhängig von seiner Kapital- oder Stimmbeteiligung als wirtschaftlich Berechtigter im Sinne des § 3 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 GwG anzusehen ist. Auf die Kommanditisten finden hingegen die allgemeinen Schwellenwerte aus § 3 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 und 2 GwG Anwendung. Bei der Berechnung der Kapitalanteile (§ 3 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 GwG) ist dabei nicht auf die im Handelsregister eingetragene Haftsumme abzustellen, da diese nur für die Haftung der Kommanditisten im Außenverhältnis von Belang ist; stattdessen kommt es auf die gesellschaftsvertraglich vereinbarten Pflichteinlagen an.[31]

Wie sich diese Prämisse auf die GmbH & Co. KG auswirkt, sei an folgendem Beispiel demonstriert:

Beispiel 4: Die einzige persönlich haftende und zugleich geschäftsführende Gesellschafterin der K-GmbH & Co. KG ist die K-Verwaltungs-GmbH, welcher laut KG-Vertrag aber keinerlei Kapital- oder Stimmanteile zustehen. Daneben halten die Gesellschafter A, B, C und D je einen Kommanditanteil (Pflichteinlage) an der KG, nämlich A und B in Höhe von je 20.000 € sowie C und D in Höhe von je 5.000 €. An der Verwaltungs-GmbH sind C und D als einzelvertretungsberechtigte Geschäftsführer-Gesellschafter mit Stimm- und Kapitalanteilen von jeweils 50 % beteiligt.

Hinsichtlich der vier Kommanditisten A, B, C und D kommt es auf deren tatsächliche Beteiligungsverhältnisse an der K-GmbH & Co. KG an. Dies richtet sich nach den vertrauten Kriterien des § 3 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1, 2 GwG. Da die Pflichteinlagen von A und B jeweils 40 % des Gesellschaftskapitals von insgesamt 50.000 € darstellen und damit den Schwellenwert des § 3 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 GwG überschreiten, sind diese beiden Kommanditisten wirtschaftlich Berechtigte der KG.

Nach der zu befürwortenden Auffassung des BVA nimmt kumulativ dazu auch der Komplementär kraft seiner organschaftlichen Stellung die Rolle eines wirtschaftlich Berechtigten ein (§ 3 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 GwG). Die einzige Komplementärin ist hier jedoch die K-Verwaltungs-GmbH. In solchen Konstellationen forscht das BVA anhand der Wertungen der § 3 Abs. 2 Satz 2-4 GwG danach, wer den beherrschenden Einfluss über die geschäftsführende GmbH ausübt.[32] Diese Prüfung endet hier jedoch in einer Sackgasse: Weder C noch D vereinigen nach § 3 Abs. 2 Satz 4 GwG i. V. m. § 290 Abs. 2-4 HGB mehr als die Hälfte der Kapital- oder Stimmanteile auf sich. Daher sind in Beispielsfall 4 ausschließlich die beiden Kommanditisten A und B an der K-GmbH & Co. KG wirtschaftlich berechtigt.

Allenfalls könnte man die Meinung vertreten, dass C und D dennoch als wirtschaftlich Berechtigte der KG angesehen werden müssten, da sie als Geschäftsführer faktisch die Kontrolle über die GmbH als alleinige Komplementärin ausüben und damit zumindest in der Rechts- und Wirtschaftspraxis eine starke organschaftliche Rolle innerhalb der GmbH & Co. KG wahrnehmen. Methodisch könnte man dieses Ergebnis über eine analoge oder extensive Anwendung des § 3 Abs. 2 Satz 5 GwG auf die Verwaltungs-GmbH erzielen. Diese Auffassung wird jedoch, soweit ersichtlich,

28 *Thelen,* Geldwäscherecht, Rdnr. 296 f.

29 FAQ-BVA, S. 21.

30 Vgl. *Senger/Hoehne* in MüKo-Bilanzrecht, 1. Aufl. 2013, § 290 HGB Rdnr. 2.

31 *Figura* in Herzog, GwG, § 3 Rdnr. 12; *Heß/Laschewski*, DStR 2019, 2151, 2153; *Schaub*, DStR 2017, 1438, 1441; *Thelen*, Geldwäscherecht, Rdnr. 277.

32 Explizit FAQ-BVA, S. 52; so im Grundsatz auch OVG Münster, Beschluss vom 23.06.2023, 4 B 352/22, GewArch 2023, 431, 435 f.

auch vom BVA nicht mehr vertreten; letzten Endes ist sie als systemwidrig abzulehnen. Nachdem der nationale Gesetzgeber in § 3 Abs. 2 GwG eine abgestufte Konzeption entwickelt hat, welche den fiktiven wirtschaftlichen Berechtigten nur äußerst nachrangig berücksichtigen wollte, wenn auch nach „umfassender Prüfung" kein tatsächlich wirtschaftlich Berechtigter ermittelt werden kann (§ 3 Abs. 2 Satz 5 GwG), besteht für die analoge Anwendung des § 3 Abs. 2 Satz 5 GwG schlichtweg kein Bedürfnis, solange bei der KG ein tatsächlicher wirtschaftlich Berechtigter (§ 3 Abs. 2 Satz 1-4 GwG) existiert.

Anders wäre der Fall zu beurteilen, wenn im Beispiel 4 keinem Kommanditisten die wirtschaftliche Berechtigung über die KG zuteil würde – zum Beispiel, wenn A, B, C und D an der KG jeweils genau 25 % der Kommanditanteile hielten. Einzig die Gesellschafter der Komplementär-GmbH kämen dann über § 3 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 GwG als wirtschaftlich Berechtigte in Frage. Wenn diese aber – wie vorhin erörtert – jeweils nur 50 % der Stimmanteile an der Komplementär-GmbH kontrollieren und daher auch über die Wertung des § 3 Abs. 2 Satz 2-4 GwG nicht als tatsächlich wirtschaftlich Berechtigte bezeichnet werden können, bleibt die analoge Anwendung des § 3 Abs. 2 Satz 5 GwG der einzig gangbare (und damit nunmehr auch methodisch zulässige) Weg.[33] In der hier diskutierten Abwandlung werden C und D als Geschäftsführer der K-Verwaltungs-GmbH damit zu fiktiven wirtschaftlichen Berechtigten der K GmbH & Co. KG.

c) Die Einheits-GmbH & Co. KG

Eine bemerkenswerte Sonderstellung innerhalb des Gesellschaftsrechts nimmt schließlich die Einheits-GmbH & Co. KG ein: Hier hält die KG ihrerseits alle Anteile an der geschäftsführenden Komplementär-GmbH. Im Geldwäscherecht kann die Suche nach dem wirtschaftlich Berechtigten der KG oder der GmbH damit gleichsam im Kreis führen: Zwar kontrolliert die geschäftsführende Komplementär-GmbH die GmbH & Co. KG wiederum „auf sonstige Weise" (§ 3 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 GwG), doch sobald man sich die Frage stellt, wer die GmbH nach § 3 Abs. 2 Satz 4 GwG i. V. m. § 290 Abs. 2-4 HGB beherrscht, wird man auf die KG zurückverwiesen.

Was die GmbH & Co. KG betrifft, ist nach den oben gefundenen Grundsätzen zunächst zu prüfen, ob einem der Kommanditisten kraft der von ihm gehaltenen Kapitalanteile oder Stimmrechte die Stellung eines wirtschaftlich Berechtigten nach § 3 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 oder 2 GwG zukommt. In diesem Fall sind allein die Kommanditisten die wirtschaftlich Berechtigten der GmbH & Co. KG.[34] Andernfalls aber wird sich eine natürliche Person als tatsächlicher wirtschaftlich Berechtigter i. S. d. § 3 Abs. 2 Satz 1-4 GwG schlichtweg nicht finden lassen. Damit bleibt erneut nichts anderes übrig, als auf § 3 Abs. 2 Satz 5 GwG in analoger Anwendung zurückzugreifen, wobei zur exakten dogmatischen Begründung auf die vorstehenden Erörterungen unter b) verwiesen wird. Fiktiver wirtschaftlicher Berechtigter der Einheits-GmbH & Co. KG ist dann letztlich der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH.

Ist umgekehrt der wirtschaftlich Berechtigte der geschäftsführenden GmbH zu ermitteln, so liegt vordergründig nahe, sofort zur GmbH & Co. KG als alleiniger Inhaberin aller GmbH-Geschäftsanteile zu blicken und zu fragen, ob einer ihrer Kommanditisten mehr als 50 % ihrer Kapitalanteile oder Stimmrechte beherrscht (§ 3 Abs. 2 Satz 2-4 GwG i. V. m. § 290 Abs. 2 Nr. 1 HGB).[35] Dabei bleibt aber außer Acht, dass der Gesetzgeber im Zuge des MoPeG die Regel des § 170 Abs. 2 HGB geschaffen hat, der zufolge die Kommanditisten einer Einheits-GmbH & Co. KG berufen sind, die Rechte in der Gesellschafterversammlung der geschäftsführenden Komplementär-GmbH wahrzunehmen. Ihnen kommt also kraft Gesetzes (und gegebenenfalls auch kraft gesellschaftsvertraglicher Vereinbarung) das Stimmrecht bei sämtlichen Beschlüssen der Komplementär-GmbH zu.[36] Soweit ersichtlich, haben die spezifisch geldwäscherechtlichen Auswirkungen des neuen § 170 Abs. 2 HGB noch keine eingehendere Erörterung in der Literatur gefunden. Wendet man aber diese Vorschrift auch bei der Suche nach dem wirtschaftlich Berechtigten konsequent an, ist jeder Kommanditist, der mehr als 25 % der Stimmrechte der Einheits-GmbH & Co. KG kontrolliert, gemäß § 3 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GwG zugleich auch wirtschaftlich Berechtigter der geschäftsführenden GmbH.[37] Nur, wenn sich auf diese Weise kein tatsächlich wirtschaftlich berechtigter Kommanditist finden lässt, ist auch insoweit gemäß § 3 Abs. 2 Satz 5 GwG – diesmal in direkter Anwendung – auf den Geschäftsführer der GmbH als fiktiven wirtschaftlich Berechtigten abzustellen.

II. Der wirtschaftlich Berechtigte in praktisch relevanten Sonderkonstellationen

Im vorangehenden Kapitel hat sich gezeigt, dass der Rechtsanwender schon in alltäglichen Fallgestaltungen auf unerwartet komplexe Fragen stoßen kann. Nun ist es an der Zeit, die untersuchten dogmatischen Grundsätze auf einige praktisch relevante Sonderfälle zu übertragen. Exemplarisch werden an dieser Stelle der Nießbrauch an Gesellschaftsanteilen, Stimmbindungs- und Poolvereinbarungen sowie Beteiligungen der öffentlichen Hand erforscht.

33 Im Ergebnis ebenso, jedoch ohne weitere Begründung *Thelen*, Geldwäscherecht, Rdnr. 378.

34 FAQ-BVA, S. 13 f.

35 So auch ausdrücklich FAQ-BVA, S. 14.

36 *Roth* in Hopt, HGB, 43. Aufl. 2024, § 170 Rdnr. 6; *Wertenbruch*, NZG 2022, 939, 940.

37 Bei der zuvor diskutierten Bestimmung des wirtschaftlich Berechtigten der GmbH & Co. KG selbst wird die Anwendung des § 170 Abs. 2 HGB hingegen kaum etwas am Ergebnis ändern. Die Kommanditisten wären ja ohnehin schon über die direkte Anwendung des § 3 Abs. 2 Nr. 1 oder 2 GwG wirtschaftlich Berechtigte der KG, sodass der „Umweg" über die Beherrschung der geschäftsführenden GmbH gar nicht mehr nötig ist.

1. Nießbrauch an Gesellschaftsanteilen

Bei der Bestimmung des wirtschaftlich Berechtigten können vor allem Rechte Dritter, welche an einzelnen Gesellschaftsanteilen bestehen, Rechtsfragen aufwerfen. An früherer Stelle wurde etwa der beherrschende Einfluss eines Treugebers auf einen Gesellschaftsanteil als Beispiel für eine „vergleichbare Kontrolle" im Sinne des § 3 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 GwG angeführt.[38]

Wie aber ist der Nießbrauch an einem Gesellschaftsanteil zu bewerten? Die ganz überwiegende Auffassung geht davon aus, dass hier zwischen Nießbrauchrechten mit und Nießbrauchrechten ohne Stimmrecht in der Gesellschafterversammlung zu differenzieren ist.[39] Dem ist vom dogmatischen Standpunkt aus uneingeschränkt zuzustimmen.

Ein Nießbraucher, dessen Rechte sich nach dem Gesetz richten, „hält" nicht mehr als 25 % der Kapitalanteile (§ 3 Abs. 2 Nr. 1 GwG). Seine Rechtsposition ist nicht mit der eines Eigentümers vergleichbar: Weder ist er im Handelsregister eingetragen noch kann er die vollen Gesellschafterrechte wahrnehmen oder beliebig über den Anteil verfügen; letztlich bleibt ihm nur das Gewinnbezugsrecht (vgl. § 1068 Abs. 2, § 1030 Abs. 1 BGB). Sowohl der Wortlaut des § 3 GwG als auch die amtliche Gesetzesbegründung deuten jedoch darauf hin, dass wirtschaftlich Berechtigter nur derjenige sein kann, der tatsächlich die „wesentliche Kontrolle über die Verwendung des Vermögens" der Gesellschaft ausübt, der also als eigentlicher Veranlasser hinter einer geldwäscherelevanten Transaktion steht.[40] Selbst der Wortlaut der maßgeblichen Unions-Richtlinien macht klar, dass es darauf ankommt, unter wessen Kontrolle die Gesellschaft steht bzw. in wessen Auftrag eine Transaktion ausgeführt wird (vgl. Art. 3 der 3. Geldwäsche-Richtlinie, Art. 3 Nr. 6 der 4. Geldwäsche-Richtlinie). All diese Kriterien erfüllt ein Nießbraucher, der lediglich Gewinne abschöpfen kann, nicht. Mit ähnlichen Argumenten wird man dem Nießbraucher auch eine „vergleichbare Kontrolle" über die Gesellschaft im Sinne des § 3 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 GwG absprechen müssen.

Wenn der Nießbrauch für sich genommen nicht unter § 3 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1, 3 GwG subsumiert werden kann, ist ein Nießbraucher nur dann als wirtschaftlich Berechtigter anzusehen, wenn er zugleich die Gesellschafterrechte des Anteilsinhabers, vor allen Dingen sein Stimmrecht in der Gesellschafterversammlung, ausüben kann. Dann liegt nämlich zwanglos ein Fall des § 3 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GwG vor – wieder vorausgesetzt, dass sich der Nießbrauch auf einen Anteil oberhalb des Schwellenwerts von 25 % bezieht.

Konsequent ist in solchen Fällen allerdings, neben dem Nießbraucher kumulativ auch den tatsächlichen Inhaber des Gesellschaftsanteils als wirtschaftlich Berechtigten zu benennen, denn wie unter Ziffer I. 1. ausführlich dargestellt wurde, reicht nach dem typisierenden Ansatz des Gesetzgebers schon das Halten eines „nackten", stimmrechtslosen Kapitalanteils von über 25 % für eine wirtschaftliche Berechtigung aus.[41]

2. Stimmbindungs- oder Poolverträge

Im Gegensatz zu zahlreichen anderen Problemen des Geldwäscherechts ist die Frage, wer beim Vorliegen eines Stimmbindungs- oder Poolvertrags als wirtschaftlich Berechtigter zu benennen ist, bereits auf reges wissenschaftliches Interesse gestoßen. Von einem Poolvertrag spricht man, wenn sich mehrere Einzelgesellschafter zu einem „Stimmpool" zusammengeschlossen haben, um eine einheitliche Stimmabgabe innerhalb der Gesellschafterversammlung zu gewährleisten.[42]

a) Stimmpools ohne „Poolführer"

Auch die Frage der Stimmbindungs- und Poolverträge lässt sich am besten an einem konkreten Beispiel erörtern.

Beispiel 5: An der K-GmbH sind fünf Gesellschafter A, B, C, D und E mit Kapital- und Stimmanteilen von jeweils 20 % beteiligt. Jedoch haben C, D und E eine schuldrechtliche Stimmbindungs- und Poolvereinbarung geschlossen, mit der sie sich verpflichten, ihre Stimmen in der Gesellschafterversammlung der K-GmbH stets einheitlich abzugeben. Innerhalb des Stimmpools findet eine Vorabstimmung statt, bei welcher die Mehrheit unter den drei Poolmitglieder über die gemeinsame Stimmabgabe entscheidet.

Im Beispiel hat kein Gesellschafter die Rolle eines sog. „Poolführers" inne; jedes Mitglied des Pools gibt seine Stimme eigenständig ab und ist dabei rein schuldrechtlich an die Vorabstimmung im Stimmpool gebunden.

Die Gesetzesbegründung zum GwG wird häufig so interpretiert, dass jedem am Pool beteiligten Gesellschafter in derartigen Fällen die Stimmanteile sämtlicher anderer Poolmitglieder zuzurechnen seien. Mit anderen Worten: Die drei Poolmitglieder C, D und E seien so zu behandeln, als wären sie jeweils mit 60 % Stimmanteil an der K-GmbH beteiligt, und deshalb allesamt als wirtschaftlich Berechtigte gemäß § 3 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GwG zu bezeichnen. Häufig zitiert wird dabei eine Passage aus der Gesetzesbegründung,[43] nach der eine wirtschaftliche Berechtigung auch daraus resultieren soll, dass

> „an der Gesellschaft zwei Anteilseigner mit jeweils 20 Prozent beteiligt sind, aber aufgrund einer gemeinsamen Absprache (zum Beispiel einer Stimmbindungsvereinbarung) Kontrolle über die Gesellschaft ausüben (...)."

38 Dazu oben Ziffer I. 1.

39 *Longrée/Pesch*, NZG 2017, 1081, 1088 f., wonach unschädlich sein soll, wenn das Stimmrecht bei bestimmten Grundlagengeschäfte beim Anteilseigner verbleibt; *Thelen*, Geldwäscherecht, Rdnr. 250 f.

40 BT-Drucks. 16/9038, S. 30.

41 So ausdrücklich *Longrée/Pesch*, NZG 2017, 1081, 1089.

42 Zur Rechtsnatur und wirtschaftlichen Bedeutung von Stimmbindungsvereinbarungen siehe *Schaub*, DStR 2018, 817 f.

43 BT-Drucks. 18/11555, S. 128.

Dieser Überlegung liegt – so behaupten jedenfalls viele Stimmen in der Literatur – der Rechtsgedanke des § 30 Abs. 2 WpÜG zugrunde. Jede Person, die auf Wertpapiere bietet, treffen bestimmte Transparenzpflichten (vgl. § 23 Abs. 1 WpÜG), falls sie sich mit ihrem Erwerb die Kontrolle über mindestens 30 % der Stimmanteile einer Gesellschaft sichern will (§ 29 Abs. 2 WpÜG). Den Stimmen des Bieters werden in diesem Rahmen nach § 30 Abs. 2 WpÜG auch die Stimmen dritter Personen zugerechnet, mit welchen sich der Bieter aufgrund einer schuldrechtlichen Vereinbarung abgestimmt hat (sog. „acting in concert"). Gerade der im WpÜG verwendete Begriff der „Kontrolle" verleitet dazu, den Rechtsgedanken des „acting in concert" auf das Geldwäscherecht zu übertragen: schließlich will auch das GwG diejenigen natürlichen Personen, welche eine Transaktion kraft ihrer Kontrolle über eine Gesellschaft letztlich veranlassen, als wirtschaftlich Berechtigte bestimmten Identifizierungs- und Transparenzpflichten unterwerfen. Nach den Vertretern der erörterten Meinung soll eine wechselseitige Zurechnung von Stimmrechten jedoch nur dann in Betracht kommen, wenn die betreffenden Gesellschafter – wie im Beispielsfall – über gleich große Anteile am Stimmrechtspool verfügen (paritätischer Stimmpool).[44]

Diese Gesetzesauslegung ist zu Recht auf Kritik gestoßen.[45] Bei einer Stimmbindungs- oder Poolvereinbarung handelt es sich zivilrechtlich gesehen entweder um eine rein schuldrechtliche Vereinbarung oder höchstens – bei entsprechendem Willen der beteiligten Gesellschafter – um eine Innen-GbR.[46] Man vergleiche diese Konstellation nun mit den für mehrstufige Beteiligungsverhältnisse geltenden Grundsätzen des § 3 Abs. 2 Satz 4 GwG i. V. m. § 290 Abs. 2 HGB: Würde beispielsweise eine Holding-GmbH die drei Anteile der fiktiven Gesellschafter C, D und E halten (insgesamt 60 %) und wären C, D und E wiederum mit je 33,3 % der Kapital- und Stimmanteile an jener Holding-GmbH beteiligt, so wäre es schlichtweg contra legem, jene drei Gesellschafter als wirtschaftlich Berechtigte der K-GmbH zu qualifizieren. Nach § 290 Abs. 2 Nr. 1 HGB fehlte es C, D und E nämlich am beherrschenden Einfluss über die Holding-GmbH, da keinem von ihnen dort eine Kapital- oder Stimmenmehrheit zustünde. Vor diesem Hintergrund lässt sich aber erst recht nicht schlüssig begründen, warum C, D und E den beherrschenden Einfluss über die K-GmbH ausüben sollten, wenn sie nicht einmal durch eine Holding-Gesellschaft, sondern allein durch das viel schwächere Band einer internen schuldrechtlichen Absprache oder einer reinen Innen-GbR miteinander verbunden sind.

Der Rechtsgedanke des „acting in concert" lässt sich vielmehr nur dann fruchtbar machen, falls ein Gesellschafter tatsächlich einen beherrschenden Einfluss im Sinne des § 290 Abs. 2-4 HGB auf den Stimmpool ausüben kann, beispielsweise, weil er über die Stimmenmehrheit innerhalb des Pools verfügt (§ 290 Abs. 2 Nr. 1 HGB).[47] Im Übrigen sollte die häufig zitierte Passage der Gesetzesbegründung nicht überstrapaziert werden: Sie spricht im Kontext des § 20 GWG recht beiläufig von „Stimmbindungsvereinbarungen", ohne aber zu konkretisieren, wie eine solche Vereinbarung tatsächlich beschaffen sein müsste, damit sich aus ihr eine „Kontrolle" der Gesellschafter über die gesamte Gesellschaft folgern ließe.

Der notariellen Praxis ist auf diesem rechtlich schwer umstrittenen Feld zur Vorsicht zu raten. Da viele Stimmen in der Literatur davon ausgehen, der Gesetzgeber habe eine wechselseitige Zurechnung der Stimmrechte sämtlicher Poolmitglieder beabsichtigt, bewegt sich der Notar auf sicherem Boden, wenn er alle Poolgesellschafter als wirtschaftlich Berechtigte ermittelt – zumindest, wenn es sich um einen paritätischen Stimmpool handelt und die Anteile der Poolmitglieder zusammengerechnet die kritische 25-%-Schwelle überschreiten. Analoge Grundsätze gelten dann freilich auf der zweiten oder jeder höheren Beteiligungsebene, falls die Anteile der Poolmitglieder zusammen mehr als 50 % der Stimmrechte erreichen: in diesem Fall darf der Notar davon ausgehen, dass (jedenfalls im Falle eines paritätischen Stimmpools) jeder einzelne Poolgesellschafter einen beherrschenden Einfluss gemäß § 3 Abs. 2 Satz 4 GwG i. V. m. § 290 Abs. 2 Nr. 1 HGB über die in Frage stehende Gesellschaft ausübt.

b) Poolverträge mit „Poolführer"

Eine besondere Konstellation der Stimmbindungs- oder Poolvereinbarung liegt schließlich vor, wenn einem der Poolmitglieder die Stellung eines „Poolführers" eingeräumt wird, dem die Aufgabe zukommt, sämtliche Poolgesellschafter in der Gesellschafterversammlung zu vertreten. So könnte man den obigen Beispielsfall 5 abwandeln, indem der Gesellschafter E nach der internen Poolvereinbarung alle Mitglieder des Pools in der Gesellschafterversammlung der K-GmbH vertreten und deren Stimmen gebündelt – namentlich im Sinne des zuvor im Pool gefassten Beschlusses – abgeben darf.

Wie selbstverständlich wird dazu der Standpunkt vertreten, allein der Poolführer sei hier als wirtschaftlich Berechtigter anzusehen.[48] Vom dogmatischen Standpunkt betrachtet kann auch das nicht überzeugen.[49] Dem Poolführer E kommt keine andere Aufgabe zu, als den vorabgestimmten Willen der Gesellschafter C, D und E nach außen kundzutun – er ist, mit untechnischen Worten, nichts anderes als der „einzelvertretungsberechtigte Geschäftsführer" des Stimmpools. An dieser Stelle muss man sich wieder vor Augen führen, dass das GwG die Zurechnung einer fiktiven wirtschaftlichen Berechtigung über mehrere Beteiligungseben

44 Insgesamt dazu *Longrée/Pesch*, NZG 2017, 1081, 1087 f.; *Schaub*, DStR 2017, 1438, 1441.

45 *Kotzenberg/Lorenz*, NJW 2017, 2433, 2435; *Schaub*, DStR 2018, 871, 873 f.

46 Zum Stimmpool als Innen-GbR: BGH, Urteil vom 24.11.2008, II ZR 116/08, DStR 2009, 280, 281; *Schaub*, DStR 2018, 871, 872.

47 So auch *Thelen*, Geldwäscherecht, Rdnr. 247 f., der auf die Mehrheit im Stimmpool abstellt; *Schaub*, DStR 2018, 871, 873 ff.

48 FAQ-BVA, S. 15; *Thelen*, Geldwäscherecht, Rdnr. 246.

49 Im Ergebnis ebenso *Schaub*, DStR 2018, 871, 875.

hinweg nicht kennt. Das ergibt sich, wie unter Ziffer I. 1. ausgeführt, aus dem subsidiären Charakter des § 3 Abs. 2 Satz 5 GwG. Man mag hier nochmals den Vergleich zu einer Holding-GmbH heranziehen, die 60 % der Kapitalanteile der K-GmbH hält: Ließe sich bei der K-GmbH ein tatsächlicher wirtschaftlich Berechtigter nach § 3 Abs. 2 Satz 1-4 GwG i. V. m. § 290 Abs. 2 HGB nicht ermitteln, so würde man gemäß § 3 Abs. 2 Satz 5 GwG ersatzweise auf den Geschäftsführer der K-GmbH, nicht auf den Geschäftsführer der Holding-GmbH, abstellen. Somit lässt sich kaum nachvollziehen, warum dem Poolführer die Rolle eines wirtschaftlich Berechtigten zukommen soll, obwohl ihm – parallel zu den Ausführungen unter a) – als Vertreter einer reinen Innen-GbR keine stärkere gesellschaftsrechtliche Position zusteht als dem Vertreter einer Holding-Gesellschaft. Möchte man einem solchen Poolführer die wirtschaftliche Berechtigung an der K-GmbH zukommen lassen, dann wäre dies allenthalben im Gesellschaftsvertrag der K-GmbH zu regeln – nicht aber in einer rein internen Vereinbarung zwischen C, D und E.

Da indessen die ganz überwiegende Literaturmeinung den „Poolführer" als wirtschaftlich Berechtigten akzeptiert, handelt der Notar trotz dieser dogmatischen Bedenken keinesfalls falsch, wenn er anstelle aller Poolmitglieder nur den Poolführer als wirtschaftlich Berechtigten benennt bzw. ihm – auf zweiter und höherer Beteiligungsebene – den alleinigen beherrschenden Einfluss im Sinne des § 3 Abs. 2 Satz 4 GwG i. V. m. § 290 Abs. 2 Nr. 1 HGB zuschreibt.

3. Beteiligung der öffentlichen Hand

Zuletzt lohnt sich ein Blick auf Konstellationen, in denen die öffentliche Hand an geldwäscherechtlich relevanten Transaktionen beteiligt ist.

a) Rechtsformen des öffentlichen Rechts

Tritt eine öffentlichrechtliche Körperschaft – beispielsweise eine Gemeinde oder der Freistaat – selbst als Vertragspartner auf, so geht die ganz herrschende Auffassung davon aus, dass gar kein wirtschaftlich Berechtigter zu ermitteln sei und daher auch kein Transparenzregisterauszug eingeholt werden müsse.[50] Schließlich soll die Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten dazu dienen, diejenige natürliche Person zu identifizieren, die eine Transaktion in ihrem eigenen finanziellen Interesse veranlasst und steuert. Der Gesetzgeber will dabei insbesondere vermeiden, dass Personen komplexe Gesellschaftsstrukturen nutzen, um ihre Identität zu verschleiern.[51] Eine derartige Interessenslage findet sich bei öffentlichen Körperschaften typischerweise nicht: Die Handlungen der öffentlichen Hand gehen zugunsten und zulasten des Fiskus; ein Gewinnbezugsrecht der handelnden Personen besteht nicht einmal in der Theorie. Rechtstechnisch lässt sich eine Ausnahme zugunsten öffentlichrechtlicher Körperschaften über eine teleologische Reduktion des § 3 GwG erreichen. Diese Auffassung vertritt mittlerweile auch die BNotK.[52]

Das gleiche Prinzip muss für öffentliche Anstalten oder Körperschaften wie berufsständische Kammern, Universitäten oder Religionsgemeinschaften mit entsprechendem Status gelten.

Auch Eigen- oder Regiebetriebe der öffentlichen Hand, insbesondere von Kommunen, lassen sich zwanglos wie Körperschaften des öffentlichen Rechts behandeln, da sie als öffentliche Sondervermögen ohne eigene Rechtspersönlichkeit geführt werden (Art. 88 Abs. 1, 5 GO) und somit ein rechtlich unselbstständiger Teil der jeweiligen Gebietskörperschaft sind. Nichts anderes kann bei Kommunalunternehmen im Sinne des Art. 89 GO gelten: Diese stellen zwar eigenständige Rechtspersönlichkeiten dar, werden aber in der Rechtsform einer Anstalt des öffentlichen Rechts betrieben (Art. 89 Abs. 1 Satz 1 GO). Damit sind sie vollständig dem öffentlichen Recht unterworfen. Der zuvor formulierte Rechtsgedanke, der zur telelogischen Reduktion des § 3 GwG geführt hat, lässt sich also auch hier fruchtbar machen.

b) Rechtsformen des Privatrechts

Anders liegt der Fall allerdings, wenn beispielsweise eine Kommune für ihr Unternehmen die Privatrechtsform (Art. 92 GO) wählt. Typisch ist etwa folgende Konstellation:

Beispiel 6: Eine Gemeinde betreibt ein kommunales Freibad in der Form der S-GmbH, an welcher sie 100 % aller Anteile hält. Alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer der S-GmbH ist der Erste Bürgermeister. Die S-GmbH beabsichtigt nun, eine Teilfläche zur Vergrößerung ihres Bades zu erwerben.

Man mag hier intuitiv auf die Idee kommen, diesen Fall mit den unter a) behandelten Konstellationen zu vergleichen. Schließlich kontrollieren der Erste Bürgermeister und der Gemeinderat de facto alle Rechtshandlungen der S-GmbH. So wird in der Literatur verschiedentlich vertreten, die kommunale GmbH habe schlicht und ergreifend keinen wirtschaftlich Berechtigten.[53]

Dabei sollte man jedoch nicht außer Acht lassen, dass auch für dieses Ergebnis eine telelogische Reduktion des § 3 GwG erforderlich wäre. Dies ist methodisch nur dann zulässig, wenn die wörtliche Gesetzesauslegung im konkreten Einzelfall vom Gesetzeszweck nicht mehr gedeckt wird – konkreter gesprochen: wenn die Einflussnahme dritter Personen auf die Transaktion schlechthin ausgeschlossen ist. Das lässt sich selbst bei einer hundertprozentigen Beteiligung der öffentlichen Hand aber nicht zwangsläufig behaupten.

Die Beteiligung ist nämlich vollständig dem Privatrecht unterworfen. Die Stellung des Ersten Bürgermeisters als Geschäftsführer richtet sich hier nicht nach dem öffentlichen

50 Zur grundsätzlichen Pflicht zur Einholung eines Transparenzregisterauszugs siehe sogleich unter Ziffer III. 1. a).

51 BT-Drucks. 16/9038, S. 30; BT-Drucks. 18/11555, S. 108 f.

52 AuA-BNotK, S. 31; *Frey/Kertesz* in BeckOK-GwG, § 3 Rdnr. 37; *Thelen*, Geldwäscherecht, Rdnr. 285 f.

53 *Frey/Kertesz* in BeckOK-GwG, § 3 Rdnr. 37, 61.

Recht, sondern nach §§ 35 ff. GmbHG. Insbesondere kann die Vertretungsmacht des Geschäftsführers wegen § 37 Abs. 2 Satz 1 GmbHG gegenüber Dritten nicht wirksam beschränkt werden. Damit hat das Handeln des Bürgermeisters als Geschäftsführer eine ganz andere Qualität als sein Handeln als Amtsperson, welches durch Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GO auch im Außenverhältnis auf die gemeindlichen Befugnisse beschränkt ist. Der Bürgermeister kann die Geschäfte der kommunalen GmbH in eigener Verantwortung veranlassen und lenken – im schlimmsten Falle könnte er seine zivilrechtlichen Befugnisse wie jeder andere (fiktive) wirtschaftlich Berechtigte sogar zu sachfremden Zwecken missbrauchen. Damit ist aber auch das Bedürfnis nach einer teleologischen Reduktion des § 3 GwG entfallen.[54]

Im Beispielsfall 6 ist der wirtschaftliche Berechtigte also nach den Regeln des § 3 GwG zu ermitteln. Es lässt sich hier kein tatsächlicher wirtschaftlicher Berechtigter nach § 3 Abs. 2 Satz 1-4 GwG finden, da wiederum nur die öffentliche Hand den beherrschenden Einfluss auf die S-GmbH ausübt. Folglich ist der Erste Bürgermeister kraft seiner Eigenschaft als Geschäftsführer gemäß § 3 Abs. 2 Satz 5 GwG als fiktiver wirtschaftlicher Berechtigte der S-GmbH anzusehen.[55]

III. Notarielle Sorgfaltspflichten im Zusammenhang mit dem wirtschaftlich Berechtigten

In engem Zusammenhang zu den Rechtsfragen rund um den Begriff des wirtschaftlich Berechtigten steht der Pflichtenkanon, der dem Notar im Umfeld des Transparenzregisters (§§ 18 ff. GwG) obliegt. Obgleich die Registrierung im Transparenzregister nach § 20 Abs. 1 Satz 1 GwG zuallererst die Aufgabe der beteiligten Gesellschaften selbst ist, treffen den Notar hier einige – im Detail durchaus erörterungsbedürftige – Sorgfaltspflichten.

1. Allgemeine Grundsätze zu Transparenzregister und Unstimmigkeitsmeldung

Ins Transparenzregister einzutragen sind wegen § 20 Abs. 1 Satz 1 GwG grundsätzlich alle juristischen Personen und eingetragene Personengesellschaften[56] – und zwar unabhängig davon, ob sich deren Eigentümer- und Kontrollstruktur bereits zutreffend dem Handelsregister entnehmen lässt. Anders als unter der bis Juli 2021 geltenden Mitteilungsfiktion (§ 20 Abs. 1 Satz 2 GwG a. F.), der zufolge ein entsprechender Handelsregistereintrag einen Eintrag ins Transparenzregister überflüssig machte, schreibt der Gesetzgeber heute eine doppelte Registerführung vor. Die nunmehr geltende Rechtslage mag zu erhöhtem administrativen Aufwand führen, gleichzeitig aber fallen dadurch zahllose dogmatische Komplikationen fort.[57]

a) Das Transparenzregister und die Ermittlung der Eigentümer- und Kontrollstruktur

Angegeben werden muss im Transparenzregister nach § 19 Abs. 1 GwG insbesondere der wirtschaftlich Berechtigte mit seinem Vor- und Nachnamen, Geburtsdatum, Wohnort, allen Staatsangehörigkeiten und insbesondere auch der Art und dem Umfang seines wirtschaftlichen Interesses. Letzteres wird in § 19 Abs. 3 GwG näher konkretisiert: Anzugeben ist etwa, ob die wirtschaftliche Berechtigung von der Höhe der Stimm- oder Kapitalanteile herrührt (§ 19 Abs. 3 Nr. 1a GwG), ob er auf sonstige Weise, zum Beispiel kraft eines Treuhandvertrags, Kontrolle über die Gesellschaft ausübt (§ 19 Abs. 3 Nr. 1b GwG) oder ob er lediglich als fiktiver wirtschaftlich Berechtigter anzusehen ist (§ 19 Abs. 3 Nr. 1c GwG).[58]

Die eigentliche Aufgabe des Notars ist es zunächst, die Eigentümer- und Kontrollstruktur der handelnden Gesellschaften mit risikoangemessenen Maßnahmen zu ermitteln und den wirtschaftlich Berechtigten zu identifizieren (§ 10 Abs. 1 Nr. 2, § 11 Abs. 5 GwG). In erster Linie geschieht dies durch Nachfrage bei den Beteiligten, die primär zur Offenlegung ihrer Eigentümer- und Kontrollstruktur verpflichtet sind.[59] Solange die Beteiligten Angaben hierzu insgesamt verweigern, gilt für den Notar – allerdings nur für Immobilientransaktionen im Sinne des § 1 GrEStG – ein absolutes Beurkundungsverbot (§ 10 Abs. 9 Satz 4, § 12 Abs. 4 GwG). Der Notar hat anschließend die erhobenen Angaben nach § 12 Abs. 3 Satz 1 GwG auf ihre Plausibilität (Schlüssigkeit) zu prüfen. Außerdem muss er einen Transparenzregisterauszug der beteiligten Gesellschaft einholen (§ 12 Abs. 3 Satz 2 GwG) und – zumindest bei Erwerbsvorgängen nach § 1 GrEStG – auch die von den Beteiligten vorgelegte Eigentümer- und Kontrollstruktur auf ihre Schlüssigkeit überprüfen (§ 12 Abs. 4 GwG). Das kann durch Einsicht in das Handelsregister und in die Gesellschaftsverträge bzw. Satzungen (zum Beispiel im Hinblick auf eine disquotale Stimmverteilung) und – speziell im Falle einer GmbH – durch Einholung der aktuellen Gesellschafterliste geschehen. Liegt darüber hinaus etwa ein Nießbrauchs- oder Treuhandverhältnis oder eine Stimmpoolvereinbarung vor, so kann die Durchsicht des entsprechenden schuldrechtlichen Vertrags angezeigt sein.[60] Da § 12 GwG den Notar je-

54 In diese Richtung, jedoch ohne nähere Begründung, gehen auch die AuA-BNotK, S. 31, die bei „privatwirtschaftlich organisierten kommunalen Tochterunternehmen“ auf den fiktiven wirtschaftlichen Berechtigten abstellen wollen. So i. E auch *Thelen*, Geldwäscherecht, Rdnr. 301 f.

55 So i. E. auch die FAQ der BNotK zum (Stand: 29.08.2023), Nr. 27.

56 Ausführlich zu diesen Begriffen *Thelen*, Geldwäscherecht, Rdnr. 587-602. Vgl. auch *Longrée/Pesch*, NZG 2017, 1081; *Schaub*, DStR 2017, 1438 f.

57 Zu den mittlerweile historischen Rechtsproblemen, die sich durch die Mitteilungsfiktion ergaben, siehe *Thelen*, Geldwäscherecht, Rdnr. 618-705.

58 Insgesamt *Longrée/Pesch*, NZG 2017, 1081, 1082; *Schaub*, DStR 2017, 1438, 1439; *ders.*, DStR 2018, 871, 872.

59 AuA-BNotK, S. 32; demnach obliegt dem Notar nur die Prüfung der Schlüssigkeit, d. h. die juristische Kontrolle, ob die von den Beteiligten gemachten Angaben zum wirtschaftlich Berechtigten mit der mitgeteilten Eigentümerstruktur vereinbar sind.

60 AuA-BNotK, S. 34; *Sommer*, MittBayNot 2019, 226, 231; insgesamt *Thelen*, Geldwäscherecht, Rdnr. 344, 351 ff., 380.

doch stets nur zu „risikoangemessene(n) Maßnahmen“ verpflichtet, ist er insbesondere bei komplexen Konzernstrukturen keinesfalls gezwungen, jedes einzelne Gesellschaftsdokument jeder einzelnen Gesellschaft zu sichten.

b) Die Unstimmigkeitsmeldung

Sollte sich zwischen den vom Notar ermittelten und den im Transparenzregister angegebenen wirtschaftlich Berechtigten eine Diskrepanz ergeben, muss der Notar diese Unstimmigkeit der registerführenden Stelle (FIU) melden. Dogmatisch ergibt sich dies aus der Verweisungskette in § 23a Abs. 1 Satz 1, § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, § 10 Abs. 31 Nr. 2, Abs. 3, § 12 Abs. 3 Satz 2 GwG – dort wird, kurz zusammengefasst, bestimmt, dass jeder Verpflichtete, der zur Erfüllung seiner Sorgfaltspflichten zur Einsicht ins Transparenzregister befugt ist, etwaige Unstimmigkeiten anzuzeigen hat.[61] Eine Unstimmigkeit in diesem Sinne kann vorliegen, wenn einzelne Angaben zu den wirtschaftlich Berechtigten im Transparenzregister unzutreffend sind oder wenn ein falscher oder gar kein wirtschaftlich Berechtigter ins Transparenzregister eingetragen ist.[62]

Die praktische Relevanz dieser Unstimmigkeitsmeldung ist im notariellen Umfeld jedoch denkbar gering. So schränkt die – gesetzessystematisch gut versteckte – Rechtsgrundverweisung von § 23a Abs. 1 Satz 2 auf § 43 Abs. 2 GwG die Pflicht zur Unstimmigkeitsmeldung in großem Umfang ein. Nur falls der Notar zugleich zu einer Geldwäsche-Sachverhaltsmeldung an die FIU verpflichtet wäre – d. h. in der Praxis bei immobilienbezogenen Geschäften im Sinne des § 1 GrEStG, die einen Meldetatbestand nach der GWGMeldV-Immobilien erfüllen (§ 43 Abs. 2 Satz 2, Abs. 6 GwG) –, muss er auch eine Unstimmigkeitsmeldung abgeben.[63]

2. Sorgfaltspflichten im Kontext komplexer Konzernstrukturen

Bei komplexen Konzerngebilden stellt sich nicht selten die ganz praktische Frage, wie weit der Notar den weit verzweigten Eigentümer- und Kontrollstrukturen überhaupt nachgehen muss, um die unter 1. beschriebenen Sorgfaltspflichten zu erfüllen. Ein weiteres Beispiel verdeutlicht dieses Dilemma:

Beispiel 7: Die A-GmbH und die B-GmbH halten je 50 % des Kapitals einer gemeinsamen Tochtergesellschaft, der X-GmbH. Dabei ist die A-GmbH wiederum eine 75%ige Tochter der A-Holding-AG, deren Aktien ihrerseits zu 51 % von einer natürlichen Person, A, gehalten werden, während sich der Rest der Aktien im Streubesitz diverser natürlicher und juristischer Personen befindet. Die B-GmbH wird zu je 20 % von zwei natürlichen Personen (B und C) und zu 40 % von einer juristischen Person (B-Holding-AG) gehalten; die restlichen 20 % verteilen sich auf mehrere Kleingesellschafter, darunter auch juristische Personen, namentlich mit Beteiligungen zwischen 1 % und 5 %. Nun ist angedacht, dass die X-GmbH von einer dritten natürlichen Person N entgeltlich einen Geschäftsanteil an einer anderen Gesellschaft, der Y-GmbH, erwerben soll.

Das an sich wortreiche GwG hält sich zum Umfang der notariellen Sorgfaltspflichten in einem solchen Fall bedeckt: Der Verpflichtete hat laut § 10 Abs. 1 Nr. 2 GwG lediglich „die Eigentums- und Kontrollstruktur des Vertragspartners mit angemessenen Mitteln in Erfahrung zu bringen“.

a) Transparenzpflichten hinsichtlich der veräußerten Gesellschaft

Damit ist immerhin schon geklärt, dass in Beispiel 7 hinsichtlich der Y-GmbH selbst und ihrer Kontrollstruktur keine Sorgfaltspflichten bestehen. Diese ist nämlich nicht „Vertragspartner“ des Notars; sie taucht weder als formell Beteiligte in der Urkunde auf noch tritt sie dem Notar gegenüber als Auftraggeber auf. Vielmehr ist die Y-GmbH bzw. ihr Geschäftsanteil bloßes Vertragsobjekt, über das die X-GmbH und N als Beteiligte verfügen.[64]

Daran würde sich im Übrigen auch dann nichts ändern, wenn die Satzung der Y-GmbH die Veräußerung der Geschäftsanteile von der Zustimmung der Gesellschafterversammlung abhängig machen würde. Auch hier träte die Y-GmbH nicht als (formell oder materiell) Beteiligte, d. h. nicht als „Vertragspartner“ des Notars, in Erscheinung, sondern vielmehr jeder ihrer Gesellschafter. Soweit es sich bei diesen dann um juristische Personen handelt, müsste für sie selbstverständlich gesondert die Eigentümer- und Kontrollstruktur ermittelt werden, falls der Notar auch den Zustimmungsbeschluss beurkundet.[65]

Die einzig denkbare Konstellation, in welcher aus § 10 Abs. 1 Nr. 2 GwG rechtsdogmatisch schlüssig auch Sorgfaltspflichten bezüglich der Y-GmbH selbst abgeleitet werden könnten, ist der seltene Fall, in dem die Satzung die Zustimmung der Y-GmbH selbst zur Anteilsveräußerung fordert. Nun würde tatsächlich die durch den Geschäftsführer vertretene Y-GmbH, nicht deren einzelne Gesellschafter, im Urkundeneingang auftauchen und man könnte sie vertretbar als „Vertragspartner“ des Notars qualifizieren.

b) Transparenzpflichten hinsichtlich der erwerbenden Gesellschaft

Bezüglich der vertragsbeteiligten X-GmbH in Beispiel 7 ist der Gesetzeswortlaut noch weniger ergiebig. Der Sinn und Zweck des Gesetzes spricht klar dafür, die Sorgfaltspflichten dort enden zu lassen, wo schon unter theoretisch-denklogischen Gesichtspunkten keine Spur zu einem wirtschaft-

61 Zur Transparenzregistereinsicht und Unstimmigkeitsmeldung insgesamt sehr ausführlich AuA-BNotK, S. 35 ff.; zur dogmatischen Herleitung vgl. ebenda, S. 37. Zur technisch-praktischen Durchführung der Unstimmigkeitsmeldung, siehe *Thelen*, Geldwäscherecht, Rdnr. 711-719, 739-745.

62 AuA-BNotK, S. 39; *Thelen*, Geldwäscherecht, Rdnr. 722-731.

63 AuA-BNotK, S. 37; *Thelen*, Geldwäscherecht, Rdnr. 736-738.

64 Ebenso *Thelen*, Geldwäscherecht, Rdnr. 355 f.

65 Anders *Thelen*, Geldwäscherecht, Rdnr. 202 f., 226 für den Fall, dass der Zustimmungsbeschluss privatschriftlich gefasst wird.

lich Berechtigten im Sinne des § 3 GwG mehr führen kann.[66] Die komplexen Zurechnungsregeln, die § 3 Abs. 2 GwG für verzweigte Konzernstrukturen aufstellt,[67] sollte man bei dieser Suche allerdings nicht außer Acht lassen. Wie weit muss der Notar den Verästelungen des Konzerns also folgen?[68]

Aus den abstrakten Erwägungen, die im Kapitel I. 2. zu solchen Konzernen aufgestellt wurden, lässt sich im Ergebnis ein dreistufiges methodisches Vorgehen ableiten:

(1) Auf der ersten Beteiligungsebene finden die trivialen Vorschriften des § 3 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1-3 GwG Anwendung, solange die Gesellschafter natürliche Personen sind; sind sie hingegen juristische Personen, muss jeder Beteiligungsstrang näher beleuchtet werden, der mindestens 10 % der Kapital- oder Stimmanteile ausmacht.[69] Bei der Verfolgung dieser Stränge (zweite und höhere Beteiligungsebene) gelten sodann die nächsten zwei Schritte.

(2) Solange man auf der zweiten und jeder höheren Beteiligungsebene einer ununterbrochenen Beteiligungskette folgen kann, bei der jedes einzelne Glied eine Kapital- oder Stimmenmehrheit von über 50 % (oder eine sonstige Art der Kontrolle im Sinne von § 290 Abs. 2-4 HGB) an der jeweils beherrschten Gesellschaft aufweisen kann, folge man dieser Kette bis zum Ende. Sollte eine Gesellschaft auf mehrere Weisen beherrscht werden, weil zum Beispiel ein Gesellschafter die Mehrheit der Stimmrechte und ein anderer die Mehrheit des Kapitals hält, folge man beiden Beherrschungsketten.

(3) Nur soweit die Prüfung nach vorstehender Ziffer (2) innerhalb eines Beteiligungsstranges zu keinem tatsächlich wirtschaftlich Berechtigten führt, muss der Notar auch solche Beteiligungen untersuchen, die 10 % oder mehr an Kapital- oder Stimmrechten vermitteln.

Der erste Prüfungsschritt erklärt sich größtenteils aus dem Gesetz (§ 3 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1-3 GwG) und muss daher nicht weiter erläutert werden. Lediglich die postulierte 10-%-Grenze mag irritieren; für deren Herleitung sei auf die rechtlichen Überlegungen zu Prüfungsschritt (3) verwiesen. Im Beispielsfall 7 ist unproblematisch beiden Beteiligungssträngen der X-GmbH (A-GmbH und B-GmbH) zu folgen.

Der zweite Prüfungsschritt lässt sich zwanglos aus dem Wortlaut des § 3 Abs. 2 Satz 4 GwG i. V. m. § 290 Abs. 2-4 HGB nachvollziehen. Da in Konzernstrukturen eine „Beherrschung" nur unter den Voraussetzungen des § 290 Abs. 2-4 HGB gegeben ist, insbesondere bei einer Kontrolle von mehr als 50 % der Stimmen (§ 290 Abs. 2 Nr. 1 HGB), fallen alle anderen Beteiligungen – die zwangsläufig weniger als 50 % der Stimmen repräsentieren – durch das Raster. So liegen die Dinge hinsichtlich der A-GmbH: Hier führt ein Beteiligungsstrang über die A-Holding-AG unmittelbar zu A, wobei jede einzelne Beteiligung größer ist als 50 %. Unberücksichtigt bleiben kann, wer die übrige, im Beispiel nicht näher benannte juristische Person beherrscht, welche mit 25 % des Kapitals an der A-GmbH beteiligt ist. Ebenso gleichgültig ist, wer die übrigen Aktionäre der A-Holding-AG sind. Eine wirtschaftliche Berechtigung an der X-GmbH kann sich nach den Zurechnungsregeln des § 290 Abs. 2-4 HGB schlechthin nicht mehr ergeben.

Hinsichtlich der B-GmbH führt der zweite Prüfungsschritt nicht ans Ziel. Der nun relevante dritte Prüfungsschritt lässt sich nur verstehen, wenn man im Blick behält, dass eine einzelne natürliche Person unter Umständen gleichzeitig mehrere der juristischen Personen kontrollieren könnte, die Anteile an der B-GmbH halten – all diese Beteiligungen wären dann dieser natürlichen Person gemäß § 3 Abs. 2 Satz 2 GwG zuzurechnen und müssten folglich addiert werden.[70] Konkreter gesprochen: In Beispiel 7 ist nicht absolut ausgeschlossen, dass B oder C die Kontrolle im Sinne von § 290 Abs. 2-4 HGB über die B-GmbH ausüben. Hätte beispielsweise B eine Stimmenmehrheit an der B-Holding-AG (§ 290 Abs. 2 Nr. 1 HGB), so wäre ihm deren 40%ige Kapitalbeteiligung zusätzlich zu seinem eigenen 20%igen Kapitalanteil vollumfänglich zuzurechnen, sodass er die B-GmbH insgesamt beherrschen und damit letzten Endes zum weiteren wirtschaftlich Berechtigten der X-GmbH mutieren würde. Daher muss der Eigentümer- und Kontrollstruktur der B-Holding-AG vorliegend in jedem Fall weiter gefolgt werden. An dieser Stelle mag man nun spitzfindig einwenden, die Eigentümer- und Kontrollstruktur sämtlicher Kleingesellschafter der B-GmbH – sofern sie juristische Personen sind – müsse dann in letzter Konsequenz auch weiterverfolgt werden. Und dies völlig zu Recht: Wären sowohl die B-Holding-AG als auch einige Kleingesellschafter von einer anderen, bisher gänzlich unbekannten natürlichen Person beherrscht, könnte letztere mithilfe der erörterten Zurechnungs- und Additionsregeln ebenso zu einer Beherrschung der B-GmbH gelangen und wäre damit wirtschaftlich Berechtigte an der X-GmbH. Solche Erwägungen würden die notariellen Sorgfaltspflichten freilich potenziell bis in die Unendlichkeit verästeln. Aus diesem Grund ziehen die Auslegungs- und Anwendungshinweise der BNotK zumindest für Fälle, in denen das Geldwäscherisiko nicht als „hoch" eingestuft ist, eine abstrakte Grenze bei Beteiligungen von 10 %: Unterhalb dieser Schwelle seien weitere Nachforschungen auch unter Berücksichtigung des Geldwäscherisikos nicht mehr zumutbar und stellten daher kei-

66 So auch *Thelen*, Geldwäscherecht, Rdnr. 292, 375-379 zur Irrelevanz „toter Beteiligungsstränge", wobei allerdings keine Ausführungen zu der sogleich dargestellten 10-%-Grenze zu finden sind.

67 Siehe dazu ausführlich unter I. 2.

68 Zum methodischen Vorgehen bei verzweigten Konzernstrukturen und einem weiteren Beispiel, siehe auch AuA-BNotK, S. 29 f.

69 Hiervon kann eine Ausnahme gemacht werden, wenn schlechthin ausgeschlossen ist, dass ein Beteiligungsstrang zu einem wirtschaftlich Berechtigten führt, zum Beispiel wenn eine einzige natürliche Person 75 % der Gesellschaftsanteile hält und eine einzige juristische Person 25 %. Es ist aber äußerste Zurückhaltung geboten, denn in gewissen Fällen ergibt sich eine wirtschaftliche Berechtigung erst aus einer Addition von Einzelanteilen, wie sogleich bei der Erörterung des dritten Prüfungsschritts veranschaulicht wird.

70 Zur Zusammenrechnung von Einzelanteilen in komplexen Konzernstrukturen siehe oben Ziffer I. 2. b).

ne „angemessenen Maßnahmen“ im Sinne des § 10 Abs. 1 Nr. 2 GwG mehr dar. In diesen Fällen muss der Notar lediglich eine „Erklärung der Beteiligten einholen, dass hinter den sonstigen Beteiligungssträngen in keiner Weise miteinander verbundene Personen bestehen“.[71] Da die Auslegungs- und Anwendungshinweise regelmäßig normkonkretisierende bzw. ermessenslenkende Verwaltungsvorschriften darstellen,[72] darf der Notar dieser Beurteilung der BNotK getrost folgen.

In obigem Beispiel muss also, was die B-GmbH betrifft, nicht die Eigentümer- und Kontrollstruktur aller „Kleingesellschafter“, sondern tatsächlich nur diejenige der B-Holding-AG selbst erforscht werden.

3. Sorgfaltspflichten bei ausländischen Rechtsformen

Wenn es sich bei den vertragsbeteiligten Gesellschaften um ausländische Rechtsformen handelt, steht der Notar vor besonderen rechtlichen und praktischen Problemen: Welche Pflichten treffen ihn insoweit im Zusammenhang mit dem Transparenzregister und wann muss er eine Unstimmigkeitsmeldung abgeben?

a) Immobilientransaktion einer außereuropäischen Gesellschaft

Gesetzlich eindeutig geregelt ist die Fallgruppe der außereuropäischen Gesellschaften, die Immobilien im Sinne des § 1 GrEStG erwerben. Will beispielsweise eine chinesische Gesellschaft in Deutschland Grundbesitz erwerben, muss sie sich nach § 20 Abs. 1 Satz 2 GwG zwingend zuvor ins deutsche Transparenzregister – oder in das Transparenzregister eines anderen europäischen Mitgliedsstaates (§ 20 Abs. 1 Satz 3 GwG) – eintragen lassen, gewissermaßen so, als handele es sich um eine inländische Gesellschaft. Solange sie dieser Pflicht nicht nachkommt, besteht für den Notar gemäß § 10 Abs. 9 Satz 4 1. Hs. GwG ein absolutes Beurkundungsverbot.[73]

Nach erfolgter Eintragung kann der Notar seine geldwäscherechtlichen Pflichten prinzipiell analog zu inländischen Gesellschaften erfüllen: Er muss zunächst die Eigentümer- und Kontrollstruktur im Rahmen seiner allgemeinen Sorgfaltspflicht ermitteln, dieses Ergebnis mit den Eintragungen im Transparenzregister abgleichen und erforderlichenfalls – freilich nur, wenn zugleich ein Meldetatbestand vorliegt (§ 23a Abs. 1 Satz 2, 43 Abs. 2 GwG) – eine Unstimmigkeitsmeldung abgeben. Diese Ermittlung hat wie bei Inlandsgesellschaften nach den Regeln des § 3 GwG zu erfolgen (§ 23a Abs. 1 Satz 5 GwG). Anzumerken ist lediglich, dass die bloße Unstimmigkeit des Registers nicht automatisch ein Beurkundungsverbot nach sich zieht, denn der hierfür maßgebliche § 10 Abs. 9 Satz 4 1. Hs. GwG verweist nur auf § 12 Abs. 4 und § 20 Abs. 1 Satz 2, 3 GwG, nicht aber auf § 23a GwG. Mit anderen Worten: Ein Beurkundungsverbot bestünde nur, wenn die chinesische Gesellschaft aus obigem Beispiel ihre Eigentümer- und Kontrollstruktur gar nicht offenlegen will oder wenn sie sich generell gegen die Eintragung ins deutsche Transparenzregister sperrt.

b) Vertragsbeteiligung einer innereuropäischen Gesellschaft

Komplex wird die Rechtslage hingegen, wenn die fragliche Gesellschaft ihren Sitz in einem anderen Mitgliedsstaat der Europäischen Union hat. Alle Mitgliedsstaaten verfügen über eigene Regeln zur Ermittlung des wirtschaftlich Berechtigten und führen eigene Transparenzregister.[74] Die dadurch entstehende Rechtsunklarheit illustriert folgendes Beispiel:

Beispiel 8: An einem Grundstückskaufvertrag ist eine s. r. o. (Gesellschaft mit beschränkter Haftung) mit Sitz in Tschechien beteiligt. Sämtliche Anteile der s. r. o. werden zu 100 % von einer a. s. (Aktiengesellschaft) tschechischen Rechts gehalten, deren Aktien sich wiederum im Streubesitz zahlreicher Aktionäre mit Beteiligungen von jeweils unter 10 % befinden. Im tschechischen Transparenzregister ist der einzelvertretungsberechtigte Vorstand der a. s. als wirtschaftlich Berechtigter an der s. r. o. eingetragen, was auch den Regeln des tschechischen Geldwäschegesetzes[75] entspricht.

Vorstehender Fall zeigt, wie die Umsetzung der Geldwäsche-Richtlinie in den einzelnen europäischen Staaten voneinander abweicht: Während nach deutschem Recht der Geschäftsführer der s. r. o. gemäß § 3 Abs. 2 Satz 5 GwG als fiktiv wirtschaftlich Berechtigter gelten würde, stellt das tschechische Recht auf den Vorstand der Muttergesellschaft, also der a. s., ab. Nach welchen Maßstäben und mit welcher Intensität muss der Notar in solchen grenzüberschreitenden Sachverhalten nach dem wirtschaftlich Berechtigten forschen? Und wäre er in Beispielsfall 8 (bei zusätzlichem Vorliegen eines Meldetatbestands gemäß § 43 Abs. 2 GwG) tatsächlich zur Unstimmigkeitsmeldung nach deutschem Recht verpflichtet?

Zunächst wird der Notar tatsächlich nicht umhinkommen, sich Gewissheit über den Inhalt des ausländischen, hier tschechischen, Transparenzregisters zu verschaffen. Diese Pflicht folgt im deutschen Recht aus § 12 Abs. 3 Satz 1 GwG,

71 AuA-BNotK, S. 29.

72 Dazu *Frey/Pelz* in BeckOK-GwG, Stand: 01.06.2024, Einf. Rdnr. 29; *Thelen*, Geldwäscherecht, Rdnr. 62 ff. („Selbstbindung der Verwaltung“).

73 AuA-BNotK, S. 36; *Thelen*, Geldwäscherecht, Rdnr. 413 f. Zu beachten ist, dass wegen des Verweises auf § 1 GrEStG nicht nur Grundstücksgeschäfte erfasst sind, sondern auch der Erwerb immobilienhaltender Gesellschaften, wenn nach Abschluss der Transaktion mindestens 90 % der Gesellschaftsanteile in der Hand der Erwerbers liegen.

74 Als äußerst hilfreich erweist sich die Website https://www.gtai.de/de/trade/eu/recht/register-der-wirtschaftlichen-eigentuemer-in-europa-215440, die sämtliche Transparenzregister der EU sowie die jeweiligen Rechtsgrundlagen auflistet. Es handelt sich zwar um keine staatlich betriebene Seite, doch selbst nach Bekunden *Thelens* (Geldwäscherecht, Rdnr. 418) um die derzeit einzig zuverlässige Informationsquelle.

75 Art. 5 Abs. 2 Zákon o evidenci skutečných majitelů (tschechisches Gesetz über die Registrierung der wirtschaftlichen Eigentümer vom 03.02.2021).

welcher den Notar zu „risikoangemessenen Maßnahmen“ zur Prüfung der wirtschaftlichen Berechtigung verpflichtet. Dieser Begriff bietet zwar einigen Auslegungsspielraum, doch treten hier wieder die Auslegungs- und Anwendungshinweise der BNotK als (regelmäßig) ermessenslenkende bzw. normkonkretisierende Vorschriften auf den Plan.[76] Jene halten die Einsicht ins Transparenzregister eines anderen Mitgliedsstaates ausnahmslos für erforderlich.[77] Gleiches ließe sich mit dem unionsrechtlichen *effet utile* – dem Interesse an einer möglichst gleichmäßigen, grenzüberschreitenden Geldwäschebekämpfung – begründen. Das eigentliche Problem liegt hier auf praktischer Seite. Idealerweise steht dem Notar in solchen Fällen ein sprachgewandter Ansprechpartner im EU-Ausland zur Seite, andernfalls kann er heutzutage immerhin auf gute Übersetzungsprogramme wie DeepL zurückgreifen.

Allerdings wird sich der Notar bei der Ermittlung des (hier fiktiv) wirtschaftlich Berechtigten in Beispiel 8 nicht starr an die Vorgaben des deutschen § 3 Abs. 2 GwG halten können. Zwar muss nach § 23a Abs. 1 Satz 5 GwG die „der Unstimmigkeitsmeldung zugrunde liegende Ermittlung der wirtschaftlichen Berechtigten“ stets nach den Vorgaben des § 3 GwG erfolgen. Das Ergebnis wäre bei gewöhnlicher Anwendung des § 3 Abs. 2 GwG jedoch absurd: Da das deutsche und das tschechische Recht, wie gezeigt, zu unterschiedlichen Ergebnissen gelangen, wäre hier eine Unstimmigkeitsmeldung veranlasst, obwohl sich alle Beteiligten nach dem für sie geltenden Recht vollkommen tadellos verhalten haben. Ein solches Resultat würde mittelbar zulasten der europäischen Grundfreiheiten wirken, insbesondere der in Art. 49 und 56 AEUV verbürgten Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit. Das liegt nicht im Sinne der Geldwäscherichtlinien, die nach ihren Erwägungsgründen gerade den europäischen Binnenmarkt vor Geldwäsche schützen und dadurch fördern, nicht etwa zusätzlich hemmen sollen.[78]

Wie dieses Dilemma zu lösen ist, wird in der Literatur bislang kaum diskutiert. Jedenfalls das deutsche Recht sieht keinen ausdrücklichen Ausweg vor. Methodisch sinnvoll ist es, die strengen Regeln des § 3 Abs. 2 GwG im Lichte des Unionsrechts unangewendet zu lassen, etwa mithilfe einer teleologischen Reduktion, und stattdessen die viel flexibleren Regeln des § 3 Abs. 1 Satz 1 GwG heranzuziehen. Letztlich hat der Notar danach in eigenem Ermessen eine Plausibilitätskontrolle durchzuführen, die sich nicht auf starre Wertgrenzen oder Zurechnungsregeln beschränkt. Falls der Notar hier die Rechtsregeln des tschechischen Geldwäschegesetzes kennt, kann er sie berücksichtigen, ohne dass dies bei der Anwendung des § 3 Abs. 1 Satz 1 GwG dogmatisch zwingend wäre. Doch selbst ohne Kenntnis des tschechischen Geldwäschegesetzes könnte der Notar im obigen Beispielsfall mit gutem Gewissen von einer Unstimmigkeitsmeldung absehen, wenn es ihm vertretbar erscheint, dass der Vorstand der 100%igen Muttergesellschaft, der a. s., als wirtschaftlich Berechtigter eingetragen ist, weil er auf diese Weise jedenfalls mittelbar die Geschäfte der s. r. o. kontrollieren kann. Die großzügigere Anwendung des § 3 Abs. 1 Satz 1 GwG sollte – jedenfalls aus notarieller Vorsicht – dort ihre Grenzen finden, wo die Registereintragung evident gegen die Rahmenregelungen der Geldwäscherichtlinien verstößt. Das gebietet die richtlinienkonforme Auslegung des GwG. Wäre also, um obiges Beispiel zu variieren, ein 40%iger Anteilseigner an der tschechischen s. r. o. nicht im tschechischen Transparenzregister aufgeführt, kann eine „Unstimmigkeit“ auch unter der Ägide des § 3 Abs. 1 GwG festgestellt werden, denn in der einschlägigen Geldwäscherichtlinie wird ganz eindeutig diejenige natürliche Person als wirtschaftlich Berechtigter bezeichnet, die eine „Beteiligung von mehr als 25 % an einem Kunden“, also an der fraglichen Gesellschaft, hält.[79]

76 Dazu siehe oben Fn. 72.

77 AuA-BNotK, S. 36.

78 Vgl. ErwGrd. 1 und 24 zur 4. Geldwäsche-Richtlinie.

79 Art. 3 Nr. 6 lit. a) Ziffer i) der 4. Geldwäsche-Richtlinie.

Neues zur Bescheinigung für den Vollzug des § 1026 BGB in der bayerischen Vermessungs- und Grundbuchpraxis

Von Rechtspflegerat und Bezirksrevisor **Harald Wilsch**, München

Eine unterschiedliche, kaum abgegrenzte, teilweise auch konträre Antrags- und Bescheinigungspraxis kennzeichnet die lastenfreie Abschreibung nach § 1026 BGB, was die Praxis vor große Probleme stellt. Der Wunsch der bayerischen Vermessungs- und Grundbuchpraxis nach Klärung, Differenzierung und Systematisierung überrascht daher nicht. Ziel kann nur sein, zu einer kohärenten Erteilungs- und Vollzugspraxis zu gelangen, zu einem best practice. Die Zusammenarbeit zwischen der Grundbuchpraxis und der Vermessungsverwaltung mündete Mitte Mai 2024 in eine enge Abstimmung, deren Ergebnisse im Folgenden vorgestellt und näher erläutert werden sollen.

I. Überblick über die Terminologie, Bezeichnung in der bayerischen Praxis

Als Alternative zur Freigabeerklärung des Berechtigten findet die Bescheinigung des Amtes für Digitalisierung, Breitband und Vermessung (ADBV)[1] zur lastenfreien Abschreibung nach § 1026 BGB bereits Erwähnung in einem Beschluss des BayObLG vom 12.11.1954.[2] Danach müsse aus der Bescheinigung hervorgehen, „dass die abzuschreibende Teilfläche von diesem Wasserbezugsrecht nicht betroffen sei".[3] In Anlehnung an diesen Beschluss spricht die BGB-Kommentierung teilweise von einer „Nichtbetroffenheitsbescheinigung des Vermessungsamtes",[4] sekundiert von der niedersächsischen Vermessungspraxis. Anders dagegen die Praxis der bayerischen Vermessungsverwaltung, die die Verwendung des Begriffs „Nichtbetroffenheitsbescheinigung" nicht bestätigen konnte. Damit im Einklang sieht sich eine Praxisauffassung, die den kryptischen Begriffsgehalt moniert und die Terminologie in Zweifel zieht. Danach sei die Bezeichnung „Bescheinigung nach § 1026 BGB" zu favorisieren. Dann sei ohne Weiteres erkennbar, dass es um die Frage des gesetzlichen Erlöschens der Dienstbarkeit an einem Teilgrundstück gehe. Diese Auffassung beruft sich ferner auf die Ausführungen von Teilen der obergerichtlichen Rechtsprechung,[5] die die „Bescheinigung gemäß § 1026 BGB" thematisiert. Auch auf den aktuellen Websites von kommunalen Serviceportalen ist die „Bescheinigung nach § 1026 BGB" anzutreffen, beispielsweise auf den Seiten der Serviceportale der Städte Essen,[6] Dortmund,[7] Solingen,[8] Hamm[9] und Berlin.[10] In Rheinland-Pfalz ist neutral von einer „Bescheinigung zur lastenfreien Abschreibung von Grundstücksteilen" die Rede. Die Bezeichnung in Schleswig-Holstein weckt Assoziationen an die steuerliche Praxis und erwähnt eine „Freistellungsbescheinigung",[11] die zugleich als „Nichtbetroffenheitsbescheinigung oder Bescheinigung nach § 1026 BGB" bezeichnet wird. Die salomonische Lösung hätte darin bestanden, beide Bezeichnungen miteinander zu verbinden und von einer „Nichtbetroffenheitsbescheinigung nach § 1026 BGB" zu sprechen. Das niedersächsische Landesamt für Geoinformation und Landesvermessung scheint ein ähnliches Ergebnis zu favorisieren. Nicht außer Acht gelassen werden darf die Abgrenzung zur Bescheinigung nach § 1025 BGB, um eine einheitliche Terminologie zu etablieren. Einigkeit besteht auch darin, dass die vom Verwaltungsgericht des Saarlandes[12] getroffene Bezeichnung als „Unschädlichkeitszeugnis nach § 1026 BGB" nicht richtig gewählt sein kann. Beide Verfahren, die Erteilung einer Nichtbetroffenheitsbescheinigung nach § 1026 BGB und die Erteilung eines Unschädlichkeitszeugnisses, sind strikt voneinander zu trennen. In der Konsequenz greift die bayerische Vermes-

1 Historisch: Vermessungsamt; bundesweit: Vermessungs- und Katasterverwaltungen; in Bayern: ADBV.

2 BayObLG, Beschluss vom 12.11.1954, BReg. 2 Z 125/54, BayObLGZ 1954, 286, 287.

3 BayObLG, Beschluss vom 12.11.1954, BReg. 2 Z 125/54, BayObLGZ 1954, 286, 287; zur Bescheinigung vgl. auch Staudinger/*Weber*, Neub. 2017, § 1026 Rdnr. 12.

4 Grüneberg/*Herrler*, 82. Aufl. 2023, § 1026 Rdnr. 2; zur Terminologie vgl. Fn. 1, in Bayern Amt für Digitalisierung, Breitband und Vermessung (ADBV)

5 Vgl. OLG Saarbrücken, Beschluss vom 11.03.2019, 5 W 9/19, BeckRS 2019, 13584.

6 Abruf 24.05.2024, Stadt Essen, Serviceportal, Stichwort „Bescheinigung nach § 1025 BGB oder § 1026 BGB".

7 Abruf 24.05.2024, Stadt Dortmund, Services, Bescheinigung zu § 1025 oder § 1026 BGB.

8 Abruf 24.05.2024, Stadt Solingen, Grundstücke: Bescheinigung nach § 1025 und § 1026 BGB.

9 Abruf 24.05.2024, Stadt Hamm, Erteilung von Bescheinigungen aus dem Liegenschaftskataster.

10 Abruf 24.05.2024, Berlin, Service-Portal Berlin, Dienstleistungen, Nichtbetroffenheitsbescheinigungen beantragen.

11 Abruf 24.05.2024, Landesamt für Vermessung und Geoinformation Schleswig-Holstein, Bescheinigungen für grundbuchliche Zwecke.

12 VG Saarlouis, Urteil vom 17.08.2011, 5 K 61/10, BeckRS 2011, 53869.

sungspraxis zur Bezeichnung „Bescheinigung für den Vollzug des § 1026 BGB“, um den Anschluss an das Kostenrecht und die Kohärenz der Vermessungsverwaltungspraxis zu wahren. Den Referenzpunkt bildet die Anlage zum Kostenverzeichnis (KVz), dort der Tarif Nr. 4. II.1/1.2, mit dem die Erteilung einer „Bescheinigung zum Vollzug des § 1026 BGB“ ihren Gebührentatbestand findet. Wie später noch zu zeigen sein wird, liegt der Vorteil dieser Bezeichnung in der Reflektion des Inhaltes und des Ziels der Bescheinigung. Beschrieben wird eine spezielle Konstellation mit einem konkreten Ergebnis, die eigentliche Würdigung bleibt jedoch dem Grundbuchamt vorbehalten. Die Bescheinigung greift der grundbuchamtlichen Entscheidung nicht vor, sondern übernimmt eine dienende, zugleich aber maßgebliche Rolle für den Vollzug der lastenfreien Abschreibung nach § 1026 BGB. Deshalb ist es gerechtfertigt und verfahrensdienlich, die Bescheinigung als „Bescheinigung zum Vollzug des § 1026 BGB“ zu bezeichnen.

II. Abgrenzung Bescheinigung zum Vollzug des § 1026 BGB und Unschädlichkeitszeugnis

1. Abgrenzung Zuständigkeit

Unerlässlich zeigt sich dabei eine trennscharfe Abgrenzung zwischen der Bescheinigung zum Vollzug des § 1026 BGB und einem Unschädlichkeitszeugnis, insbesondere vor der Folie der gegenwärtigen Antragspraxis. Die Abgrenzung erfolgt primär nach der Zuständigkeit. Nach Art. 120 Abs. 1 EGBGB[13] bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften unberührt, nach welchen im Falle der Veräußerung eines Teils eines Grundstücks dieser Teil von den Belastungen des Grundstücks befreit wird, wenn von der zuständigen Behörde festgestellt wird, dass die Rechtsänderung für die Berechtigten unschädlich ist. In Bayern ist die Erteilung eines Unschädlichkeitszeugnisses in den Art. 72 bis 74 AGBGB geregelt. Die Zuständigkeit für die Erteilung des Unschädlichkeitszeugnisses ist nicht in der Vermessungsverwaltung, sondern beim Amtsgericht (AG) angesiedelt, in dessen Bezirk das Grundstück liegt, Art. 73 Abs. 2 Satz 1 AGBGB.[14] Die Zuständigkeit für die Erteilung des Unschädlichkeitszeugnisses liegt nicht[15] beim Grundbuchamt, nicht bei dem Grundbuchrechtspfleger, sondern beim Amtsrichter als Gericht der freiwilligen Gerichtsbarkeit, der geschäftsverteilungsplanmäßig ermittelt werden kann. Ein Antragsverfahren nach der Grundbuchordnung ist nicht gegeben.[16] Mangels Zuständigkeit kann die Vermessungsverwaltung daher kein Unschädlichkeitszeugnis erteilen. In der Folge muss sich die bayerische Vermessungspraxis auch nicht mit den Unschädlichkeitskriterien des Art. 72 Abs. 3 AGBGB auseinandersetzen.

13 *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rdnr. 739.

14 Zur Zuständigkeit in Bayern vgl. *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 739; *Krägenbring*, Anwendungsbereich und Grenzen von Unschädlichkeitszeugnissen, Vermessung Brandenburg 1/2021, 16, 23.

15 Zur Zuständigkeit *Demharter*, Rpfleger 2004, 406, 407.

16 *Demharter*, Rpfleger 2004, 406, 407.

2. Inhaltliche Abgrenzung

Ein weiteres Abgrenzungskriterium ergibt sich aus dem jeweiligen Regelungsgehalt der Bescheinigung zum Vollzug des § 1026 BGB und dem Unschädlichkeitszeugnis. In der Konstellation des § 1026 BGB tritt kraft Gesetzes ein Erlöschen ein; die Grundstücksteile, die außerhalb des Ausübungsbereichs der Dienstbarkeit liegen, werden von der Dienstbarkeit frei. Mit dem Vollzug der Grundstücksteilung tritt ein Erlöschen kraft Gesetzes[17] ein, was den Gegenstand der Bescheinigung für den Vollzug des § 1026 BGB bildet. Eine Tatsache wird bescheinigt, das Grundbuch ist zu berichtigen. Weitere Kriterien spielen keine Rolle, insbesondere nicht die Frage, ob die Rechtsänderung unschädlich ist. Wertkriterien fließen in die Bescheinigung für den Vollzug des § 1026 BGB nicht ein, sondern einzig und allein die Würdigung, ob die räumliche Beschränkung der Dienstbarkeit die lastenfreie Abschreibung eines anderen Grundstücksteils erlaubt. Eine Bindungswirkung ist mit der Bescheinigung für den Vollzug des § 1026 BGB nicht verbunden;[18] vielmehr muss das Grundbuchamt eigenständig prüfen, ob die Bescheinigung mit dem Inhalt der Dienstbarkeit vereinbar[19] ist und eine lastenfreie Abschreibung ermöglicht. Für Grundpfandrechte kann die Bescheinigung für den Vollzug des § 1026 BGB ohnehin nicht erteilt werden, da Grundpfandrechte keine räumliche Beschränkung aufweisen können, sondern stets an der ganzen Immobilie oder an Miteigentumsanteilen bestellt werden, § 1114 BGB. Dass mit der Teilung des dienenden Grundstücks ein Eigentumswechsel einhergeht, ist nicht erforderlich. Ebenso wenig muss die Bescheinigung für den Vollzug des § 1026 BGB als Beschluss ergehen. Da kein Verwaltungsakt vorliegt, ist auch kein Rechtsbehelf gegeben und keine Rechtsmittelbelehrung erforderlich. Das Amt für Digitalisierung, Breitband und Vermessung (ADBV) sieht in der Bescheinigung für den Vollzug des § 1026 BGB einen Sonderfall der Plan- und Flächennachforschung, da Nachforschungen zur räumlichen Ausdehnung eines Flurstücks anzustellen sind. Vor der Löschung gewährt das Grundbuchamt dem Berechtigten rechtliches Gehör,[20] Art. 103 Abs. 1 GG. Dabei ist dem Berechtigten unter Darlegung einer Kopie der Unterlagen[21] darzulegen, warum nach Ansicht des Grundbuchamtes eine lastenfreie Abschreibung nach § 1026 BGB erfolgen kann.

In der Konstellation des Unschädlichkeitszeugnisses liegt dagegen kein Erlöschen kraft Gesetzes vor; vielmehr sind mit dem Vollzug der Grundstücksteilung die Grundstücksbelastungen bestehen geblieben. Erst mit dem Unschäd-

17 Zum Erlöschen kraft Gesetzes vgl. OLG Saarbrücken, Beschluss vom 11.03.2019, 5 W 9/19, BeckRS 2019, 13584; Beschluss vom 05.02.2019, 5 W 94/18, FGPrax 2019, 167.

18 OLG Saarbrücken, Beschluss vom 05.02.2019, 5 W 94/18, FGPrax 2019, 167, 168; Grüneberg/*Herrler*, § 1026 Rdnr. 2.

19 OLG Saarbrücken, Beschluss vom 05.02.2019, 5 W 94/18, FGPrax 2019, 167, 168; Grüneberg/*Herrler*, § 1026 Rdnr. 2.

20 Zur Gewährung rechtlichen Gehörs vgl. *Opitz*, Rpfleger 2000, 367, 369; Heinemann/*Koller*, Kölner Formularbuch Grundstücksrecht, 3. Aufl. 2021, Kap. 4 Rdnr. 190.

21 Zur Kartenübersendung *Opitz*, Rpfleger 2000, 367, 370.

lichkeitszeugnis soll die Grundlage für eine lastenfreie Abschreibung geschaffen werden.[22] Insoweit wird keine Tatsache bescheinigt, sondern eine Grundbuchverfahrenserklärung ersetzt, die Bewilligung des Berechtigten nach § 19 GBO, die Freigabeerklärung. In den Worten des Art. 120 Abs. 1 EGBGB: Der Grundstücksteil soll erst von den Belastungen befreit werden. Der reguläre Weg der Lastenfreistellung ist zu beschreiten; erforderlich ist eine Bewilligung des Berechtigten, § 19 GBO, alternativ ein Unschädlichkeitszeugnis. Das Unschädlichkeitszeugnis ersetzt die zur Rechtsaufhebung erforderliche Bewilligung nach § 19 GBO, vgl. Art. 72 Abs. 4 Satz 1 AGBGB,[23] und ist als Verwaltungsakt[24] mit Bindungswirkung ausgestattet. Mithilfe des Unschädlichkeitszeugnisses sollen Härten vermieden werden, die Freigabeerklärungen verursachen würden.[25] Ein Nachprüfungsrecht besteht nicht, sodass das Grundbuchamt nicht befugt ist, die Richtigkeit des Unschädlichkeitszeugnisses in Zweifel zu ziehen.[26] Das Eigentum an einem Grundstücksteil kann ohne Zustimmung des Berechtigten frei von Belastungen übertragen werden, sofern festgestellt ist, dass die Rechtsänderung für die Berechtigten unschädlich ist, Art. 72 Abs. 1 Satz 1 AGBGB. Die Rechtsänderung ist unschädlich, wenn der Umfang und der Wert des belasteten Grundstücks oder der Wert der Drittbelastung nur geringfügig geschmälert werden, Art. 72 Abs. 3 AGBGB. Die Feststellung der Unschädlichkeit erfolgt durch Beschluss, Art. 72 Abs. 4 Satz 1 AGBGB. In der Praxis ersetzt das Unschädlichkeitszeugnis häufig die Zustimmung von Grundpfandrechtsgläubigern, worin ein weiteres Abgrenzungskriterium zu erkennen ist, da die Bescheinigung für den Vollzug des § 1026 BGB niemals grundpfandrechtsbezogen erteilt werden kann. Relevanz kommt dem Unschädlichkeitszeugnis vor allem im Bereich des Wohnungs- und Teileigentums zu, wie der Blick auf Art. 73 Abs. 5 Satz 1 AGBGB belegt. Gemeint ist die Übertragung eines Grundstücksteils, an dem Wohnungs- und Teileigentum besteht, daneben die Umwandlung von Sondereigentum in Gemeinschaftseigentum und umgekehrt.[27] Gleiches gilt für Veränderungen innerhalb einer Wohnungs- oder Teileigentümergemeinschaft, vgl. Art. 73 Abs. 5 Satz 2 AGBGB. Darüber hinaus setzt die Erteilung eines Unschädlichkeitszeugnisses einen Eigentumsumschreibungskontext voraus; erforderlich ist, dass das Eigentum an einem Grundstücksteil übertragen wird, vgl. Art. 72 Abs. 1 Satz 1 AGBGB. Das Unschädlichkeitszeugnis wird in voller Unabhängigkeit von den Voraussetzungen des § 1026 BGB erteilt.[28]

22 *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 739: ohne Pfandfreigabe, ohne Mithaftentlassung.

23 LG Regensburg, Beschluss vom 18.05.1988, 5 T 134/88, Rpfleger 1988, 406.

24 Vgl. *Krägenbring*, Anwendungsbereich und Grenzen von Unschädlichkeitszeugnissen, Vermessung Brandenburg 1/2021, 16, 22.

25 *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 739.

26 LG Regensburg, Beschluss vom 18.05.1988, 5 T 134/88, Rpfleger 1988, 406, 407.

27 *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 741.

28 MünchKomm-BGB/*Mohr*, 9. Aufl. 2023, § 1026 Rdnr. 2.

III. Hinweise zum Verfahrensablauf für die Erteilung einer Bescheinigung für den Vollzug des § 1026 BGB

Nach den notwendigen Abgrenzungen gilt es, den Verfahrensablauf für die Erteilung einer Bescheinigung für den Vollzug des § 1026 BGB näher zu beleuchten. Zu Beginn des Bescheinigungsverfahrens ist die Frage nach der Antragsberechtigung zu klären. Das ist die Frage danach, wer die Erteilung einer Bescheinigung für den Vollzug des § 1026 BGB beim ADBV beantragen kann. In der Bescheinigungspraxis wird diese Frage häufig abschließend mit dem Hinweis auf „Notare, Eigentümer und Erwerber“[29] beantwortet, womit das Feld im Wesentlichen bereits abgesteckt ist. Noch keine Erörterung fand, ob nicht auch die Berechtigten bzw. Gläubiger anderer Grundstücksbelastungen, die im Grundbuch eingetragen sind, einen Antrag stellen können. Dies ist zu bejahen, da diese Berechtigten/Gläubiger aus der Bescheinigung und der Berichtigung des Grundbuchs einen Vorteil ziehen können. Ein berechtigtes Interesse kann insoweit nur bejaht werden. Einigkeit besteht auch darin, dass dem Antrag Unterlagen beizufügen sind, darunter ein aktueller Grundbuchausdruck und eine Kopie der Eintragungsbewilligung des betroffenen Rechts, zu dem die Bescheinigung erteilt werden soll. Darüber hinaus können Liegenschaftskarten eingereicht werden, um das Antragsziel zu illustrieren und der Notwendigkeit einer Antragsaufbereitung nachzukommen. Im Antrag ist bereits plausibel und nachvollziehbar darzulegen, inwiefern ein Dienstbarkeitserlöschen nach § 1026 BGB zu konstatieren ist. Nicht selten besteht in der Praxis bereits die Möglichkeit, den Antrag online zu stellen und die erforderlichen Dokumente hochzuladen. Eine solche Möglichkeit ist zu befürworten; alternativ darf jedoch die schriftliche Antragstellung nicht ausgeschlossen sein. In beiden Fällen sollte den Antragstellern ein Antragsformular zur Verfügung gestellt werden. Dabei ist der Antragsteller darauf hinzuweisen, dass die Erteilung der Bescheinigung gebührenpflichtig ist. Der Antrag muss alle notwendigen Grundstücksangaben enthalten; die Gemarkung, die Flurstücksnummer, das Grundbuchblatt und den Hinweis auf die Eintragung des Rechts im Grundbuch. Zielführend ist überdies der Hinweis darauf, dass die Bescheinigung das Grundbuchamt nicht bindet. Eine Bindungswirkung kann der Bescheinigung nicht beigegeben werden;[30] vielmehr muss das Grundbuchamt eigenständig prüfen, ob die Bescheinigung mit dem Inhalt der Dienstbarkeit vereinbar[31] und eine Grundbuchberichtigung möglich ist. Nützlich sein können weitere Hinweise, etwa der Hinweis, dass Fristen nicht zu beachten sind und ein Rechtsbehelf nicht gegeben ist, da die Bescheinigung für den Vollzug des § 1026 BGB keinen Verwaltungsakt dar-

29 Vgl. beispielsweise die Website des Landesamtes für Geo-Information und Landesvermessung Niedersachsen, Auskünfte & Auszüge, Nichtbetroffenheitsbescheinigung nach § 1026 BGB, Abruf 24.05.2024.

30 OLG Saarbrücken, Beschluss vom 05.02.2019, 5 W 94/18, FGPrax 2019, 167, 168; Grüneberg/*Herrler*, § 1026 Rdnr. 2.

31 OLG Saarbrücken, Beschluss vom 05.02.2019, 5 W 94/18, FGPrax 2019, 167, 168; Grüneberg/*Herrler*, § 1026 Rdnr. 2.

stellt. Allerdings wird nicht selten in der bayerischen Vermessungsverwaltungspraxis auf die weiteren Hinweise (keine Frist, kein Rechtsbehelf) verzichtet, weil hierfür kein Rechtsschutzbedürfnis postuliert wird. Grundbuchamtliche Positionen sind an dieser Stelle nicht tangiert.

IV. Ausschlusshinweise: in welchen Fällen eine Bescheinigung für den Vollzug des § 1026 BGB nicht in Betracht kommen kann

Als verfahrensdienlich erweisen sich Ausschlusshinweise, um der Antragspraxis vorab Informationen an die Hand zu geben und überflüssige Verfahren zu vermeiden. So lautet auch das Ergebnis der engen Abstimmung von bayerischer Grundbuchpraxis und Vermessungsverwaltung. In folgenden Konstellationen kann eine Bescheinigung nicht erteilt werden, da die Voraussetzungen des § 1026 BGB nicht gegeben sind:

- Ist mit einem Leitungsrecht auch das Nebenrecht verbunden, die Leitungen instand zu halten bzw. zu erneuern[32], schließt dies das Recht ein, das dienende Grundstück zum Zwecke der Vornahme der Instandhaltungs- oder Erneuerungsmaßnahmen zu betreten und derartige Maßnahmen vorzunehmen. Ein solches Nebenrecht betrifft das ganze Grundstück,[33] sodass eine Bescheinigung nach § 1026 BGB nicht in Betracht kommen kann.
- Ist mit einem Entsorgungsleitungsrecht auch das Nebenrecht verbunden, das Grundstück zu betreten und jederzeit Aufgrabungen vorzunehmen,[34] kommt ebenfalls eine Bescheinigung nach § 1026 BGB nicht in Betracht,[35] da wiederum das ganze Grundstück betroffen ist.[36]
- Ist mit einem Kanalleitungsrecht das Nebenrecht verbunden, das Grundstück zum Zweck der Vornahme von Arbeiten am Kanal zu betreten und Aufgrabungen vorzunehmen, kommt ebenfalls keine Bescheinigung nach § 1026 BGB in Betracht, da das Nebenrecht das ganze Grundstück betrifft.[37]
- Für Grundpfandrechte kann die Bescheinigung nicht erteilt werden, weil eine Ausübungsbeschränkung nicht gegeben ist. Grundpfandrechte können nicht an realen Teilflächen, sondern nur am ganzen Grundstück oder an Miteigentumsanteilen lasten, § 1114 BGB. Sofern die Rechtsänderung für den Grundpfandrechtsgläubiger unschädlich ist, kann ein Unschädlichkeitszeugnis erteilt werden.
- Für ein Erlöschen, das im Zuge der Realteilung des herrschenden Grundstücks eintritt, kommt die Bescheinigung für den Vollzug des § 1026 BGB nicht in Betracht. Denn die Regelung in § 1026 BGB befasst sich ausschließlich mit den Folgen einer Teilung des dienenden Grundstücks. Soll ein Erlöschen im Gefolge einer Teilung des herrschenden Grundstücks bescheinigt werden, ist die Regelung in § 1025 BGB einschlägig, wofür eine eigenständige Bescheinigung erteilt werden kann. In der Praxis ist insoweit von einer „Nichtbegünstigungsbescheinigung“ bzw. einer „Bescheinigung über das Recht der Nutzung einer Dienstbarkeit nach § 1025 BGB“ die Rede. Überzeugender erscheint die Bezeichnung als „Nichtbegünstigungsbescheinigung nach § 1025 BGB“, für die bayerische Praxis wiederum modifiziert wiederum als „Bescheinigung für den Vollzug des § 1025 BGB“, weil eine Aussage über die Berechtigung nach Teilung des herrschenden Grundstücks getroffen werden soll. Wird das herrschende Grundstück real geteilt, besteht die Dienstbarkeit grundsätzlich für die einzelnen Teile fort, § 1025 Satz 1 BGB. Die Teilung des herrschenden Grundstücks tangiert die Dienstbarkeit grundsätzlich nicht.[38] Gereicht die Dienstbarkeit jedoch nur einem der Teile zum Vorteil, erlischt die Dienstbarkeit für die übrigen Teile, § 1025 Satz 2 BGB. Das Erlöschen tritt mit der Teilung des herrschenden Grundstücks ein,[39] Grund ist der Vorteilswegfall[40] für die betroffenen Teilgrundstücke.

V. Aufbau, Inhalt und Form einer Bescheinigung für den Vollzug des § 1026 BGB

1. Gesetzliche Vorgaben zum Inhalt einer Bescheinigung für den Vollzug des § 1026 BGB

Nach den notwendigen Abgrenzungen und der Erörterung der Ausschlusstatbestände kann der Blick auf den Aufbau, den Inhalt und die Form einer Bescheinigung für den Vollzug des § 1026 BGB gerichtet werden. Den Inhalt der Bescheinigung gibt bereits § 1026 BGB vor. Dargestellt werden muss, dass infolge der Realteilung des dienenden Grundstücks die Grundstücksteile, die außerhalb des Ausübungsbereichs der Dienstbarkeit liegen, von der Dienstbarkeit frei geworden sind, § 1026 BGB. Nach realer Teilung des dienenden Grundstücks besteht die Dienstbarkeit als Gesamt-

32 Vgl. die Konstellation im Fall des OLG Saarbrücken, Beschluss vom 11.03.2019, 5 W 9/19, BeckRS 2019, 13584.

33 OLG Saarbrücken, Beschluss vom 11.03.2019, 5 W 9/19, BeckRS 2019, 13584; OLG München, Beschluss vom 30.10.2009, 34 Wx 104/09, NJW-RR 2010, 1025.

34 Vgl. die Konstellation im Fall des OLG Düsseldorf, Beschluss vom 30.04.2020, I-3 Wx 191/19, FGPrax 2020, 203.

35 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 30.04.2020, I-3 Wx 191/19, FGPrax 2020, 203, 204.

36 Vgl. *Opitz*, Rpfleger 2000, 367, 369.

37 OLG München, Beschluss vom 30.10.2009, 34 Wx 104/09, NJW-RR 2010, 1025, 1026; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 285 Fn. 1028; zum Nebenrecht, das ein Erlöschen nach § 1026 BGB verhindert, vgl. *Opitz*, Rpfleger 2000, 367, 369.

38 MünchKomm-BGB/*Mohr*, § 1025 Rdnr. 5.

39 NK-BGB/*Otto*, 5. Aufl. 2022, § 1025 Rdnr. 13.

40 Zum Vorteilswegfall vgl. NK- BGB/*Otto*, § 1025 Rdnr. 12.

belastung an den Teilgrundstücken fort[41] und ist auf die Teilgrundstücke zu übertragen.[42] Grundsätzlich lässt die Teilung des dienenden Grundstücks den Bestand, den Inhalt und den Umfang der Dienstbarkeit unberührt.[43] Als Realteilung ist auch die Aufteilung in Wohnungs- und Teileigentum[44] anzusehen, nicht dagegen eine bloß ideelle Teilung durch Bildung von Bruchteilseigentum. Eine Ausnahme[45] gilt für den Fall, dass die Dienstbarkeit auf einen bestimmten Teil des belasteten Grundstücks beschränkt ist. Wird das belastete Grundstück geteilt, so werden, wenn die Ausübung der Dienstbarkeit auf einen bestimmten Teil des belasteten Grundstücks beschränkt ist, die Teile, die außerhalb der Ausübung liegen, von der Dienstbarkeit frei, § 1026 BGB. Die räumliche Ausübungsbeschränkung der Dienstbarkeit muss feststehen,[46] um ein Erlöschen der Dienstbarkeit nach § 1026 BGB feststellen zu können. Prämisse ist, dass der Berechtigte bei der Ausübung der Dienstbarkeit rechtlich und nicht nur tatsächlich dauerhaft an der Ausübung der Dienstbarkeit auf dem betreffenden Teil gehindert ist.[47] Dabei kann sich die räumliche Ausübungsbeschränkung im Sinne von § 1026 BGB unmittelbar aus der Art der Dienstbarkeit,[48] dem Rechtsinhalt der Dienstbarkeit,[49] aus einer rechtsgeschäftlich vereinbarten Ausübungsregelung[50] oder aus einer endgültigen Festlegung des Ausübungsbereichs durch tatsächliches Handeln des Berechtigten ergeben.[51] Die räumliche Ausübungsbeschränkung kann in einem Plan oder in einer klaren Wortbeschreibung[52] festgehalten sein. An den Nachweis sind strenge Anforderungen[53] zu stellen, sodass der Antragsteller alle Möglichkeiten auszuräumen hat, die der Richtigkeit der Löschung entgegenstehen könnten.[54] Erforderlich ist eine gewissenhafte Aufbereitung der Thematik. Ein gewisser Grad von Wahrscheinlichkeit genügt nicht,[55] da anderenfalls die Dienstbarkeitsberechtigten geschädigt[56] werden können. Der volle Nachweis muss erbracht werden.[57] Die Dienstbarkeit erlischt an den Teilen, die außerhalb[58] des Ausübungsbereichs liegen.

2. Welche dinglichen Rechte unterfallen dem Anwendungsbereich der Bescheinigung für den Vollzug des § 1026 BGB?

Die Regelung in § 1026 gilt nicht nur für Grunddienstbarkeiten[59], beschränkte persönliche Dienstbarkeiten,[60] Nießbrauchsrechte, die an realen Teilflächen eines Grundstücks begründet wurden,[61] sowie für Vorkaufsrechte, die am ganzen Grundstückeingetragen, aber nur an einer Teilfläche ausgeübt werden können,[62] sondern auch für altrechtliche Grunddienstbarkeiten im Sinne von Art. 184

41 BGH, Urteil vom 03.05.2002, V ZR 17/01, DNotZ 2002, 721, 724; BayObLG, Beschluss vom 12.11.1954, BReg. 2 Z 125/54, BayObLGZ 1954, 286, 290; OLG Saarbrücken, Beschluss vom 05.02.2019, 5 W 94/18, FGPrax 2019, 167; Grüneberg/*Herrler*, § 1026 Rdnr. 1; MünchKomm-BGB/*Mohr*, § 1026 Rdnr. 1; Heinemann/*Koller*, Kölner Formularbuch Grundstücksrecht, Kap. 4 Rdnr. 188.

42 BayObLG, Beschluss vom 12.11.1954, BReg. 2 Z 125/54, BayObLGZ 1954, 286, 290.

43 OLG Saarbrücken, Beschluss vom 05.02.2019, 5 W 94/18, FGPrax 2019, 167.

44 NK-BGB/*Otto*, § 1026 Rdnr. 6.

45 BayObLG, Beschluss vom 12.11.1954, BReg. 2 Z 125/54, BayObLGZ 1954, 286, 290.

46 BayObLG, Beschluss vom 12.11.1954, BReg. 2 Z 125/54, BayObLGZ 1954, 286, 291; OLG München, Beschluss vom 16.04.2012, 34 Wx 42/12, BeckRS 2012, 14116.

47 BayObLG, Beschluss vom 17.01.1985, BReg. 2 Z 132/84, BayObLGZ 1985, 31, 34; ebenso BGH, Urteil vom 03.05.2002, V ZR 17/01, DNotZ 2002, 721, 724; OLG Saarbrücken, Beschluss vom 11.03.2019, 5 W 9/19, BeckRS 2019, 13584.

48 *Opitz*, Rpfleger 2000, 367, 369.

49 BGH, Urteil vom 03.05.2002, V ZR 17/01, DNotZ 2002, 721, 724.

50 BGH, Urteil vom 03.05.2002, V ZR 17/01, DNotZ 2002, 721, 724; OLG München, Beschluss vom 16.04.2012, 34 Wx 42/12, BeckRS 2012, 14116; OLG München, Beschluss vom 11.04.2014, 34 Wx 86/14, NJOZ 2014, 1058, 1059; *Opitz*, Rpfleger 2000, 367, 369.

51 BayObLG, Beschluss vom 17.01.1985, BReg. 2 Z 132/84, BayObLGZ 1985, 31, 34; BGH, Urteil vom 03.05.2002, V ZR 17/01, DNotZ 2002, 721, 724; OLG München, Beschluss vom 11.04.2014, 34 Wx 86/14, NJOZ 2014, 1058, 1059; OLG Saarbrücken, Beschluss vom 11.03.2019, 5 W 9/19, BeckRS 2019, 13584.

52 OLG München, Beschluss vom 16.04.2012, 34 Wx 42/12, BeckRS 2012, 14116.

53 BGH, Beschluss vom 21.01.2016, V ZB 43/15, NJW 2016, 3242, 3243; OLG München, Beschluss vom 25.11.2013, 34 Wx 61/13, NJOZ 2014, 606; Beschluss vom 14.01.2015, 34 Wx 446/14, NJOZ 2015, 327, 328; OLG Saarbrücken, Beschluss vom 11.03.2019, 5 W 9/19, BeckRS 2019, 13584; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 30.04.2020, I-3 Wx 191/19, FGPrax 2020, 203; MünchKomm-BGB/*Mohr*, § 1026 Rdnr. 3; Grüneberg/*Herrler*, § 1026 Rdnr. 2; *Opitz*, Rpfleger 2000, 367, 368.

54 OLG Saarbrücken, Beschluss vom 11.03.2019, 5 W 9/19, BeckRS 2019, 13584; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 30.04.2020, I-3 Wx 191/19, FGPrax 2020, 203; NK-BGB/*Otto*, § 1026 Rdnr. 14; *Opitz*, Rpfleger 2000, 367, 369.

55 BGH, Beschluss vom 21.01.2016, V ZB 43/15, NJW 2016, 3242, 3243; OLG München, Beschluss vom 25.11.2013, 34 Wx 61/13, NJOZ 2014, 606, 607; OLG Saarbrücken, Beschluss vom 11.03.2019, 5 W 9/19, BeckRS 2019, 13584.

56 OLG München, Beschluss vom 25.11.2013, 34 Wx 61/13, NJOZ 2014, 606, 607.

57 *Opitz*, Rpfleger 2000, 367, 369.

58 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 30.04.2020, I-3 Wx 191/19, FGPrax 2020, 203; MünchKomm-BGB/*Mohr*, § 1026 Rdnr. 3; Grüneberg/*Herrler*, § 1026 Rdnr. 2.

59 OLG München, Beschluss vom 11.04.2014, 34 Wx 86/14, NJOZ 2014, 1058.

60 OLG München, Beschluss vom 11.01.2016, 34 Wx 317/15, NJOZ 2017, 397.

61 Zur Zulässigkeit eines Nießbrauchs, der an einer realen Teilfläche begründet wird, vgl. Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 1365; *Opitz*, Rpfleger 2000, 367, 371.

62 Zur Zulässigkeit eines solchen Vorkaufsrechts vgl. *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 1400; *Opitz*, Rpfleger 2000, 367, 371; Heinemann/*Koller*, Kölner Formularbuch Grundstücksrecht, Kap. 4 Rdnr. 346.

Satz 2 EGBGB.[63] Darüber hinaus gilt die Regelung für eine Auflassungsvormerkung, die sich auf eine Teilfläche bezieht. Auch insoweit geht die obergerichtliche Rechtsprechung[64] davon aus, dass der Nachweis, dass die abzuschreibende Teilfläche von der Auflassungsvormerkung nicht betroffen ist, durch eine Bescheinigung des ADBV[65] geführt werden kann.[66] In der Praxis tritt eine vormerkungsbezogene Bescheinigung allerdings kaum in Erscheinung. Die Begründung hierfür ist in der Gestaltung des Teilflächenkaufvertrags zu sehen. Regelmäßig ist dort bereits die Freigabe der nicht verkauften Teilfläche enthalten; eine Bescheinigung ist dann nicht mehr notwendig, schließlich kann der Vollzug der Freigabeerklärung beantragt werden. Im Vordergrund steht das Interesse des Verkäufers daran, die Auflassungsvormerkung mit Vorliegen des Fortführungsnachweises unproblematisch an der nicht verkauften Restfläche löschen zu können. Diesem Bedürfnis kommt die notarielle Praxis durch die Implementierung einer Freigabeerklärung entgegen. Die Notwendigkeit einer Bescheinigung für den Vollzug besteht dann nicht mehr.

3. Aussagegehalt einer Bescheinigung für den Vollzug des § 1026 BGB

a) Vorbehaltslos, zweifelsfrei und ohne jegliche Einschränkung

Liegen die Voraussetzungen des § 1026 BGB vor, ist dies vorbehaltslos, zweifelsfrei und ohne jegliche Einschränkung in der Bescheinigung für den Vollzug des § 1026 BGB darzustellen. Vorhalte, Zweifel und Einschränkungen nehmen der Bescheinigung die Wirkung und machen sie untauglich für die Verwendung im Grundbuchverfahren. Negativbeispiel ist etwa die Formulierung, die Dienstbarkeit „dürfte damit erloschen sein“. Entsprechende Einschränkungen vertragen sich nicht mit dem Wesensgehalt des § 1026 BGB, der vom Erlöschen der Dienstbarkeit an der Teilfläche ausgeht, und zwar ohne Weiteres, kraft Gesetzes.[67] Das Grundbuch ist unrichtig.[68] Die Aussage, es bestünden „keine Bedenken gegen die pfandfreie Abschreibung des Flurstücks (...) bezüglich des vorgenannten Rechts“, findet zwar weitgehend Anerkennung. Teile der Grundbuchpraxis vermissen jedoch eine Deckungsgleichheit mit der Aussage des § 1026 BGB. Nach dieser Lesart ist eine solche Aussage unterhalb des Regelungsbereichs des § 1026 BGB anzusiedeln; die Nichtbetroffenheit ergibt sich nicht explizit aus der Bescheinigung. Um die Bescheinigung für den Vollzug des § 1026 BGB auf eine zweifels- und vorbehaltslose Grundlage zu stellen, ist eine solche Formulierung zu vermeiden und zur Aussage des § 1026 BGB zurückzukehren.

b) Keine Anleihe an § 1025 BGB

Im Rahmen einer Bescheinigung für den Vollzug des § 1026 BGB kann auch nicht mit den Formulierungen gearbeitet werden, die der Bescheinigung nach § 1025 Satz 2 BGB vorbehalten sind. Das sind die Formulierungen, wonach die Dienstbarkeit „im Bereich des Flurstücks (...) Gemarkung (...) nicht mehr ausgeübt werden kann“ bzw. „dass das Recht nicht mehr ausgeübt werden kann und daher für das berechtigte Grundstück keinen Vorteil mehr darstellt“. Dass die Dienstbarkeit früher im fraglichen Bereich ausgeübt werden konnte, aktuell jedoch nicht mehr, ist die Assoziation, die sich mit dieser Formulierung verbindet, die mit dem Regelungsgehalt des § 1026 BGB kontrastiert. Nach § 1026 BGB werden die Grundstücksteile, die völlig[69] außerhalb des Ausübungsbereichs der Dienstbarkeit liegen, von der Dienstbarkeit frei. Der Ausübungsbereich der Dienstbarkeit bezog sich demnach zu keinem Zeitpunkt auf die fragliche Fläche, die Dienstbarkeit konnte dort zu keinem Zeitpunkt ausgeübt werden. Im Rahmen einer Bescheinigung für den Vollzug des § 1026 BGB können daher die erwähnten Formulierungen keine Verwendung finden. Vielmehr bilden sie den Gegenstand einer anderen Bescheinigung, und zwar einer Bescheinigung für den Vollzug des § 1025 BGB, die der Teilung des herrschenden Grundstücks nachgeht. Während die Regelung in § 1026 BGB sich ausschließlich mit den Folgen einer Realteilung des dienenden Grundstücks befasst, regelt § 1025 BGB die andere Seite der Dienstbarkeit, die herrschende Seite, die Realteilung des herrschenden Grundstücks. Soll ein Erlöschen im Gefolge einer Realteilung des herrschenden Grundstücks bescheinigt werden, ist die Regelung in § 1025 BGB einschlägig, für die eine eigenständige Bescheinigung erteilt werden muss, die Bescheinigung für den Vollzug des § 1025 BGB. Wird das herrschende Grundstück geteilt, besteht die Dienstbarkeit grundsätzlich für die einzelnen Teile fort, § 1025 Satz 1 BGB, und zwar in Form einer Gesamtdienstbarkeit analog §§ 428, 432 BGB.[70] Die Realteilung des herrschenden Grundstücks tangiert die Dienstbarkeit grundsätzlich nicht.[71] Gereicht die Dienstbarkeit jedoch nur einem der Teile zum Vorteil, erlischt die Dienstbarkeit für die übrigen Teile, § 1025 Satz 2 BGB. Das Erlöschen tritt mit der Teilung des herrschenden Grundstücks ein,[72] Grund ist der Vorteilswegfall[73] für die betroffenen Teilgrundstücke.

63 BayObLG, Beschluss vom 07.04.1988, BReg 2 Z 60/87, DNotZ 1989, 164; MünchKomm-BGB/*Mohr*, § 1026 Rdnr. 2; NK-BGB/*Otto*, § 1026 Rdnr. 2.

64 BayObLG, Beschluss vom 17.06.1999, 2 Z BR 64/99, BayObLGZ 1999, 174; *Opitz*, Rpfleger 2000, 367, 371.

65 Historisch: Vermessungsamt, zur Terminologie vgl. auch Fußnote 1.

66 BayObLG, Beschluss vom 17.06.1999, 2 Z BR 64/99, BayObLGZ 1999, 174.

67 Zum Erlöschen kraft Gesetzes vgl. Staudinger/*Weber*, § 1026 Rdnr. 10.

68 Staudinger/*Weber*, § 1026 Rdnr. 10.

69 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 30.04.2020, I-3 Wx 191/19, FGPrax 2020, 203; Grüneberg/*Herrler*, § 1026 Rdnr. 2.

70 Zum strittigen Berechtigungsverhältnis Staudinger/*Weber*, § 1025 Rdnr. 5, eine andere Meinung geht von einem Berechtigungsverhältnis nach §§ 741 ff. BGB aus.

71 MünchKomm-BGB/*Mohr*, § 1025 Rdnr. 5; Staudinger/*Weber*, § 1025 Rdnr. 2.

72 NK-BGB/*Otto*, § 1025 Rdnr. 13.

73 Zum Vorteilswegfall vgl. NK-BGB/*Otto*, § 1025 Rdnr. 12.

c) Keine Anleihen an Gegenstandslosigkeit

Zu vermeiden sind ferner Formulierungen, die sich auf eine „Gegenstandslosigkeit" bzw. die Löschung gegenstandsloser Eintragungen beziehen, womit ein anderes Verfahren tangiert ist, das Amtsverfahren zur Löschung gegenstandsloser Eintragungen nach §§ 84 bis 89 GBO, das nicht vom ADBV[74], sondern vom Grundbuchamt durchgeführt wird, und zwar ohne Beteiligung des ADBV. Ob eine Eintragung gegenstandslos ist, richtet sich nicht nach den §§ 1026, 1025 BGB, sondern nach § 84 Abs. 2 GBO. Gelöscht wird aufgrund eines rechtskräftigen Feststellungsbeschlusses des Grundbuchamtes, § 87 lit. c GBO, nicht aufgrund einer Bescheinigung der Vermessungsverwaltung. Beide Verfahren sind strikt voneinander zu trennen, Formulierungen, die eine Gegenstandslosigkeit thematisieren, können keinen Eingang in die Bescheinigung für den Vollzug des § 1026 BGB finden.

4. Gesetzliche Formvorgaben für die Bescheinigung für den Vollzug des § 1026 BGB, § 29 Abs. 3 GBO

Nach § 29 Abs. 3 Satz 1 GBO sind Erklärungen einer Behörde, aufgrund deren eine Eintragung vorgenommen werden soll, zu unterschreiben und mit Siegel oder Stempel zu versehen. Dementsprechend muss die Bescheinigung für den Vollzug des § 1026 BGB mit Unterschrift und Siegel oder Stempel des ADBV versehen sein, § 29 Abs. 3 GBO.[75] Anstelle der Siegelung kann maschinell ein Abdruck des Dienstsiegels eingedruckt oder aufgedruckt werden, § 29 Abs. 3 Satz 2 GBO. Um im Grundbuchverfahren Verwendung finden zu können, sind ferner die Gemarkung, die Blattstelle, die Flurstücksnummer und die relevante Dienstbarkeit darzustellen.

5. Verfahrensopportuner Aufbau einer Bescheinigung für den Vollzug des § 1026 BGB

Den Aufbau einer Bescheinigung für den Vollzug des § 1026 BGB regelt das Gesetz nicht, weshalb in der Praxis verschiedenartige Muster kursieren. Dies entbindet jedoch nicht von der Überlegung, welcher Aufbau verfahrensopportun ist, um zum Best-Practice-Ziel zu gelangen.

Um die Transparenz, den Sinngehalt und die Aussagekraft der Bescheinigung für den Vollzug des § 1026 BGB zu erhöhen, könnte folgender Aufbau gewählt werden:

- Überschrift: Bescheinigung für den Vollzug des § 1026 BGB
- Bescheinigungsausspruch:
  „Es wird bescheinigt, dass das Flurstück (...) von der Dienstbarkeit (...) nicht betroffen ist. (...)"
  oder
  „Es wird bescheinigt, dass das Flurstück (...) völlig außerhalb des Ausübungsbereichs der Dienstbarkeit (...) liegt"
  oder
  „Es wird bescheinigt, dass das Flurstück (...) nicht der Rechtsausübung der Dienstbarkeit (...) unterliegt"
  oder eine gleichbedeutende Formulierung
- Sachverhalt samt Würdigung (Belastungssituation im Grundbuch, Grundbuch mit Gemarkung und Blattstelle, die fragliche Dienstbarkeit, Flurstückshistorie, Einsichtnahme in FN, Flurkarten, Eintragungsbewilligung und Grundbuch, Prüfung durch das ADBV)
- Hinweis auf die rechtliche Würdigung durch das Grundbuchamt. Die Bescheinigung greift der grundbuchamtlichen Entscheidung nicht vor, sondern übernimmt eine dienende, zugleich aber maßgebliche Rolle für den Vollzug der lastenfreien Abschreibung nach § 1026 BGB. Ein Hinweis ist deshalb sinnvoll und schützt vor Überraschungen.
- Ort, Datum, Unterschrift und Siegel
- ggf. Anlagen (Kopien von notariellen Urkunden, Karten, Fortführungsnachweisen oder sonstigen Unterlagen, aktueller Auszug aus dem Liegenschaftskataster)

Die Praxis der bayerischen Vermessungsverwaltung tendiert zu einem anderen Aufbau der Bescheinigung für den Vollzug des § 1026 BGB. Die Reihenfolge der geschilderten Punkte wird umgedreht und folgender Alternativaufbau gewählt:

- Überschrift: Bescheinigung für den Vollzug des § 1026 BGB
- Sachverhalt samt Würdigung (Belastungssituation im Grundbuch, Grundbuch mit Gemarkung und Blattstelle, die fragliche Dienstbarkeit, Flurstückshistorie, Einsichtnahme in FN, Flurkarten, Eintragungsbewilligung und Grundbuch, Prüfung durch das ADBV)[76]
- Bescheinigungsausspruch:
  „Es wird bescheinigt, dass das Flurstück (...) von der Dienstbarkeit (...) nicht betroffen ist. (...)"
  oder
  „Es wird bescheinigt, dass das Flurstück (...) völlig außerhalb des Ausübungsbereichs der Dienstbarkeit (...) liegt."
  oder
  „Es wird bescheinigt, dass das Flurstück (...) nicht der Rechtsausübung der Dienstbarkeit (...) unterliegt"
  oder eine gleichbedeutende Formulierung
- Hinweis auf die rechtliche Würdigung durch das Grundbuchamt. Die Bescheinigung greift der grundbuchamtlichen Entscheidung nicht vor, sondern übernimmt eine dienende, zugleich aber maßgebliche Rolle für den Vollzug der lastenfreien Abschreibung nach § 1026 BGB. Ein Hinweis ist deshalb sinnvoll und schützt vor Überraschungen.

74 Historisch: Vermessungsamt; zur Terminologie vgl. Fn. 1.

75 Vgl. auch Grüneberg/*Herrler*, § 1026 Rdnr. 2.

76 Historisch: Vermessungsamt, zur Terminologie vgl. Fn. 1.

- Ort, Datum, Unterschrift und Siegel
- ggf. Anlagen (Kopien von notariellen Urkunden, Karten, Fortführungsnachweisen oder sonstigen Unterlagen, aktueller Auszug aus dem Liegenschaftskataster)

6. Rechtsfolgen einer unzulässigen Abschreibung nach § 1026 BGB bzw. einer unzulässigen Löschung nach § 1025 Satz 2 BGB, Eintragung eines Amtswiderspruchs nach § 53 Abs. 1 Satz 1 GBO

Wird eine Dienstbarkeit nach Teilung des dienenden Grundstücks an einem Teil gelöscht, obwohl sich der Ausübungsbereich der Dienstbarkeit auch auf den Teil erstreckt, ist zugunsten des Dienstbarkeitsberechtigten ein Amtswiderspruch nach § 53 Abs. 1 Satz 1 GBO im Grundbuch einzutragen.[77] Damit soll der Gefahr eines gutgläubigen lastenfreien Erwerbs nach § 892 BGB entgegengewirkt werden.[78] Gleiches muss für eine unzulässige Löschung nach § 1025 Satz 2 BGB gelten, auch insoweit ist ein Amtswiderspruch nach § 53 Abs. 1 Satz 1 GBO im Grundbuch einzutragen.

77 OLG München, Beschluss vom 14.01.2015, 34 Wx 446/14, NJOZ 2015, 327; Staudinger/*Weber*, § 1026 Rdnr. 12.

78 *Opitz*, Rpfleger 2000, 367, 370.

BUCHBESPRECHUNGEN

Alexander Hohm:

Konzeptvergabe zur nachhaltigen Wohnraumversorgung. Verteilungsverfahren, Realisierung, Rechtsschutz

Mohr Siebeck, 2024 (zugl. Diss., Ludwig-Maximilians-Universität München, 2023). 392 S., 94 €

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

Die bei Professor Dr. *Martin Burgi* entstandene Doktorarbeit behandelt die Konzeptvergabe, d. h. die Vergabe kommunaler Grundstücke nicht nach einem Höchstgebot, sondern als Instrument des Städtebaus beschränkt auf die Schaffung von Wohnraum. Diese Vergabeform steht in Widerspruch zu einem rein preisorientierten Grundstücksmarkt und soll zur Schaffung einer lebendigen, sozial gerechten und funktional gemischten Stadt beitragen. Die verfolgten Ziele reichen von wohnungspolitischen Vorstellungen über die Städtebau- und Quartiersqualität bis hin zur Funktion und Architektur, Ökologie, Energie und Verkehr.

Für die notarielle Tätigkeit ist die rechtliche Beurteilung städtebaulicher Kaufvertragsabreden und Gestaltungen in Erbbaurechtsverträgen von besonderem Interesse. Die diesbezüglichen Fragen werden im abschließenden Kapitel behandelt. Die Arbeit beginnt mit den unions- und verfassungsrechtlichen Grundlagen der Wohnraumbeschaffung (einschließlich der Art. 116 Abs. 1 und 2, 125 und 161 BayVerf) sowie der Charakterisierung und der Wesensmerkmale der Konzeptvergabe. Dabei wird deutlich, dass sich die Konzeptvergabe bisher auf größere Städte (zum Beispiel Berlin, Hamburg, München, Tübingen, Landau in der Pfalz) beschränkt. Neben der Grundstücksveräußerung betrifft sie zunehmend auch die Bestellung von Erbbaurechten, von denen zur Wohnraumversorgung künftig durch Gemeinden verstärkt Gebrauch gemacht werden wird. Das Konzeptvergabeverfahren beginnt regelmäßig mit der Aufstellung von Vergabekriterien, wobei bereits in dieser Phase die vertragliche Sicherung der Konzeptinhalte durch Konzeptrealisierungsgebote, Baugebote und Nutzungs- bzw. Selbstnutzungsgebote sowie durch Verbote eine Rolle spielt. Der Verfasser ordnet die Konzeptvergabe als Verteilungsverfahren, gestreckten Veräußerungsvorgang und Grundstückserwerbsmodell in die städtebauliche Vertragspraxis ein. Damit kann auch das Vergaberecht betroffen sein. Die diesbezüglichen Ausführungen zu der immer noch nicht endgültig geklärten Abgrenzung der bloßen Ausübung städtebaulicher Regelungskompetenzen von dem unmittelbaren wirtschaftlichen Interesse der Gemeinden sind nahezu spannend zu lesen. Für die notarielle Praxis bedeutsam ist der Hinweis des Verfassers, dass Vertragsstrafen als klagbare mittelbare Baupflichten genügen. Auch die Berechnung des Schwellenwerts bei eingekapselten Bauaufträgen wird detailliert behandelt. Da beim Grundstücksmodell der Kaufpreis jedenfalls nur eine untergeordnete Rolle spielt, kann es zudem beihilferechtlich relevant werden. Die Konzeptvergabe stellt im Sinne der Beihilfenbekanntmachung kein bedingungsfreies Ausschreibungsverfahren dar. Die Einhaltung der Marktkonformität muss deshalb mittels eines Wertgutachtens erfolgen. Der Umstand, dass die Veräußerung an ein nicht gewinnorientiertes, möglicherweise sogar gemeinnütziges Wohnungsunternehmen erfolgt, schließt eine unternehmerische Tätigkeit im Sinne des Beihilferechts nicht aus.

Die Anforderungen an die Vergabekriterien betreffen die Rechtfertigung von Diskriminierungen und Beschränkungen, wobei der Erhaltung der Bevölkerungsstruktur insoweit kein besonders hoher Rang zukommt, und die Sachgerechtigkeit. Bau- und nutzungsbezogene Vergabekriterien, zu denen auch ein möglichst geringer Flächenverbrauch, die Herstellung bezahlbaren Wohnraums sowie die Selbstnutzung gehören, müssen lediglich transparent und verhältnismäßig sein; insofern gilt ein „großzügiger Maßstab“. Problematischer sind dagegen bewerberbezogene Vergabekriterien, wie zum Beispiel die Bildung selbstgenutzten Wohneigentums (zulässig bei verbleibenden Chancen zum Grundstückserwerb am regulären Grundstücksmarkt), Einheimischenkriterien (unzulässige protektionistische Tendenz), die Familien- und Kinderförderung (verfassungsrechtlicher Förderungsauftrag), die Inklusionsförderung (erlaubt) und die Förderung genossenschaftlicher Organisationen (Angemessenheitsprüfung und keine Beschränkung auf deutsche eingetragene Genossenschaften). Die Forderung eines Finanzierungsnachweises ist im Hinblick auf das Realisierungsanliegen stets gerechtfertigt. Die Gemeinden müssen ferner ein Programm hinsichtlich der Bewertungsmethoden aufstellen, wobei sich der Verfasser bei qualitativen Kriterien für einen weiten Subsumtionsspielraum der Gemeinde ausspricht, und die Entscheidungsbekanntgabe regeln, und zwar auch im Hinblick auf den abschließend behandelten Rechtsschutz des unterlegenen Bewerbers.

In die „Realisierungsphase“ sind die Notarinnen und Notare eingebunden, nämlich bei der Beurkundung des zivilrechtlichen Kauf- oder Erbbaurechtsvertrags des Städtebaurechts. Neben die „klassischen kaufvertraglichen“ Abreden treten die „Nebenabreden zur Sicherung der kommunalen Zielverwirklichung“. Nach der Meinung des Verfassers sollen die Anliegen der Gemeinde aber nicht durch Primärverpflichtungen abgesichert werden, sondern durch Konzeptrealisierungs-, Bau- und (Selbst-)Nutzungsgebote. Damit soll vor allem die Anwendbarkeit des GWB-Vergaberechts vermieden werden. Der Bezug des Angemessenheitsgebots auf die wirtschaftliche Abwägung der von der Gemein-

de und der ihrem Vertragspartner jeweils zu erbringenden Leistung wird zu Recht kritisiert. Hauptsächlich geht es nämlich darum, dass die Belastung des Vertragspartners der Gemeinde nicht über das hinausgehen darf, was zur Zweckerreichung nötig ist. Hierbei kommt der Ausübungskontrolle – auch nach der jüngsten Rechtsprechung des BGH[1] – eine wesentliche Funktion zu. Eventuell hätte man in diesem Zusammenhang noch einen detaillierten Vergleich mit dem vorhabenbezogenen Bebauungsplan (§ 12 BauGB) vornehmen können. Der Verfasser stellt die Rechtsprechung zu den oben genannte Geboten lückenlos dar und geht dann auf die Gestaltungsdirektiven für die Sanktionierung ein, wobei die „Rückholung des Grundstücks" beim Kaufmodell im Vordergrund steht. Sinn gibt sie aber eigentlich nur bei einem unterlassenen Baubeginn, da andernfalls die Gemeinde ggf. eine Bauruine verwerten muss. Dies zeigt auch der Vergleich mit dem Erbbaurecht, das der Verfasser im Anschluss an die Baulandkommission verstärkt zur Schaffung bezahlbaren Wohnraums empfiehlt. Der Heimfall bei Verstößen gegen die Regelungen des Erbbaurechtsvertrags liegt – auch wegen der Verpflichtung zur Übernahme und der damit verbundenen persönlichen Haftung für die Belastungen gemäß § 33 Abs. 2 ErbbauRG – häufig nicht im Interesse der Gemeinde; meist geht es ihr um die Durchsetzung der als Inhalt des Erbbaurechts vereinbarten Bauerrichtungs- und Verwendungspflichten, bei denen es sich um durchsetzbare Pflichten handelt.[2] Ob es sich im städtebaulichen Kaufvertrag um keine Primärpflichten handelt ist durchaus fraglich; der BGH hat dies jedenfalls in seinem Urteil vom 16.04.2010[3] nämlich nur auf die Selbstnutzungsverpflichtung („einen Auszug aus ihrem Haus zu unterlassen") bezogen. Die Überlegungen der Arbeit bieten insoweit einen Ansatz für eine Untersuchung dieser Problematik, die über die Konzeptvergabe hinaus geht.

Der Verfasser wollte mit seiner Untersuchung einen „rechtswissenschaftlichen Wegweiser" (S. 16) vorlegen; dies ist ihm hervorragend gelungen. Die Arbeit bietet auch für den Praktiker eine solide wissenschaftliche Basis für die Vertragsgestaltung im Rahmen der Konzeptvergabe. Die Lektüre des Buches ist aber nicht nur lehrreich, sondern macht zudem Spaß.

1 Urteil vom 19.01.2024, V ZR 191/22, DNotZ 2024, 263 Rdnr. 26

2 Vgl. zur Möglichkeit der notariellen Zwangsvollstreckungsunterwerfung hinsichtlich der Baupflicht nur *Winkler/Schlögel*, Erbbaurecht, 7. Aufl. 2021, § 6 Rdnr. 250.

3 V ZR 175/09, MittBayNot 2010, 501, 502.

Hans Gummert/Carsten Schäfer (Hrsg.):

Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 2. Kommanditgesellschaft, GmbH & Co. KG, Publikums-KG, Stille Gesellschaft.

6. Aufl., C. H. Beck, 2024. 2334 S., 239 €

Von Notar Dr. **Jörg Munzig**, Neu-Ulm

Band 2 der dieses Jahr erschienenen sechsten Auflage aus der renommierten „blauen Reihe" des Münchener Handbuchs des Gesellschaftsrechts befasst sich mit allen rechtlichen Aspekten der Kommanditgesellschaft und mit ihren in der Rechtspraxis besonders wichtigen Unterarten der GmbH & Co. KG und der Publikums-KG sowie der Stillen Gesellschaft. Die Neuauflage berücksichtigt umfänglich das zum 01.01.2024 in Kraft getretene MoPeG.

Im ersten Teil des Bands bearbeiten über 20 Autoren auf rund 1180 Seiten zivil-, gesellschafts-, steuer- und registerrechtliche Aspekte der „klassischen Kommanditgesellschaft". Die Darstellung beginnt (§§ 1-6) mit der Bedeutung und Entstehung der Kommanditgesellschaft samt ihrer registerrechtlichen Behandlung, öffentlichrechtlichen Anzeige- und Genehmigungsvorbehalten und kartellrechtlichen Grenzen und sie endet mit der Auflösung, Liquidation und Insolvenz im achten Kapitel. Dazwischen erfährt der Leser „alles" über die Geschäftsführung und Vertretung der Kommanditgesellschaft samt möglicher Beiratskonstruktionen (§§ 7-11), über allgemeine (§§ 12-16) und vermögensbezogene (§§ 17-27a) Rechte und Pflichten der Gesellschafter im Verhältnis zueinander und (§ 28-33) zu Dritten, den Gesellschafterwechsel (§§ 34-39) und schließlich über die erb-, gesellschafts- und steuerrechtlichen Folgen des Todes eines Gesellschafters (§§ 40-44), immer auch unter Berücksichtigung der mit dem MoPeG einhergehenden Neuerungen.

Der zweite Teil des Buchs behandelt auf rund 510 Seiten die rechtlichen Strukturen der GmbH & Co. KG (§§ 49-51), ihrer Geschäftsführung, Vertretung und dem obligatorischen Aufsichtsrat in der mitbestimmungspflichten GmbH & Co. KG (§§ 52 und 53), sowie die Kapitalaufbringung und -erhaltung (§ 54) und die Insolvenz der GmbH & Co. KG (§ 55). Das Steuerrecht der GmbH & Co. KG nimmt auch in diesem Teil in den §§ 56 bis 60 breiten Raum ein.

Die rechtlichen Strukturen der Publikums-KG, ihre Abgrenzung zur „normalen" KG, die Verantwortlichkeit von Initiatoren, Gründern und Vermittlern und steuerliche Hinweise

stecken in den §§ 61 bis 71 des dritten Teils auf rund 230 Seiten den Rahmen der Publikums-KG ab.

Der vierte Teil des Bands ist mit rund 325 Seiten der Stillen Gesellschaft gewidmet. Mit dem ersten Kapital über Begriff und Bedeutung der Stillen Gesellschaft werden insbesondere ihre Errichtung (§ 76) und Gründungsbesteuerung (§ 79) dargestellt. Das zweite Kapitel ist den Verwaltungs- sowie Vermögensrechten und -pflichten der Gesellschafter samt der Ertrags- und Vermögensbesteuerung der Stillen Gesellschaft und ihren Gesellschaftern gewidmet (§§ 80-90). Im dritten Kapitel geht es um die zivil-, gesellschafts- und steuerrechtlichen (§ 94) Voraussetzungen und Folgen der Auflösung (§§ 91 und 92), Liquidation und Insolvenz (§ 93) in der Stillen Gesellschaft.

Das Werk schließt mit einem sehr kurzen fünften Teil, „Die fehlerhafte Gesellschaft", im Werktitel nicht erwähnt, zu Vertragsmängeln und Verbraucherwiderruf bei der Stillen Gesellschaft (§ 95) und die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft bei Anlagekommanditgesellschaften (§ 96).

Das Handbuch hat in der Zeit, in dem ich mit ihm gearbeitet habe, auf fast jede Frage und Gestaltungsaufgabe eine Antwort gewusst. Das ist bei einem so umfangreichen und renommierten Werk auch nicht anders zu erwarten. Der Leser findet sich dank der nach Kapiteln und Paragraphen geordneten Inhaltsübersicht, dem nochmals detaillierteren Inhaltsverzeichnis und der jedem einzelnen Paragraphen vorangestellten Gliederung gut zurecht. Mit dem Sachverzeichnis können die Querbezüge zu den Themen, die an mehreren Stellen abgehandelt sind, schnell hergestellt werden. Die Schrifttumsverzeichnisse sind höchst ausführlich und auf dem Stand Anfang 2024.

Die Autoren des Bandes kommen weitestgehend aus Wissenschaft und Anwaltschaft und stellen die für die Praxis bedeutsamen Rechtsfragen in den Vordergrund. So leistet der Band auch bei allen Fragestellungen im notariellen Alltag, von den Handelsregisteranmeldungen über die Gestaltung der Gesellschaftsverträge für Kommanditgesellschaft und Komplementär-GmbH, Gesellschaftsanteilsübertragungen bis hin zum Umwandlungsrecht (etwas versteckt in § 58, „Ertragsteuerliche Sonderfragen", eine wahre Fundgrube auch für „exotischere Fälle" wie zum Beispiel die GmbH & Co. KG mit ausländischem Komplementär unter gesellschafts- und inbs. auch steuerlichen Gesichtspunkten) gute Hilfestellung. Darüber hinaus ist das Werk auch und gerade dort ein wertvoller Begleiter, wo es aus notarieller Warte eher um Randthemen geht, etwa die Gesellschafterinnen- und -außenhaftung (§§ 29-31) in der Kommanditgesellschaft, die unmittelbare oder mittelbare Beteiligung an Publikums-KGs (§ 63) und die verschiedenen Ausgestaltungen der Stillen Gesellschaft mit Abgrenzungen zu partiarischen Rechtsverhältnissen, Treuhandkonstrukten und Unterbeteiligungen (§ 73).

Besonders hervorzuheben sind insgesamt die dem Steuerrecht gewidmeten Teile des Werks. § 26 fasst auf rund fünfzig Seiten die ertrag-, gewerbe-, umsatz- und grunderwerbsteuerliche Sphäre der werbenden Kommanditgesellschaft selbst und ihrer Gesellschafter zusammen, § 48 geht zusätzlich auf die Steuerfolgen der Gesellschaftsauflösung ein. Den steuerlichen Folgen beim lebzeitigen Eintritt und Ausscheiden eines Gesellschafters und beim Tod eines Gesellschafters sind jeweils nochmals eigene Paragraphen mit rund 200 Seiten gewidmet (§§ 39 und 44). Das Steuerrecht der GmbH & Co. KG macht weitere 300 Seiten (§§ 56-60) aus. Es gibt einen umfassenden Überblick über das Bilanzsteuerrecht, die Einkünfteermittlung und die Gesellschafter- und Gewerbebesteuerung der bestehenden GmbH & Co. KG. Die gut verständlichen Darstellungen zu den steuerlichen Seiten der Gründung der GmbH & Co. KG (§ 58 Ziffer V.) samt Familienpool (§ 59 Ziffer VII.), ihrer Beteiligung an Umwandlungsvorgängen (§ 58 Ziffern VII.-X.) und lebzeitigen wie letztwilligen Nachfolgethemen (§ 59) sind auch für den vornehmlich zivilrechtlich orientierten Vertragsgestalter ein Gewinn, da sie immer auch in Beziehung zu den gesellschafts- und zivilrechtlichen Rahmenbedingungen gesetzt werden.

Ungeachtet der höchst beeindruckenden Quantität und Qualität des Werkes gibt es im einen und anderen Detail gleichwohl noch Ergänzungs- und sogar Korrekturbedarf:

„An irgendeiner Stelle" – etwa bei § 5, Öffentlichrechtliche Anzeigepflichten und Genehmigungsvorbehalte – wäre wenigstens ein Hinweis auf die geldwäscherechtlichen Vorgaben für die Gründung und den Gesellschafterwechsel bei Kommanditgesellschaften angebracht.[1]

Der Statuswechsel in die und aus der Kommanditgesellschaft wird im Wesentlichen unter registerrechtlichen Gesichtspunkten gewürdigt, vgl. § 4 Rdnr. 20a bis 20c, und begnügt sich zu den materiellrechtlichen Voraussetzungen mit dem Hinweis auf das „Regelungsvorbild des umwandlungsrechtlichen Formwechsels". Dieses Regelungsvorbild gilt aber nur für den Registervollzug und nicht die materiellrechtlichen Grundlagen, zumal der Statuswechsel rechtsdogmatisch völlig anders einzuordnen ist als ein Rechtsformwechsel.[2] Der Statuswechsel fußt nämlich nicht stets auf einem grundsätzlich allstimmig zu fassenden Beschluss als Grundlagengeschäft, vgl. § 217 UmwG, sondern kann – und wird in der Praxis häufig – reine Geschäftsführungsmaßnahme sein, nämlich dann, wenn sich der Geschäftsbetrieb einer eGbR zum Handelsgewerbe entwickelt und die Gesellschaft dann gemäß § 106 HGB verpflichtet ist, ihre Eintragung im Handelsregister herbeizuführen.[3] Zum Statuswechsel allgemein und zur „Umwandlung" der GmbH & Co. GbR in eine Gepräge-GmbH & Co. KG, vgl. § 59 Rdnr. 244, fehlt (mir) ein Hinweis, dass eine schon vor dem 01.01.2024 bestehende GbR nicht erst ins Gesellschaftsregister einzutragen ist, wenn sie mit „Umwandlung in die KG" sogleich als Kommanditgesellschaft ins Handelsregister eingetragen werden soll.[4]

1 Vgl. beispielhaft etwa Beck'sches Notarhandbuch/*Bosch*, 8. Aufl. 2024, § 32 Rdnr. 208.

2 Vgl. *Schmidt*, BWNotZ 2024, 233, 234.

3 Vgl. Beck'sches Notar-Handbuch/*Weitbrecht*, § 20 Rdnr. 313g-313n.

4 Vgl. *Wertenbuch/Alm*, ZPG 2023, 201, 205.

Für die Beteiligung Minderjähriger an der Kommanditgesellschaft ist mit der Reform des Kindschafts-, Vormundschafts-, Pflegschafts- und Betreuungsrechts[5] materiellrechtlich § 1852 BGB und verfahrensrechtlich die Zuständigkeit der Familiengerichte zu beachten.[6] Dazu finden sich im ersten Teil des Bands in den §§ 2 und 34 Ausführungen, die nicht ganz aufeinander abgestimmt und zum Teil noch früherer Begrifflichkeit bzw. sachlichen Gerichtszuständigkeit verhaftet sind: Die Einschätzung von *Möhrle* in § 2 Rdnr. 118, wonach mit Blick auf § 161 Abs. 1 HGB die Kommanditgesellschaft aufgrund gesetzlicher Definition zwingend eine Erwerbsgesellschaft sei, lässt § 107 HGB außer Acht. Die Zuständigkeiten von Betreuer, Vormund und Pfleger werden nicht auseinandergehalten. *Schulte* grenzt in § 34 Rdnr. 4 zum Gesellschafterwechsel zwar das Erwerbsgeschäft im Sinne des § 1852 Nr. 1 lit. a) BGB vom Handelsgeschäft im Sinne des § 161 Abs. 1 HGB ab und sieht in der bloßen Vermögensverwaltung kein Erwerbsgeschäft. Er kommt dann aber – nach meinem Empfinden zu undifferenziert –[7] unter Hinweis auf einzelne Rechtsprechung zur GbR, die „teilweise" die Genehmigungspflicht für Grundstücksverwaltungsgesellschaften bejaht habe, doch zum Ergebnis, die Beteiligung des Minderjährigen und die Übertragung seiner Beteiligung bedürfe stets der vormundschafts- (!) bzw. familiengerichtlichen Genehmigung (Vormundschaftsangelegenheiten sind gemäß § 23a Abs. 1 Nr. 1 i. V. m. § 111 Nr. 2, § 151 FamFG nunmehr den Amtsgerichten als Familiensache zugeordnet).

Für die GmbH & Co. KG spricht sich *Gummert*, § 50 Rdnr. 58, zur „weitgehenden Vermeidung der vor einem deutschen Notar entstehenden Beurkundungskosten" dafür aus, bei der koordinierten Übertragung von GmbH- und Kommanditanteilen unter „bewusster Inkaufnahme des Risikos der Formunwirksamkeit" einen privatschriftlich und damit gemäß § 15 Abs. 4 GmbHG formunwirksamen Kauf- und Abtretungsvertrag über die „wertvolleren" Kommanditanteile mit der formgerechten Abtretung nur der GmbH-Geschäftsanteile zu kombinieren. Er bezeichnet dies als „Praktiker-Methode" und sieht das von ihm so bezeichnete „Nichtigkeitsrisiko" als Scheinproblem. Die Fundstellen, die *Gummert* für seine Einschätzung anführt, tragen diese Einschätzung nicht so eindeutig wie es der Text suggeriert. In der Literatur diskutierte rechtssichere Alternativgestaltungen (Einheits-KG) bleiben unerwähnt, wovon mögliche Beurkundungskosten abhängen, vgl. § 54 GNotKG. Das empfinde ich dann doch als ausgesprochen irritierend!

Die Ausführungen zu den ertrag-, gewerbe-, umsatz- und grunderwerbsteuerlichen Verhältnissen in der Kommanditgesellschaft in § 26 sind sehr lehrreich und umfangreich. Darüber hinaus werden nochmals eigens die steuerlichen Seiten des Gesellschafterwechsels (§ 39), der Erbfolge (§ 44) und der Gesellschaftsauflösung (§ 44) beleuchtet. Diese Ausführungen im ersten Teil überschneiden sich zum Teil mit noch ausführlicheren zum Steuerrecht der GmbH & Co. KG (Zweiter Teil, viertes Kapitel) was bei den zum Teil komplexen Fragestellungen aber sicher ein Gewinn ist. Auch wenn die Möglichkeit, gemäß § 1a KStG zur Körperschaftsteuer zu optieren wohl (weiterhin) eher kritisch gesehen wird,[8] hätte sie meines Erachtens aber doch wenigstens einen Hinweis verdient, etwa bei der Darstellung des für die Regelbesteuerung der Kommanditgesellschaft maßgebenden Transparenzprinzips in § 26 Rdnr. 12 und/oder § 57 Rdnr. 38 f. Die steuerlichen Folgen der Gründung der GmbH & Co. KG, die Wege aus der GmbH in die GmbH & Co. KG und umgekehrt sowie insbesondere auch die lebzeitige und letztwillige Nachfolge bei der GmbH & Co. KG sind in den §§ 58 und 59 dann wieder weit über einen ersten Überblick hinaus in allen möglichen Facetten detail- und kenntnisreich ausgebreitet. Die Darstellungen der grunderwerbsteuerlichen Behandlung von Vorgängen im Zusammenhang mit einer Kommanditgesellschaft, § 26 Rdnr. 171 ff. und § 48 Rdnr. 57 ff., vermitteln einen guten ersten Überblick. Sie sollten aber in jedem Fall nur zur ersten Orientierung herangezogen werden, wenn zur grundbesitzhaltenden Kommanditgesellschaft zu gestalten ist. So erscheint die Behauptung, die Kommanditgesellschaft sei als selbstständiger Rechtsträger anzusehen, vgl. § 26 Rdnr. 171, im Lichte von § 24 GrEStG doch begründungsbedürftig. Meines Erachtens greift auch der Hinweis unter § 48 Rdnr. 62 zu kurz, wonach gemäß § 24 GrEStG (nur?) die §§ 5 ff. GrEStG für eine Übergangsfrist fortgälten. Zur grunderwerbsteuerlichen Behandlung der Übertragung von Kommanditanteilen wäre ein Hinweis auf die Anwendbarkeit auch der personenbezogenen Befreiungen hilfreich.[9] Die gleichlautende Ländererlasse zu § 1 Abs. 2a GrEStG und § 1 Abs. 2b GrEStG jeweils vom 10.05.2022[10] sind in den Ausführungen noch nicht berücksichtigt.

Band 2 des Münchener Vertragshandbuchs bleibt in seiner Ausführlichkeit und Tiefe zum Recht der Kommanditgesellschaft, GmbH & Co. KG, der Publikums-KG und Stillen Gesellschaft auch in seiner Neuauflage nahezu unvergleichlich. Es ist allen zur Anschaffung empfohlen, die sich ins Personenhandelsgesellschaftsrecht vertiefen wollen und bereit sind, sich dazu dann im Detail ggf. auch eine „zweite Meinung" einzuholen.

5 BGBl. 2021 I, S. 882.

6 Vgl. *Everts*, MittBayNot 2022, 523 ff. und 2023, 9 ff.).

7 Vgl. dagegen etwa *Münch/Lotte*, Familienrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 4. Aufl. 2023, § 13 Rdnr. 216 oder auch *Otte/Heuser* in Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 9, 6. Aufl. 2021, § 21 Rdnr. 35 ff.

8 Vgl. etwa *Wälzholz*, ZEV 2023, 73.

9 Vgl. *Strahl*, RNotZ 2021, 61, 78.

10 BStBl. I 2022, S. 801 und 821, dazu *Wälzholz*, MittBayNot 2023, 23, 28.

RECHTSPRECHUNG

Bürgerliches Recht

ALLGEMEINES

1. Verjährungseinrede gegenüber einem kaufrechtlichen Anspruch auf Lastenfreistellung

BGH, Urteil vom 13.10.2023, V ZR 161/22 (Vorinstanz: OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 20.07.2022, 4 U 109/21)

BGB §§ 196, 214 Abs. 1, § 362 Abs. 1

LEITSATZ:

Hat der Schuldner eines Anspruchs auf Eigentumsverschaffung an einem Grundstück das zur Herbeiführung des Leistungserfolgs (Verschaffung des Eigentums) seinerseits Erforderliche getan, besteht zwar der Anspruch auf Eigentumsverschaffung bis zu dem Eintritt des Leistungserfolgs fort, der Schuldner kann aber den Eintritt des Leistungserfolgs nicht mehr durch die Geltendmachung der Einrede der Verjährung verhindern (Klarstellung zu Senat, Urteil vom 15.10.2004, V ZR 100/04, NJW-RR 2005, 241, 243).

AUS DEN GRÜNDEN:

1 Der Kläger und der Beklagte sind Brüder. Ihr Vater (im Folgenden: Erblasser) unterbreitete dem Kläger am 23.12.2002 ein notariell beurkundetes Angebot zum Abschluss eines Kaufvertrags über mehrere mit Grundpfandrechten belastete Grundstücke des Erblassers. Das Angebot war bis zum 31.12.2009 unwiderruflich befristet. Am 30.12.2009 nahm der Kläger das Angebot in notariell beurkundeter Form an. Nach dem Inhalt des Vertrags sollte der Käufer die Grundstücke frei von den in Abteilung III eingetragenen Lasten erwerben. Der Kaufpreis von 6 €/m², insgesamt 79.698 €, sollte innerhalb von zwei Wochen nach Vorliegen bestimmter Voraussetzungen, unter anderem der Löschung der in Abteilung III eingetragenen dinglichen Belastungen bzw. der Sicherstellung der Löschung dieser Lasten durch Überlassung der vollständigen Löschungsunterlagen an den Notar, fällig sein. Der Vertrag enthielt zudem die Anweisung an den Notar, vor Kaufpreiszahlung weder den Umschreibungsantrag an das Grundbuchamt weiterzuleiten noch dem Kläger vollstreckbare Ausfertigungen der Urkunde zu erteilen, die die Auflassung enthalten; der Kläger verzichtete bis zur Bezahlung des Kaufpreises auf sein grundbuchrechtliches Antragsrecht und wies den Notar an, den Umschreibungsantrag erst dann zu stellen, wenn ihm der Verkäufer den Erhalt des vollen Kaufpreises schriftlich bestätigt habe. Am 15.01.2010 erklärte die bevollmächtigte Notariatsangestellte im Namen beider Vertragsparteien die Auflassung sowie die Bewilligung und Beantragung der grundbuchrechtlichen Eigentumsumschreibung. Im Jahr 2015 verstarb der Erblasser und wurde von dem Beklagten allein beerbt.

2 Mit seiner noch im Jahr 2019 zugestellten Klage nimmt der Kläger den Beklagten auf Überlassung von Löschungsbewilligungen und Grundpfandbriefen an den Vollzugsnotar sowie auf Zustimmung zur Löschung der Grundpfandrechte in Anspruch. Zudem verlangt er die Feststellung der Schadensersatzpflicht des Beklagten wegen Verzugs mit der Erfüllung dieser Verpflichtungen sowie die Erstattung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten. Während des laufenden Verfahrens hat der Kläger Anfang des Jahres 2022 den Kaufpreis von 79.698 € bei dem AG hinterlegt. Unter Vorlage einer ihm daraufhin erteilten Ausfertigung der Auflassungserklärung und der Eintragungsbewilligung hat er bei dem Grundbuchamt die Eigentumsumschreibung beantragt, die noch nicht erfolgt ist.

3 Das LG hat der Klage stattgegeben. Auf die hiergegen gerichtete Berufung hat das OLG die Klage abgewiesen. Darüber hinaus hat es der in dem Berufungsverfahren für den Fall der Wirksamkeit des Kaufvertrags erhobenen Widerklage auf Feststellung der Verjährung des Übereignungsanspruchs stattgegeben. Gegen das Berufungsurteil wendet sich der Kläger mit der von dem OLG zugelassenen Revision, deren Zurückweisung der Beklagte beantragt.

4 I. Das Berufungsgericht meint, der zwischen dem Kläger und dem Erblasser geschlossene Vertrag sei wirksam, insbesondere nicht nach § 138 Abs. 2 BGB nichtig. Aufgrund dieses Vertrags sei der Beklagte als Rechtsnachfolger des Erblassers grundsätzlich zu der lastenfreien Übereignung der Grundstücke verpflichtet. Der Beklagte könne aber die beantragte Lastenfreistellung nach § 242 BGB verweigern, weil der Kläger den Übereignungsanspruch wegen der von dem Beklagten zulässigerweise erhobenen Verjährungseinrede auf Dauer nicht mehr durchsetzen könne. Damit entfalle ein schutzwürdiges Eigeninteresse des Klägers an der Lastenfreistellung. Der Übereignungsanspruch verjähre in der zehnjährigen Frist des § 196 BGB, die hier bereits mit Annahme des Angebots am 30.12.2009 zu laufen begonnen habe. Es könne dahinstehen, ob es an einem verjährungsfähigen Anspruch auf Eigentumsübertragung fehle und damit keine Verjährung mehr eintreten könne, sofern zwar mangels Eintragung in das Grundbuch noch kein Eigentumserwerb erfolgt sei, der Schuldner aber – wie hier – die ihm insofern obliegenden Leistungshandlungen vor Ablauf der Verjährungsfrist bereits vollständig vorgenommen habe. Eine derartige Ansicht werde zwar durch die Entscheidung des BGH vom 15.10.2004 (V ZR 100/04) nahegelegt; die vorliegende Fallkonstellation sei aber nicht mit derjenigen vergleichbar, welche der Entscheidung des BGH zugrunde gelegen habe. Denn der Beklagte habe nicht die bloße Übertragung des Eigentums, sondern die Verschaffung lastenfreien Eigentums geschuldet. Insofern sei noch keine Erfüllung eingetreten. Auch habe es der Kläger wegen seines Verzichts auf das Antragsrecht nicht in der Hand gehabt, jederzeit den Eintragungsantrag zu stellen. Dass der Kläger den Kaufpreis hätte zahlen und damit die Voraussetzung für seine eigene Antragstellung hätte herbeiführen können, stehe dem nicht gleich, weil er dazu entgegen den vertraglichen Regelungen den Kaufpreis bereits vor Fälligkeit hätte zahlen müssen. Die mit Ablauf des 30.12.2019 ein-

getretene Verjährung sei auch weder gehemmt worden noch habe sie neu begonnen. Insbesondere hemme die vorliegende Klage die Verjährung des Übereignungsanspruchs nicht, da diese lediglich auf Lastenfreistellung gerichtet sei und daher einen anderen Streitgegenstand habe. Wegen der Verjährung des Übereignungsanspruchs sei auch die zulässige Hilfswiderklage, über die aufgrund des Eintritts der innerprozessualen Bedingung zu entscheiden sei, begründet.

5 II. Die Revision hat Erfolg. Sowohl die Abweisung der Klage als auch die Stattgabe der Hilfswiderklage sind rechtsfehlerhaft erfolgt.

6 1. Mit der von dem Berufungsgericht gegebenen Begründung kann ein Anspruch des Klägers auf Lastenfreistellung nicht verneint werden.

7 a) Zutreffend geht das Berufungsgericht zunächst davon aus, dass sich aus dem zwischen dem Erblasser und dem Kläger geschlossenen Kaufvertrag, dessen Wirksamkeit im Revisionsverfahren zugunsten des Klägers zu unterstellen ist, ein Anspruch des Klägers gegen den Beklagten als Rechtsnachfolger des Erblassers (§ 1922 Abs. 1 BGB) auf Lastenfreistellung ergibt. Gemäß § 433 Abs. 1 Satz 2, § 435 Satz 1 BGB schuldet der Verkäufer dem Käufer die Übertragung lastenfreien Eigentums und damit auch die Herstellung von Lastenfreiheit. Der Kaufvertrag enthält hier im Hinblick auf die in Abteilung III eingetragenen Lasten zudem eine entsprechende Regelung.

8 b) Richtig ist – jedenfalls im Ergebnis – auch, dass der Anspruch auf Lastenfreistellung, für den die zehnjährige Verjährungsfrist des § 196 BGB gilt, nicht verjährt ist. Selbst wenn man unterstellt, dass die Verjährungsfrist gemäß § 200 Satz 1 BGB bereits mit dem Vertragsschluss am 30.12.2009 zu laufen begonnen hat, hat die am 02.12.2019 eingegangene und demnächst zugestellte (§ 167 ZPO) Klage die Verjährung gehemmt (§ 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB).

9 c) Von Rechtsfehlern beeinflusst ist jedoch die Annahme des Berufungsgerichts, der Beklagte könne dem Anspruch auf Lastenfreistellung den Einwand der unzulässigen Rechtsausübung (§ 242 BGB) entgegenhalten, weil der Kläger den Eigentumsverschaffungsanspruch wegen der von dem Beklagten erhobenen Verjährungseinrede auf Dauer nicht mehr durchsetzen könne.

10 aa) Unzutreffend ist insoweit schon der rechtliche Ausgangspunkt des Berufungsgerichts. Es meint, der Verkäufer eines Grundstücks könne die geschuldete Verschaffung des Eigentums durch die Erhebung der Einrede der Verjährung verhindern, obwohl er bereits alle ihm insoweit obliegenden Leistungshandlungen vorgenommen habe. Dies trifft nicht zu. Hat der Schuldner eines Anspruchs auf Eigentumsverschaffung an einem Grundstück das zur Herbeiführung des Leistungserfolgs (Verschaffung des Eigentums) seinerseits Erforderliche getan, besteht zwar der Anspruch auf Eigentumsverschaffung bis zu dem Eintritt des Leistungserfolgs fort, der Schuldner kann aber den Eintritt des Leistungserfolgs nicht mehr durch die Geltendmachung der Einrede der Verjährung verhindern.

11 bb) Der Senat hat nämlich entschieden, dass bei erfolgsbezogenen Schuldverhältnissen der Schuldner, der das zur Herbeiführung des Leistungserfolgs seinerseits Erforderliche getan hat, den Rechtserwerb des Gläubigers nicht mehr durch die Geltendmachung der Einrede der Verjährung verhindern kann (vgl. Urteil vom 15.10.2004, V ZR 100/04, NJW-RR 2005, 241, 243). Die Ausführungen des Senats beziehen sich – entgegen den Zweifeln der Revisionserwiderung – auch auf den Erfüllungsanspruch auf Eigentumsverschaffung an einem Grundstück und beschränken sich nicht auf die Prüfung eines Anspruchs auf Herausgabe des Ersatzes bei Unmöglichkeit nach § 281 Abs. 1 BGB a. F.

12 cc) Allerdings ist die in dieser Entscheidung enthaltene Aussage, es fehle, soweit der Gläubiger von dem Schuldner ein – weiteres – Tätigwerden nicht verlangen könne, an einem Anspruch, der der Verjährung unterliegen könne (Urteil vom 15.10.2004, V ZR 100/04, a. a. O.), missverständlich (vgl. krit. daher BeckOGK-BGB/*Piekenbrock*, Stand: 01.11.2023, § 196 Rdnr. 3.1; *Küpper*, ZEV 2005, 395). Denn unzweifelhaft besteht ein Erfüllungsanspruch solange fort, bis der geschuldete Leistungserfolg eingetreten ist (§ 362 Abs. 1 BGB). Der Anspruch auf Verschaffung des Eigentums an einem Grundstück erlischt daher erst, wenn die Übertragung des Eigentums erfolgt ist. Da die Übertragung des Eigentums an einem Grundstück gemäß § 873 Abs. 1, § 925 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht nur die Auflassung, sondern auch die Eintragung des Eigentumswechsels in das Grundbuch erfordert, erlischt ein Anspruch auf Verschaffung des Eigentums an einem Grundstück nach § 362 Abs. 1 BGB erst, wenn auch die Eintragung des Eigentumswechsels in das Grundbuch erfolgt ist. Erst zu diesem Zeitpunkt, und nicht bereits dann, wenn der Schuldner die für die Eigentumsumschreibung erforderlichen Leistungshandlungen vorgenommen hat, erlischt daher auch eine ggf. zur Sicherung des Anspruchs auf Eigentumsverschaffung eingetragene Vormerkung (§ 883 Abs. 1 BGB; vgl. Senat, Urteil vom 22.02.2019, V ZR 244/17, BGHZ 221, 229 Rdnr. 12).

13 dd) Trotz des Fortbestehens des Anspruchs kann der Schuldner aber – und so sind die Ausführungen in dem Urteil des Senats vom 15.10.2004 (V ZR 100/04, NJW-RR 2005, 241, 243) zu verstehen – dann, wenn er alle für die Herbeiführung des Leistungserfolgs von seiner Seite aus erforderlichen Leistungshandlungen vorgenommen hat, den Eintritt des Leistungserfolgs nicht mehr durch die Erhebung der Einrede der Verjährung verhindern.

14 (1) Das ergibt sich schon daraus, dass die Einrede der Verjährung den Schuldner gemäß § 214 Abs. 1 BGB nur dazu berechtigt, die Leistung zu verweigern. Hat der Schuldner aber die ihm obliegende Leistungshandlung bereits erbracht, gibt es keine Leistung mehr, die er verweigern könnte. Die auf eine bereits erbrachte Handlung bezogene Erhebung der Einrede der Verjährung ist daher wirkungslos. Aus diesem Grund bedarf es auch keiner weiteren Handlungen des Gläubigers zur Unterbrechung oder Hemmung der Verjährung; insbesondere fehlte für eine Klage des Gläubigers auf eine bereits erbrachte Leistungshandlung das Rechtsschutzbedürfnis.

15 (2) Dementsprechend kann der Schuldner eines Anspruchs, der auf Eintritt eines Leistungserfolgs gerichtet ist, den Eintritt dieses Erfolgs nicht mehr mit der Erhebung der Einrede der Verjährung verhindern, wenn er im Hinblick auf den Eintritt dieses Erfolgs alle von seiner Seite aus erforderlichen Leistungshandlungen vorgenommen hat. Kann der Leistungserfolg ohne die Mitwirkung des Schuldners eintreten, lässt sich sein Eintritt durch die Erhebung der Einrede der Verjährung nicht (mehr) verhindern. Den Schuldner trifft nur noch die Nebenpflicht, den Eintritt des Leistungserfolgs nicht zu gefährden (vgl. Senat, Urteil vom 15.10.2004, V ZR 100/04, NJW-RR 2005, 241, 243, und – allgemein zur Leistungstreuepflicht – Urteil vom 19.01.2018, V ZR 273/16, DNotZ 2018, 686 Rdnr. 19 f. m. w. N.).

16 (3) Auch der Verkäufer eines Grundstücks – wie hier der Beklagte als Rechtsnachfolger des Erblassers – kann die von ihm geschuldete Eigentumsverschaffung nicht mehr durch die Geltendmachung der Einrede der Verjährung verhindern, wenn er bereits alle Leistungshandlungen, die von seiner Seite aus für die Übertragung des Eigentums erforderlich sind, vorgenommen hat. Dass der Käufer nach § 433 Abs. 1 Satz 2, § 435 Satz 1 BGB oder aufgrund vertraglicher Vereinbarungen von dem Verkäufer zudem die Verschaffung lastenfreien Eigentums verlangen kann, ändert hieran nichts.

17 2. Die Entscheidung erweist sich nicht aus anderen Gründen als richtig (§ 561 ZPO). Die Annahme des Berufungsgerichts, dass keine Leistungshandlungen des Beklagten für die Eigentumsübertragung mehr erforderlich sind, hält den Angriffen des Beklagten stand. Infolgedessen ist die Erhebung der Einrede der Verjährung durch den Beklagten wirkungslos.

18 a) Die für den Eigentumswechsel nach § 873 Abs. 1, § 925 Abs. 1 Satz 1 BGB notwendige Auflassung erklärte die von den Kaufvertragsparteien insoweit bevollmächtigte Notariatsangestellte in deren Namen am 15.01.2010. Zwar ist die nach § 873 Abs. 1 BGB für den Eigentumsübergang ebenfalls erforderliche Eintragung in das Grundbuch noch nicht erfolgt. Die Eintragung selbst gehört aber ohnehin nicht zu den von dem Verkäufer geschuldeten Leistungshandlungen, da sie eine behördliche Tätigkeit ist, die der Schuldner aus Rechtsgründen nicht besorgen kann (vgl. Senat, Urteil vom 15.10.2004, V ZR 100/04, NJW-RR 2005, 241, 243 m. w. N.). Leistungshandlungen, die der Beklagte zu erbringen hat, sind für die Eintragung des Klägers in das Grundbuch nicht mehr erforderlich.

19 b) Für die Eintragung des Eigentumswechsels in das Grundbuch bedarf es nach § 19 GBO der Bewilligung des eingetragenen Eigentümers als desjenigen, der von der Eintragung betroffen ist, sowie nach § 20 GBO des Nachweises der Einigung über die Übertragung des Eigentums. Zudem erfolgt die Eintragung nach § 13 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 GBO nur auf Antrag desjenigen, der von der Eintragung betroffen wird oder zu dessen Gunsten die Eintragung erfolgen soll. Diese Voraussetzungen liegen hier vor.

20 aa) Sowohl die Auflassung als auch die Bewilligung wurden am 15.11.2010 von der von den Vertragsparteien bevollmächtigten Notariatsangestellten in der nach § 29 Abs. 1 GBO erforderlichen Form erklärt. Es kann dahinstehen, ob – was sich den Feststellungen nicht eindeutig entnehmen lässt – bereits der von der Notariatsangestellten gestellte Antrag dem Grundbuchamt zugeleitet wurde. Jedenfalls ist der Kläger als derjenige, zu dessen Gunsten die Eintragung erfolgen soll, in der Lage, selbst einen Umschreibungsantrag bei dem Grundbuchamt zu stellen, was er während des laufenden Verfahrens unter Vorlage der ihm nach der Hinterlegung des Kaufpreises erteilten Ausfertigung der Auflassungserklärung und der Eintragungsbewilligung auch getan hat. Zu einem eigenen Antrag ist er nach dem Vertrag berechtigt, wenn er den Kaufpreis gezahlt bzw. hinterlegt hat.

21 bb) Keinen Erfolg hat der Einwand der Prozessbevollmächtigten des Beklagten in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat, es hätte einer Zustimmung des Beklagten für die Weiterleitung des Eintragungsantrags an das Grundbuchamt bedurft. Zwar hat der Kläger den Notar in dem von dem Berufungsgericht in Bezug genommenen Kaufvertragsangebot angewiesen, den Umschreibungsantrag gemäß § 15 GBO erst dann zu stellen, wenn ihm der Verkäufer den Erhalt des vollen Kaufpreises schriftlich bestätigt habe. Zwingend ist dies aber nicht, weil der Kläger – wie geschehen – nach Hinterlegung des Kaufpreises die Ausfertigung der Auflassungserklärung und der Eintragungsbewilligung verlangen und den Umschreibungsantrag dann selbst stellen konnte.

22 III. Das Berufungsurteil ist deshalb aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Der Rechtsstreit ist zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, weil er nicht zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 ZPO). Da der Beklagte dem Anspruch auf Lastenfreistellung nicht den Einwand der Treuwidrigkeit entgegenhalten kann, können auch der Feststellungsantrag bezüglich der Verzugsschäden sowie der Antrag auf Erstattung der vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten nicht mit dieser Begründung abgewiesen werden. Damit ist zugleich die Bedingung für die Entscheidung über die Hilfswiderklage entfallen. Der Senat kann aber nicht zugunsten des Klägers entscheiden, weil das Berufungsgericht die Unwirksamkeit des Kaufvertrags gemäß § 138 BGB als Grundlage für den geltend gemachten Anspruch mit rechtsfehlerhafter Begründung verneint und es für eine eigene Entscheidung des Senats an hinreichenden Feststellungen fehlt.

23 1. Das Berufungsgericht meint insoweit, der Beklagte habe zwar dargelegt, dass der Wert der Grundstücke mehr als das Sechsfache des Kaufpreises betrage, wonach der objektive Tatbestand des § 138 Abs. 2 BGB erfüllt wäre. Allerdings fehle es an dem erforderlichen Vortrag zu weiteren subjektiven Elementen.

24 2. Insofern ist schon – wie die Revisionserwiderung zu Recht rügt – zweifelhaft, ob das Berufungsgericht erkannt hat, dass ein Kaufvertrag, auch wenn der Wuchertatbestand des § 138 Abs. 2 BGB nicht in allen Voraussetzungen erfüllt ist, als wucherähnliches Rechtsgeschäft nach § 138 Abs. 1 BGB sittenwidrig sein kann (vgl. hierzu Senat, Urteil vom 19.01.2001, V ZR 437/99, BGHZ 146, 298, 301 f.). Selbst wenn

dies aber der Fall sein sollte, sind die Ausführungen des Berufungsgerichts von Rechtsfehlern beeinflusst.

25 a) Allerdings muss auch bei einem wucherähnlichen Rechtsgeschäft zu dem objektiv auffälligen Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung der subjektive Umstand des Handelns des Begünstigten in verwerflicher Gesinnung hinzukommen, damit der Vertrag sich als sittenwidrig darstellt (vgl. Senat, Urteil vom 19.07.2002, V ZR 240/01, WM 2003, 154, 155 f.; Urteil vom 02.07.2004, V ZR 213/03, BGHZ 160, 8, 14). Insoweit bedarf es eines Vortrags zu den subjektiven Voraussetzungen des wucherähnlichen Geschäfts. An den Vortrag der benachteiligten Partei sind aber keine hohen Anforderungen zu stellen. Es genügt, wenn aus dem Kontext mit dem Vortrag zu einem groben objektiven Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung ersichtlich ist, dass die davon benachteiligte Vertragspartei sich auf die daraus begründete Vermutung einer verwerflichen Gesinnung der anderen Vertragspartei beruft (vgl. Senat, Beschluss vom 02.04.2009, V ZR 177/08, NZM 2009, 797 Rdnr. 14; Urteil vom 09.10.2009, V ZR 178/08, NJW 2010, 363 Rdnr. 19).

26 b) Hier hat sich der Beklagte, worauf die Revisionserwiderung hinweist, im Berufungsverfahren auf den Unterschied des Wertes der Grundstücke und des Kaufpreises und die sich daraus ergebende tatsächliche Vermutung der verwerflichen Gesinnung berufen. Dieser Vortrag genügt den hieran zu stellenden Anforderungen für die subjektiven Voraussetzungen des wucherähnlichen Geschäfts.

27 3. Das Berufungsgericht wird daher Feststellungen zu treffen haben, inwieweit von einem objektiv besonders groben Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung auszugehen ist, und ggf. die tatsächliche Vermutung, die aus dem objektiv besonders auffälligen Missverhältnis folgt, tatrichterlich zu würdigen haben; dabei wird es auch die familiäre Beziehung zwischen den Vertragsparteien in den Blick nehmen müssen.

Bürgerliches Recht

SACHEN- UND GRUNDBUCHRECHT

2. Pfändbarkeit des Eigentümerwohnungsrechts – Verwertung durch den Insolvenzverwalter

BGH, Beschluss vom 02.03.2023, V ZB 64/21 (Vorinstanz: KG, Beschluss vom 07.10.2021, 1 W 342/21)

BGB § 1092 Abs. 1 Satz 2, § 1093 Abs. 1
GBO § 19
InsO § 36 Abs. 1 Satz 1, § 80 Abs. 1
ZPO § 857 Abs. 3

LEITSÄTZE:

1. **Die Bestellung eines Wohnungsrechts am eigenen Grundstück ist zulässig.**
2. **Sind Grundstückseigentümer und Wohnungsberechtigter personenidentisch, sei es durch eine anfängliche Bestellung des Wohnungsrechts als Eigentümerrecht, sei es durch eine nachträgliche (Wieder-)Vereinigung von Wohnungsrecht und Eigentum in einer Person (§ 889 BGB), muss sich der Wohnungsberechtigte für die Pfändung so behandeln lassen, als habe er es gestattet, die Ausübung des Wohnungsrechts einem anderen zu überlassen; infolgedessen ist ein Eigentümerwohnungsrecht stets pfändbar (Fortführung von Senat, Urteil vom 11.03.1964, V ZR 78/62, NJW 1964, 1226, insoweit in BGHZ 41, 209 nicht abgedruckt).**
3. **Aufgrund der Pfändbarkeit fällt das Eigentümerwohnungsrecht bei Insolvenz des wohnungsberechtigten Grundstückseigentümers in die Insolvenzmasse. Der Insolvenzverwalter ist befugt, im Rahmen der Verwertung die Löschung des Wohnungsrechts zu bewilligen.**

AUS DEN GRÜNDEN:

1 Der Beteiligte zu 1 war eingetragener Eigentümer des im Rubrum bezeichneten Grundbesitzes. Im Juni 2006 gründete er mit der Beteiligten zu 2 eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, die Beteiligte zu 3 (GbR), und brachte das Grundstück als Einlage ein. Zuvor bewilligte er zu seinen Gunsten ein Wohnungsrecht an dem auf dem Grundstück befindlichen Gebäude mit der Bestimmung, dass die Ausübung des Wohnungsrechts dritten Personen nicht überlassen werden könne. Anfang September 2006 wurde die GbR als Eigentümerin in das Grundbuch eingetragen, ebenso erfolgte die Eintragung des Wohnungsrechts. Am 02.06.2009 wurde das Insolvenzverfahren über das Vermögen des Beteiligten zu 1 eröffnet und der Beteiligte zu 4 zum Insolvenzverwalter bestellt. Dieser nahm im Wege der Insolvenzanfechtung die Beklagte zu 2 und die GbR erfolgreich auf Rückgewähr in Anspruch und erklärte mit notarieller Urkunde vom 21.06.2021 die Auflassung des Grundbesitzes an den Beteiligten zu 1. Er bewilligte und beantragte zudem die Löschung des Wohnungsrechts. Am 19.08.2021 wurde der Beteiligte zu 1 wieder als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen; das Wohnungsrecht wurde gelöscht.

2 Gegen die Löschung des Wohnungsrechts hat der Beteiligte zu 1 Beschwerde eingelegt mit dem Ziel der Eintragung eines Amtswiderspruchs. Das KG hat die Beschwerde zurückgewiesen. Hiergegen wendet sich der Beteiligte zu 1 mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde. Der Beteiligte zu 4 beantragt die Zurückweisung des Rechtsmittels.

3 Das Beschwerdegericht, dessen Entscheidung u. a. in NZI 2021, 1023 veröffentlicht ist, meint, das Grundbuchamt habe bei der Löschung des Wohnungsrechts keine gesetzlichen Vorschriften verletzt. Der Beteiligte zu 4 sei als Insolvenzverwalter zur Verfügung über das Wohnungsrecht befugt gewesen, weil es zur Insolvenzmasse gehöre. Zwar sei das Wohnungsrecht des Insolvenzschuldners nur dann vom Insolvenzbeschlag erfasst, wenn die Überlassung der Ausübung an Dritte gestattet sei. Fehle es – wie hier – an einer solchen Gestattung, sei das Wohnungsrecht nicht pfändbar und gehöre nicht zu dem insolvenzbefangenen

Vermögen des Insolvenzschuldners. Das gelte nach der Rechtsprechung des OLG München (FGPrax 2011, 17) auch dann, wenn das Wohnungsrecht an dem Grundstück eines Dritten bestellt worden sei und der Wohnungsberechtigte das Grundstück nach Insolvenzeröffnung erwerbe. Hier liege es aber anders. Der Beteiligte zu 1 sei bereits vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens Grundstückseigentümer und zugleich Wohnungsberechtigter gewesen und habe infolge der Anfechtung durch den Beteiligten zu 4 das Eigentum an dem Grundstück wiedererlangt. Jedenfalls für diese Fallgestaltung der Vereinigung von Eigentum und Wohnungsrecht sei es gerechtfertigt, das Wohnungsrecht als der Insolvenzmasse zugehörig zu betrachten. Dass ein Wohnungsrecht, dessen Ausübung Dritten nicht überlassen werden könne, nicht der Pfändung unterliege, diene nämlich dem Schutz des Grundstückseigentümers. Der Eigentümer, der – wie hier – zugleich Inhaber des Wohnungsrechts sei, bedürfe dieses Schutzes nicht. Er habe jederzeit Einfluss auf die Ausübung des Wohnungsrechts durch einen anderen. In einem solchen Fall sei die Gestattung der Übertragung der Ausübung auf einen anderen für die Pfändung (§ 857 Abs. 3 ZPO) nach der Rechtsprechung des BGH sogar stets als erteilt zu erachten.

4 I. Die nach § 78 Abs. 1 GBO statthafte Rechtsbeschwerde ist zulässig (§ 78 Abs. 3 GBO i. V. m. § 71 Abs. 1, Abs. 2 Satz 2 FamFG). Der Beteiligte zu 1 ist insbesondere beschwerdebefugt, weil er mit seinem Rechtsbehelf die Nichtzugehörigkeit des Wohnungsrechts zur Masse und eine Überschreitung der Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters geltend macht (vgl. KEHE/*Sternal*, Grundbuchrecht, 8. Aufl., § 71 Rdnr. 82).

5 II. Die Rechtsbeschwerde ist unbegründet. Das Beschwerdegericht lehnt es zu Recht ab, das Grundbuchamt zur Eintragung eines Widerspruchs gegen die Löschung des Wohnungsrechts anzuweisen (vgl. § 71 Abs. 2 Satz 2 GBO).

6 1. Die Eintragung eines Widerspruchs setzt nach § 53 Abs. 1 Satz 1 GBO voraus, dass das Grundbuchamt unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften eine Eintragung vorgenommen hat, durch die das Grundbuch unrichtig geworden ist.

Der Widerspruch kann sich auch gegen die Löschung einer Grundbucheintragung richten (vgl. Senat, Beschluss vom 07.04.2011, V ZB 11/10, ZfIR 2011, 537 Rdnr. 10).

7 2. Die Voraussetzungen für die Eintragung eines Widerspruchs liegen nicht vor. Das Grundbuchamt hat durch die Löschung des Wohnungsrechts keine gesetzlichen Vorschriften verletzt. Der Beteiligte zu 4 war als Insolvenzverwalter befugt, die Löschung des Wohnungsrechts gemäß § 19 GBO zu bewilligen, was von Amts wegen zu prüfen ist (vgl. Senat, Beschluss vom 28.04.1961, V ZB 17/60, BGHZ 35, 135, 139; zum Testamentsvollstrecker vgl. Senat, Beschluss vom 10.02.2022, V ZB 87/20, FGPrax 2022, 97 Rdnr. 12 u. 19).

8 a) Mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens geht die Verfügungsbefugnis über die Insolvenzmasse (§ 35 Abs. 1 InsO) gemäß § 80 Abs. 1 InsO auf den Insolvenzverwalter über. Dem Insolvenzschuldner wird, soweit die Insolvenzmasse betroffen ist, auch die Bewilligungsbefugnis entzogen; sie wird durch den Insolvenzverwalter ausgeübt (vgl. OLG München, ZEV 2009, 352, 353, juris Rdnr. 13; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl., Rdnr. 101). Die Bewilligungsbefugnis des Insolvenzverwalters umfasst dagegen nicht das Vermögen, das nicht der Zwangsvollstreckung unterliegt (§ 36 Abs. 1 Satz 1 InsO).

9 b) Allerdings gehören beschränkte persönliche Dienstbarkeiten und damit auch das Wohnungsrecht (§ 1093 BGB) grundsätzlich nicht zur Insolvenzmasse (§ 35 Abs. 1 InsO). Voraussetzung dafür wäre nämlich, dass die beschränkte persönliche Dienstbarkeit der Zwangsvollstreckung unterläge (§ 36 Abs. 1 Satz 1 InsO). Das ist aber grundsätzlich nicht der Fall. Eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit ist gemäß § 1092 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht übertragbar und deshalb nicht pfändbar (§ 851 Abs. 1, § 857 Abs. 1 ZPO). Etwas anderes gilt gemäß § 857 Abs. 3 ZPO dann, wenn die Überlassung der Ausübung an einen anderen nach § 1092 Abs. 1 Satz 2 BGB gestattet ist (vgl. BGH, Urteil vom 25.09.1963, VIII ZR 39/62, NJW 1963, 2319). Daran fehlt es hier. Die Bestellungsurkunde vom 15.06.2006 enthält im Gegenteil die Bestimmung des Beteiligten zu 1, dass die Ausübung des Wohnungsrechts Dritten nicht überlassen werden kann.

10 c) Gleichwohl ist das Wohnungsrecht des Beteiligten zu 1 pfändbar und fällt in die Insolvenzmasse, weil der Beteiligte zu 1 das Eigentum an dem Grundstück zurückerlangt hat und das Wohnungsrecht dadurch zum Eigentümerwohnungsrecht geworden ist.

11 aa) Allerdings entspricht es verbreiteter Auffassung, dass das Wohnungsrecht, dessen Ausübung Dritten nicht gemäß § 1092 Abs. 1 Satz 2 BGB überlassen werden kann, auch dann unpfändbar ist und deshalb nicht in die Insolvenzmasse fällt, wenn der Wohnungsberechtigte das Grundstück, an dem das Wohnungsrecht besteht, nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens erstmals erwirbt (vgl. OLG München, FGPrax 2011, 17; Staudinger/*Picker*, Neub. 2019, § 889 Rdnr. 9). Nach ebenfalls verbreiteter, aber umstrittener Auffassung ist ein Wohnungsrecht, das der spätere Insolvenzschuldner an seinem eigenen Grundstück ohne Ausübungsgestattung gemäß § 1092 Abs. 1 Satz 2 BGB bestellt, auch dann unpfändbar, wenn er – wie hier – das Grundstück veräußert, der Insolvenzverwalter die Grundstücksübertragung gemäß §§ 130 ff. InsO erfolgreich anficht und durch die Rückübertragung des Grundstücks wieder ein Eigentümerwohnungsrecht entsteht (vgl. BeckOGK-BGB/*Kazele*, Stand: 01.02.2023, § 1092 Rdnr. 34; BeckOK-InsR/Riewe/*Kaubisch*, Stand: 15.01.2023, § 80 InsO Rdnr. 10.4; *Cranshaw*, jurisPR-InsR 2/2022; *Neumann*, NZI 2021, 1025, 1026; *Mittlehner*, EWiR 2021, 726 f.; a. A. MünchKomm-BGB/*Mohr*, 9. Aufl., § 1092 Rdnr. 11; BeckOK-InsR/*Kirchner*, § 35 InsO Rdnr. 9; *Lüdtke/Schulz*, ZVI 2019, 291, 296).

12 bb) Die Auffassungen, die die Pfändbarkeit des Eigentümerwohnungsrechts verneinen, stehen – wie das Beschwerdegericht richtig erkennt – nicht im Einklang mit der Rechtsprechung des Senats. Dieser hat bereits entschieden, dass dann, wenn der Eigentümer eines Grundstücks und der Berechtigte einer beschränkten persönlichen

Dienstbarkeit personenidentisch sind, die beschränkte persönliche Dienstbarkeit pfändbar ist, weil die Gestattung der Übertragung der Ausübung auf einen anderen für die Pfändung (§ 857 Abs. 3 ZPO) stets als erteilt zu erachten ist (vgl. Senat, Urteil vom 11.03.1964, V ZR 78/62, NJW 1964, 1226, insoweit in BGHZ 41, 209 nicht abgedruckt). An dieser Ansicht, die auch für das Wohnungsrecht als Sonderfall der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit (vgl. Senat, Urteil vom 19.01.2007, V ZR 163/06, NJW 2007, 1884, 1885; Urteil vom 20.03.2020, V ZR 317/18, BGHZ 225, 136 Rdnr. 19) gilt, hält der Senat fest. Soweit der IX. Zivilsenat in seinem Beschluss vom 05.05.2009 (IX ZR 151/08, juris Rdnr. 2 zu OLG Schleswig, BeckRS 2009, 12640) eine andere Auffassung vertreten hat, hat er auf Nachfrage mitgeteilt, hieran nicht festzuhalten.

13 (1) Das Gesetz geht in den §§ 1090 ff. BGB davon aus, dass die beschränkte persönliche Dienstbarkeit an einem fremden Grundstück besteht, Eigentümer und Berechtigter also personenverschieden sind. Für das Wohnungsrecht kommt das in § 1093 Abs. 1 Satz 1 BGB zum Ausdruck. Nach dieser Vorschrift berechtigt das Wohnungsrecht zu einer Nutzung der umfassten Räume durch den Wohnungsberechtigten „unter Ausschluss des Eigentümers". Nach dem gesetzlichen Leitbild sind Wohnungsberechtigter und Eigentümer also nicht dieselbe Person.

14 (2) Gleichwohl ist dem Gesetz ein Ausschluss des Bestehens dinglicher Rechte an eigenen Grundstücken fremd (vgl. § 889 BGB; näher Senat, Beschluss vom 14.07.2011, V ZB 271/10, BGHZ 190, 267 Rdnr. 7). Dementsprechend hat der Senat die Bestellung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit am eigenen Grundstück für zulässig erachtet (vgl. Senat, Urteil vom 11.03.1964, V ZR 78/62, BGHZ 41, 209, 210 f.; zur Grunddienstbarkeit vgl. Senat, Urteil vom 08.04.1988, V ZR 120/87, NJW 1988, 2362, 2363). Auch die Bestellung eines Wohnungsrechts am eigenen Grundstück ist nach allgemeiner und zutreffender Ansicht zulässig. § 1093 BGB steht dem nicht entgegen, weil die Personenidentität von Grundstückseigentümer und Wohnungsberechtigtem durch eine Singular- oder Gesamtrechtsnachfolge aufseiten des Eigentümers beseitigt werden kann (vgl. OLG München, DNotZ 2012, 778, juris Rdnr. 9; KG, NotBZ 2013, 473, juris Rdnr. 2; NJW-RR 2019, 725 Rdnr. 3; NK-BGB/*Otto*, 5. Aufl., § 1093 Rdnr. 28; BeckOGK-BGB/*Kazele*, § 1093 Rdnr. 133; Grüneberg/*Herrler*, 82. Aufl., § 1093 Rdnr. 7; Staudinger/*Reymann*, Neub. 2021, § 1093 Rdnr. 19 m. w. N.; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 1244).

15 (3) Die beschränkte persönliche Dienstbarkeit an eigenen Grundstücken hat der Senat jedoch nur deshalb für zulässig erachtet, weil dafür im Zusammenhang mit der Vertragsgestaltung ein praktisches Bedürfnis bestehen kann. Erfolgt die Bestellung nämlich mit Rücksicht auf eine beabsichtigte Übertragung des Eigentums an dem belasteten Grundstück, kann der Eigentümer daran ein berechtigtes Interesse haben (vgl. Senat, Urteil vom 11.03.1964, V ZR 78/62, BGHZ 41, 209, 211 m. w. N.). Zwar hat der Senat inzwischen von dem Erfordernis eines berechtigten Interesses als Voraussetzung für die wirksame Bestellung von Rechten am eigenen Grundstück abgesehen und die bloße Möglichkeit eines solchen Interesses als ausreichend angesehen; eines entsprechenden Nachweises bedarf es im Einzelfall nicht. Diese Erleichterung ist aber allein dem auf dem formellen Konsensprinzip und der Beweismittelbeschränkung beruhenden Grundbuchverfahren geschuldet. Im Grundstücksverkehr ist die Schaffung klarer und sicherer Rechtsverhältnisse von besonderer Bedeutung. Wäre die Wirksamkeit der Bestellung von dem Nachweis eines – nur schwer nachprüfbaren – berechtigten Interesses abhängig, könnte die Entstehung des Rechts noch Jahre später mit der Begründung in Zweifel gezogen werden, bei dessen Bestellung habe es an einem solchen Interesse des Eigentümers gefehlt (zum Ganzen Senat, Beschluss vom 14.07.2011, V ZB 271/10, BGHZ 190, 267 Rdnr. 10 m. w. N. für den Eigennießbrauch).

16 (4) Das bedeutet nicht, dass die beschränkte persönliche Dienstbarkeit am eigenen Grundstück dem Fremdrecht generell gleichgestellt werden kann. Dass eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit ohne Nachweis eines berechtigten Interesses am eigenen Grundstück bestellt werden kann, ändert nämlich nichts daran, dass nach dem gesetzlichen Leitbild Grundstückseigentümer und Berechtigter personenverschieden sind. Dieses gesetzliche Leitbild liegt gerade auch der Vorschrift des § 1092 Abs. 1 BGB zugrunde, die zum Ausschluss der Pfändbarkeit führen kann. Auf ein Eigentümerwohnungsrecht kann sich der Ausschluss der Pfändbarkeit nach Sinn und Zweck von § 1092 Abs. 1 BGB nicht erstrecken.

17 (a) Die Vorschrift des § 1092 Abs. 1 BGB dient dem Schutz des Eigentümers. Der historische Gesetzgeber hat die Unübertragbarkeit der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit der Unübertragbarkeit des Nießbrauchs (§ 1059 Satz 1 BGB) nachgebildet (vgl. Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Band III, 1899, S. 436). Damit wollte er dem persönlichen Vertrauensverhältnis zwischen Eigentümer und Berechtigtem Rechnung tragen und ausschließen, dass der Berechtigte ohne Mitwirkung des Eigentümers ausgetauscht werden kann (vgl. Mugdan, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. III, S. 762; MünchKomm-BGB/*Mohr*, § 1092 Rdnr. 1 m. w. N.; *Sämisch*, ZInsO 2005, 923, 924). Das zeigt, dass der Ausschluss der Pfändbarkeit (§ 851 Abs. 1, § 857 Abs. 1 ZPO) ein Fremdrecht voraussetzt, wie es dem § 1092 Abs. 1 BGB zugrunde liegenden gesetzlichen Leitbild entspricht. Die Bestellung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit an eigenen Grundstücken weicht davon ab und ist allein aus Gründen der Praktikabilität zulässig. Für die beschränkte persönliche Dienstbarkeit und insbesondere das Wohnungsrecht an eigenen Grundstücken ist die Vorschrift des § 1092 Abs. 1 BGB deshalb teleologisch einzuschränken. Der Berechtigte, der zugleich Eigentümer ist, muss sich so behandeln lassen, als habe er es gemäß § 1092 Abs. 1 Satz 2 BGB gestattet, die Ausübung einem anderen zu überlassen (vgl. Senat, Urteil vom 11.03.1964, V ZR 78/62, NJW 1964, 1226, insoweit in BGHZ 41, 209 nicht abgedruckt). Wäre eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit und insbesondere das Eigentümerwohnungsrecht unpfändbar, könnte dies die Grundstücksver-

wertung erschweren und die Gläubiger benachteiligen. Das entspricht nicht dem Zweck des § 1092 Abs. 1 BGB.

18 (b) Dabei kommt es für die Pfändbarkeit nicht auf den Zeitpunkt an, zu dem das Eigentümerwohnungsrecht entsteht. Hierfür spielt es also keine Rolle, ob das Wohnungsrecht von Anfang an als Eigentümerwohnungsrecht bestellt wird oder ob es nachträglich zu einer Vereinigung von Wohnungsrecht und Eigentum in einer Person kommt. Sind Grundstückseigentümer und Wohnungsberechtigter personenidentisch, sei es durch eine anfängliche Bestellung des Wohnungsrechts als Eigentümerrecht, sei es durch eine nachträgliche (Wieder-)Vereinigung von Wohnungsrecht und Eigentum in einer Person (§ 889 BGB), muss sich der Wohnungsberechtigte für die Pfändung so behandeln lassen, als habe er es gemäß § 1092 Abs. 1 Satz 2 BGB gestattet, die Ausübung des Wohnungsrechts einem anderen zu überlassen; infolgedessen ist ein Eigentümerwohnungsrecht stets pfändbar (§ 851 Abs. 1, § 857 Abs. 3 ZPO). Aufgrund der Pfändbarkeit fällt das Eigentümerwohnungsrecht bei Insolvenz des wohnungsberechtigten Grundstückseigentümers in die Insolvenzmasse (§ 36 Abs. 1 Satz 1 InsO). Das gilt sowohl, wenn der Wohnungsberechtigte und spätere Insolvenzschuldner – wie im Fall des OLG München (FGPrax 2011, 17) – das Grundstück, an dem das Wohnungsrecht bestellt ist, erstmals nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens erwirbt, als auch dann, wenn – wie hier – der spätere Insolvenzschuldner unter gleichzeitiger Bestellung eines Eigentümerwohnungsrechts sein Grundstück anfechtbar an einen Dritten veräußert und ihm das Grundstück auf die Anfechtung des Insolvenzverwalters zurückgewährt wird. In den Genuss der Unpfändbarkeit kann der mit dem Eigentümer personenidentische Wohnungsberechtigte auch nicht dadurch gelangen, dass er – wie hier – bei der Bestellung des Rechts die Ausübung durch einen Dritten ausdrücklich untersagt.

19 d) Infolge der Pfändbarkeit des Wohnungsrechts des Beteiligten zu 1 kann der Beteiligte zu 4 als Insolvenzverwalter die Löschung des Wohnungsrechts bewilligen.

20 aa) Ist die Überlassung der Ausübung des Wohnungsrechts an einen anderen gestattet, führt dies zur Pfändbarkeit des dinglichen Rechts selbst (vgl. Senat, Urteil vom 23.05.1962, V ZR 187/60, NJW 1962, 1392, 1393; Urteil vom 29.09.2006, V ZR 25/06, WM 2006, 2226 Rdnr. 11; zu den Wirkungen der Pfändung vgl. BGH, Urteil vom 12.01.2006, IX ZR 131/04, BGHZ 166, 1 Rdnr. 11, 16). Das Wohnungsrecht fällt in die Insolvenzmasse (§ 35 Abs. 1, § 36 Abs. 1 Satz 1 InsO) und ist von dem Insolvenzverwalter zu verwerten (§ 159 InsO).

21 bb) Der Insolvenzverwalter ist befugt, im Rahmen der Verwertung die Löschung des Wohnungsrechts zu bewilligen. Zwar hat die Unübertragbarkeit des Wohnungsrechts (§ 1092 Abs. 1 Satz 1 ZPO) auch in der Zwangsvollstreckung Bestand (§ 857 Abs. 1, § 851 Abs. 1 ZPO; § 36 Abs. 1 Satz 1 InsO; vgl. BGH, Urteil vom 12.01.2006, IX ZR 131/04, BGHZ 166, 1 Rdnr. 11 für den Nießbrauch; Staudinger/*Reymann*, § 1092 Rdnr. 11 f.). Weil das Wohnungsrecht aber selbst in die Insolvenzmasse fällt, kann der Insolvenzverwalter es aufgeben (vgl. BeckOK-InsR/*Kirchner*, § 35 InsO Rdnr. 9; MünchKomm-InsO/*Peters*, 4. Aufl., § 35 Rdnr. 517; Staudinger/*Heinze*, Neub. 2021, § 1059 Rdnr. 32); damit werden die Voraussetzungen für eine dem Insolvenzzweck entsprechende bestmögliche Verwertung des Grundstücks zum Zwecke der Befriedigung der Insolvenzgläubiger geschaffen (vgl. dazu BGH, Urteil vom 12.03.2020, IX ZR 125/17, BGHZ 225, 90 Rdnr. 26).

22 cc) Einer Mitwirkung des Beteiligten zu 1 als Eigentümer des Grundstücks an der Löschung des Wohnungsrechts (§ 875 Abs. 1 Satz 1 BGB, § 19 GBO) bedurfte es nicht, weil auch das Grundstück in die Insolvenzmasse fällt und der Verfügungsbefugnis des Beteiligten zu 4 als Insolvenzverwalter unterliegt (§ 80 Abs. 1 InsO).

(...)

ANMERKUNG:

Von Notar Dr. **Adolf Reul**, München

Der BGH hat in diesem Urteil wichtige Fragen zum Grundbuch- und Sachenrecht sowie zum Insolvenzrecht geklärt.

Mit dem ersten Leitsatz der Entscheidung hat der BGH seine schon früher vertretene Ansicht bestätigt, dass die Bestellung eines dinglichen Wohnungsrechts am eigenen Grundstück zulässig sei.

Das Gesetz geht bereits selbst in § 889 BGB davon aus, dass ein Recht an einem fremden Grundstück nicht dadurch erlischt, dass der Eigentümer des Grundstücks das Recht oder der Berechtigte das Eigentum an dem Grundstück erwirbt.[1]

Auch ein Nießbrauch am eigenen Grundstück[2] oder die Bestellung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit[3] am eigenen Grundstück sind daher allgemein anerkannt.[4] Dies gilt dabei nicht nur, wenn das beschränkte dingliche Recht zunächst an einem fremden Grundstück bestellt wurde und danach der Berechtigte des beschränkten dinglichen Rechts Eigentümer dieses Grundstücks wird.[5] Ein solches beschränktes dingliches Recht

1 BGH, Beschluss vom 14.07.2011, V ZB 271/10, BGHZ 190, 267 Rdnr. 7 = DNotZ 2012, 137.

2 BGH, Beschluss vom 14.07.2011, V ZB 271/10, BGHZ 190, 267, Rdnr. 7.

3 BGH, Urteil vom 11.03.1964, V ZR 78/62, BGHZ 41, 209, 210; Urteil vom 08.04.1988, V ZR 120/87, NJW 1988, 2362, 2363.

4 Vgl. BeckOK-BGB/*Reischl*, Stand: 01.08.2023, § 1030 Rdnr. 13; Grüneberg/*Herrler*, 83. Aufl. 2024, § 1030 Rdnr. 3; § 1090 Rdnr. 3; § 1093 Rdnr. 7; MünchKomm-BGB/*Pohlmann*, 9. Aufl. 2023, § 1030 Rdnr. 80 ff.; MünchKomm-BGB/*Mohr*, § 1090 Rdnr. 38; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rdnr. 1200, 1244.

5 OLG München, Beschluss vom 14.09.2010, 34 Wx 72/10, FGPrax 2011, 17.

kann vielmehr auch von vornherein am eigenen Grundstück bestellt werden.[6]

Die Rechtsprechung und Teile der Literatur verlangten für die Eintragung eines solchen Eigentümerrechts im Grundbuch zunächst, dass dafür ein berechtigtes Interesse nachzuweisen sei.[7] Ein solches berechtigtes Interesse bestehe insbesondere dann, wenn die Eintragung des Rechts am eigenen Grundstück mit Rücksicht auf eine beabsichtigte Übertragung des Eigentums am belasteten Grundstück geschieht.[8] Eine vorherige, von dem Eigentümer selbst geschaffene dingliche Sicherung der ihm verbleibenden Nutzungsbefugnis bietet erhebliche Vorteile gegenüber dem nur schuldrechtlichen Versprechen des Erwerbers, unmittelbar im Anschluss an den Erwerb ein Recht für den vormaligen Eigentümer an dem alsdann fremden Grundstück zu bestellen. Auch wenn dieses Versprechen durch einen Rangvorbehalt des Eigentümers (§ 881 BGB) und eine im Voraus abgegebene Eintragungsbewilligung des Erwerbers flankiert wird, ist der Eigentümer wegen der Möglichkeit von Verfügungsbeschränkungen des Erwerbers, die vor dem nach § 878 BGB maßgeblichen Zeitpunkt entstanden sind, und wegen der Wirkung des Rangvorbehalts nur für den jeweiligen Grundstückseigentümer (§ 881 Abs. 3 BGB) nicht in gleicher Weise geschützt.[9]

Später hat der BGH dieses Erfordernis, ein berechtigtes Interesse für die Bestellung eines Nießbrauchs am eigenen Grundstück nachzuweisen, ausdrücklich aufgegeben.[10] Nach seiner Auffassung sei die Bestellung von Rechten am eigenen Grundstück bereits im Hinblick auf die bloße Möglichkeit eines solchen (berechtigten) Interesses als zulässig anzusehen. Wäre die Wirksamkeit der Bestellung eines Eigennießbrauchs von dem Nachweis eines – nur schwer nachprüfbaren – berechtigten Interesses abhängig, könnte die Entstehung des Rechts noch Jahre später mit der Begründung in Zweifel gezogen werden, bei dessen Begründung habe es an einem solchen Interesse des Eigentümers gefehlt. Mit dem Gebot, durch Eintragungen im Grundbuch im Grundstücksverkehr klare und sichere Rechtsverhältnisse zu schaffen, wäre dies nicht vereinbar.[11] Dem möglichen Einwand, der Eigentümernießbrauch könne dann dazu genutzt werden, Gläubigern den Zugriff auf das Grundstück zu erschweren, begegnet der BGH mit dem Hinweis auf die Anfechtungsvorschriften nach dem AnfG. Diese verdrängen im Regelfall die zivilrechtlichen Vorschriften der §§ 138, 226 BGB. Eine etwaige Gläubigerbenachteiligungsabsicht sei daher im Anfechtungsverfahren, nicht aber im Rahmen einer Grundbucheintragung zu prüfen.[12]

Rechtsprechung und Literatur habe sich dieser neueren Auffassung – soweit ersichtlich – einhellig angeschlossen.[13] Das vorliegende Urteil des für das Immobilienrecht zuständigen V. Senats des BGH bestätigt diese Ansicht und überträgt diese jetzt ausdrücklich auch auf das dingliche Wohnungsrecht als Sonderform einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit. Ähnlicher Ansicht war bereits vorher der Insolvenzrechtssenat des BGH[14] und die Literatur.[15]

Mit dem zweiten und dritten Leitsatz stellt der BGH nunmehr klar, dass ein dingliches Recht am eigenen Grundstück jedoch nicht in allen Fällen mit einem Fremdrecht, bei dem die beschränkte persönliche Dienstbarkeit an einem fremden Grundstück bestellt wird, gleichgestellt

6 BGH, Beschluss vom 14.07.2011, V ZB 271/10, BGHZ 190, 267 = NJW 2011, 3517; OLG Köln, Urteil vom 16.12.1997, 3 U 111/97, NJW-RR 1999, 239; BayObLG, Beschluss vom 15.02.1979, BReg. 2 Z 29/78, MittBayNot 1979, 6, 8; LG Stade, Beschluss vom 23.04.1968, 2 T 41/68, NJW 1968, 1678 f.; LG Hamburg, Urteil vom 03.05.1968, 71 T 20/68, DNotZ 1969, 39, 40; LG Verden, Beschluss vom 24.02.1970, 2 T 34/70, Nds. Rpfl. 1970, 208, 209; DNotI-Report 7/1997, 73; MünchKomm-BGB/*Pohlmann*, § 1030 Rdnr. 83.; *Schön*, Der Nießbrauch an Sachen, 1992, S. 222 ff.; Erman/*Bayer*, BGB, 17. Aufl. 2023, § 881 Rdnr. 6; Grüneberg/*Herrler*, § 1030 Rdnr. 3; Staudinger/*Heinze*, Neub. 2021, § 881 Rdnr. 31 ff.

7 BGH, Urteil vom 11.03.1964, V ZR 78/62, BGHZ 41, 209, 2011 = DNotZ 1964, 493; LG Stade, Beschluss vom 23.04.1968, 2 T 41/68, NJW 1968, 1678; LG Verden, Beschluss vom 24.02.1970, 2 T 34/70, Nds. Rpfleger 1970, 208; RGRK/*Rothe*, BGB, 12. Aufl. 1977, 1030 Rdnr. 5; Soergel/*Stürner*, BGB, 12. Aufl. 2005, § 1030 Rdnr. 3; *von Lübtow*, NJW 1962, 275, 276 f.; *Harder*, DNotZ 1970, 267, 271; a. A. Staudinger/*Frank*, Neub. 2009, § 1030 Rdnr. 35; MünchKomm-BGB/*Pohlmann*, 5. Aufl. 2009, § 1030 Rdnr. 24; Palandt/*Bassenge*, 70. Aufl., § 1030 Rdnr. 3; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 14. Aufl. 2008, Rdnr. 1373; *Schön*, Der Nießbrauch an Sachen, S. 224; *Weitnauer*, DNotZ 1958, 352, 358; *ders.*, DNotZ 1964, 716, 718; *Harder*, DNotZ 1970, 267, 271 ff.

8 BGH, Urteil vom 11.03.1964, V ZR 78/62, BGHZ 41, 209, 2011 = DNotZ 1964, 493.

9 BGH, Beschluss vom 14.07.2011, V ZB 271/10, DNotZ 2012, 137, 138.

10 BGH, Beschluss vom 14.07.2011, V ZB 271/10, DNotZ 2012, 137.

11 BGH, Beschluss vom 14.07.2011, V ZB 271/10, DNotZ 2012, 137, 139; Urteil vom 20.05.1988, V ZR 269/86, BGHZ 104, 298; Urteil vom 09.01.1958, II ZR 275/56, BGHZ 26, 225, 228.

12 BGH, Beschluss vom 14.07.2011, V ZB 271/10, DNotZ 2012, 137, 139 f.

13 KG, Beschluss vom 08.01.2019, 1 W 344/18, NZM 2019, 455; Beschluss vom 24.09.2013, 1 W 379/12, Rpfleger 2014, 130; OLG München, Beschluss vom 09.05.2012, 34 Wx 448/11, DNotZ 2012, 778; Beschluss vom 30.09.2011, 34 Wx 328/11, RNotZ 2012, 44; *Bayer*/*Lieder* in Bauer/Schaub, GBO, 4. Aufl. 2018, AT C Rdnr. 440 und 506; MünchKomm-BGB/*Pohlmann*, § 1030 Rdnr. 82 f.; Grüneberg/*Herrler*, § 1030 Rdnr. 3 und § 1090 Rdnr. 3; Meikel/*Morvilius*, GBO, 11. Aufl. 2014, Einl. B Rdnr. 416; Staudinger/*Reymann*, Neub. 2017, § 1093 Rdnr. 19; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rdnr. 1200 und Rdnr. 1244; *Strobel*, ZfPW 2019, 2021, 42, 56 ff.

14 BGH, Urteil vom 05.05.2009, IX ZR 151/08, BeckRS 2009, 12594; OLG Schleswig, Urteil vom 04.07.2008, 1 U 114/07, BeckRS 2009, 12640; OLG München, Beschluss vom 14.09.2010, 34 Wx 72/10, FGPrax 2011, 17.

15 Grüneberg/*Herrler*, 82. Aufl. 2023, § 1093 Rdnr. 7; MünchKomm-BGB/*Mohr*, § 1093 Rdnr. 15; Staudinger/*Reymann*, Neub. 2021, § 1093 Rdnr. 19; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rdnr. 1244.

werden könne, also dieselben Rechte gewähre.[16] Dies gilt namentlich für die Pfändung. Zwar gelte auch beim Eigentümerwohnrecht als beschränkter persönlicher Dienstbarkeit die Regelung des § 1092 Abs. 1 BGB, nach der das Recht nicht übertragbar sei. Als nicht übertragbares Recht unterliege es nicht der Pfändung, § 851 Abs. 1 ZPO, und falle deshalb auch nicht in die Insolvenzmasse. Allerdings – und darin liegt die besondere Bedeutung dieser neuen Entscheidung – müsse sich der Grundstückseigentümer und Wohnungsberechtigte beim Eigentümerwohnrecht so behandeln lassen, als habe er es gemäß § 1092 Abs. 1 Satz 2 BGB gestattet, die Ausübung des Wohnungsrecht einem anderen zu überlassen. Ein Recht, dessen Überlassung an einen Dritten zur Ausübung gestattet ist, ist nach § 857 Abs. 3 ZPO stets pfändbar. Dies gelte dann auch für das Eigentümerwohnungsrecht. Als pfändbares Recht falle es daher nach §§ 35, 36 InsO in die Insolvenzmasse. Der Insolvenzverwalter sei deshalb nach § 80 InsO befugt, das Eigentümerwohnrecht im Grundbuch aufgrund eigener Bewilligung löschen zu lassen.

Die bislang hierzu ergangene obergerichtliche Rechtsprechung hat dies anders gesehen:[17]

In einem vom OLG Schleswig zu entscheidenden Fall hatte die Eigentümerin an ihrer Wohnung für sich ein Eigentümerwohnrecht bestellt und anschließend die Wohnung veräußert. Später wurde über ihr Vermögen das Insolvenzverfahren eröffnet. Nach Anfechtung des Veräußerungsvertrags einigte man sich im Wege eines Vergleichs darauf, die Immobilie an die Schuldnerin, sprich in deren Insolvenzmasse, zu übertragen. Hierzu wurde ein notarieller Vertrag geschlossen. Ein Vollzug im Grundbuch blieb zunächst aus. Strittig war, ob das Wohnungsrecht in die Insolvenzmasse fiel. Das OLG Schleswig verneinte dies mit dem Argument, eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit und damit ein Wohnungsrecht sei nur dann Teil der Insolvenzmasse, wenn es gepfändet werden könne, was voraussetze, dass dem Berechtigten die Überlassung der Ausübung der Dienstbarkeit nach § 1092 Abs. 1 Satz 2 BGB gestattet sei.[18] Fehle es an einer solchen Gestattung, scheide ein Insolvenzbeschlag aus. Diese Gestattung könne auch der Insolvenzverwalter nicht einseitig erklären, wenn zugunsten der Schuldnerin aufgrund des Notarvertrages ein Anwartschaftsrecht auf Rückübertragung der Wohnung begründet wurde. Notwendig sei immer eine Vereinbarung zwischen Berechtigtem und Verpflichtetem.

Der für das Insolvenzrecht zuständige IX. Senat des BGH hat diese Auffassung bestätigt. Er hat nochmals ausdrücklich dargelegt, dass eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit nur dann nach § 857 Abs. 3 ZPO gepfändet werden könne und zur Insolvenzmasse nach §§ 35, 36 InsO gehöre, wenn die Überlassung der Ausübung an einen Dritten gestattet sei. Die Gestattung könne zum Inhalt des dinglichen Rechts nach § 873 BGB oder schuldrechtlich vereinbart werden. Eine einseitige Überlassungsgestattung genüge nicht und zwar selbst dann nicht, wenn die mit dem Wohnungsrecht zugunsten der Schuldnerin belastete Immobilie an die Schuldnerin übertragen worden und deren Rechtserwerb im Grundbuch vollzogen worden wäre.

Ebenso hat das OLG München entschieden, dass ein Wohnrecht, das zunächst an einem fremden Grundstück bestellt und im Grundbuch eingetragen wurde und bei dem später der Wohnungsberechtigte das Eigentum an dem belasteten Grundstück erworben hat, wie sonst auch als beschränkte persönliche Dienstbarkeit nach § 1092 Abs. 1 Satz 1 BGB grundsätzlich nicht übertragbar und deshalb mangels Pfändbarkeit gemäß § 857 Abs. 1 ZPO nicht Gegenstand der Insolvenzmasse nach §§ 35, 36 InsO sei.[19] Sei die Überlassung zur Ausübung gemäß § 1092 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht gestattet, falle das Wohnungsrecht mangels Übertragbarkeit und Pfändbarkeit überhaupt nicht in die Insolvenzmasse. Gehöre aber das Wohnungsrecht nicht zur Insolvenzmasse, so sei der Insolvenzverwalter darüber auch nicht verfügungsbefugt. Dies sei ausschließlich der Berechtigte selbst. Nur er könne das Recht aufgeben und im Grundbuch löschen lassen. Daran ändere sich nach Ansicht des OLG München auch nichts, dass der Berechtigte das Eigentum an dem Grundstück erworben habe; denn nach § 889 BGB erlösche ein an einem fremden Grundstück begründetes Recht nicht durch Konsolidation. Das Recht bestehe mit seinem bisherigen Inhalt fort und verleihe die gleichen Befugnisse wie vor der Vereinigung der Berechtigung am dinglichen Recht und dem Eigentum. Insbesondere bleibe es auch bei der Verfügungsberechtigung über das betreffende Recht. Aus der Insolvenzzugehörigkeit des Eigentums (Vollrechts) könne daher nicht auch auf die Insolvenzzugehörigkeit des Wohnungsrechts geschlossen werden.[20] Die Literatur ist dieser Auffassung überwiegend gefolgt.[21]

Mit der vorstehenden Entscheidung vom 02.03.2023 hat der V. Senat des BGH nunmehr Klarheit geschaffen.[22] Beim Eigentümerwohnrecht müsse sich der Grundstückseigentümer und Wohnungsberechtigte so behan-

16 *Cymutta*, IVR 2023, 73.

17 BGH, Urteil vom 05.05.2009, IX ZR 151/08, BeckRS 2009, 12594; OLG Schleswig, Urteil vom 04.07.2008, 1 U 114/07, BeckRS 2009, 12640; OLG München, Beschluss vom 14.09.2010, 34 Wx 72/10, FGPrax 2011, 17.

18 BGH, Urteil vom 05.05.2009, IX ZR 151/08, BeckRS 2009, 12594.

19 OLG München, Beschluss vom 14.09.2010, 34 Wx 72/10, FGPrax 2011, 17.

20 OLG München, Beschluss vom 14.09.2010, 34 Wx 72/10, FGPrax 2011, 17.

21 Staudinger/*Picker*, Neub. 2019, § 889 Rdnr. 9; BeckOGK-BGB/*Kazele*, Stand: 01.02.2023, § 1092 Rdnr. 34; BeckOK-InsR/*Riewe*/*Kaubisch*, Stand: 15.01.2023, § 80 InsO Rdnr. 10.4; *Neumann*, NZI 2021, NZI 2021, 1025, 1026; *Mittlehner*, EWiR 2021, 726; a. A. MünchKomm-BGB/*Mohr*, § 1092 Rdnr. 11; BeckOK-InsR/*Kirchner*, § 35 InsO Rdnr. 9.

22 BGH, Beschluss vom 02.03.2023, V ZB 64/21, BGHZ 236, 214.

deln lassen, als sei es gemäß § 1092 Abs. 1 Satz 2 BGB gestattet, die Ausübung des Wohnungsrechts einem anderen zu überlassen. Das Recht sei deshalb pfändbar nach § 857 Abs. 3 ZPO und Teil der Insolvenzmasse, §§ 35, 36 InsO. Mit dieser Entscheidung hat der V. Zivilsenat des BGH der gegenteiligen Ansicht des OLG Schleswig und auch des OLG München eine Absage erteilt.

Der BGH verweist zur Begründung seiner Auffassung auf eine ältere, wenig bekannte Entscheidung aus dem Jahr 1964.[23] Bereits damals hat der BGH entschieden, dass dann, wenn der Eigentümer eines Grundstücks und der Berechtigte einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit personenidentisch sind, die beschränkte persönliche Dienstbarkeit pfändbar sei, weil die Gestattung der Übertragung der Ausübung auf einen anderen gemäß § 1092 Abs. 1 Satz 2 BGB stets als erteilt zu erachten sei. Mit der neuen Entscheidung bestätigt der V. Senat des BGH diese Auffassung. Er setzt sich damit auch gegenüber der gegenteiligen Ansicht des IX. Senats des BGH durch. Dieser erklärte ausdrücklich, an seiner bisherigen Auffassung nicht mehr festzuhalten.[24]

Leitbild des § 1092 Abs. 1 BGB, der die Unübertragbarkeit der Rechte aus einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit und damit den Ausschluss der Pfändbarkeit anordnet, sei, dass Grundstückseigentümer und Dienstbarkeitsberechtigter personenverschieden sind. § 1092 Abs. 1 BGB diene dem Schutz des Eigentümers. Der historische Gesetzgeber wollte mit der Unübertragbarkeit der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit dem persönlichen Vertrauensverhältnis zwischen Eigentümer und Berechtigtem Rechnung tragen und ausschließen, dass der Berechtigte ohne Mitwirkung des Eigentümers ausgetauscht werden könne.[25] Das zeige, dass der Ausschluss der Pfändbarkeit nach § 851 Abs. 1, § 857 Abs. 1 ZPO ein Fremdrecht voraussetze, wie es dem § 1092 Abs. 1 BGB zugrunde liegenden gesetzlichen Leitbild entspreche. Die Bestellung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit an eigenen Grundstücken weiche davon ab. Dies sei aus Gründen der Praktikabilität zulässig. Für die beschränkte persönliche Dienstbarkeit und insbesondere für das Wohnungsrecht an eigenen Grundstücken sei § 1092 Abs. 1 BGB aber deshalb teleologisch einzuschränken. Der Berechtigte, der zugleich Eigentümer ist, müsse sich so behandeln lassen, als habe er es gemäß § 1092 Abs. 1 Satz 2 BGB gestattet, die Ausübung einem anderen zu überlassen.[26] Damit sei die Eigentümerdienstbarkeit pfändbar. Wäre eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit und insbesondere das Eigentümerwohnungsrecht unpfändbar, könnte dies die Grundstücksverwertung erschweren und die Gläubiger benachteiligen. Das entspreche nicht dem Zweck des § 1092 Abs. 1 BGB. Nach Auffassung des BGH komme es dabei nicht darauf an, ob das Wohnungsrecht anfänglich als Eigentümerrecht bestellt wurde oder ob eine nachträgliche Vereinigung von Wohnungsrecht und Eigentum in einer Person erfolgt sei.[27]

Der BGH hat diese Sichtweise mit einer weiteren Entscheidung vom 22.06.2023 nochmals ausdrücklich bestätigt.[28]

Der Begründung des BGH ist uneingeschränkt zuzustimmen. Würde man anders entscheiden, bestünde die Gefahr, dass mit der Bestellung von Eigentümerwohnrechten „vollstreckungsfreies“ Vermögen geschaffen werden könnte. Dies ist mit dem Recht der Gläubiger auf eine Befriedigung ihrer Forderungen im Wege der Zwangsvollstreckung jedoch nicht vereinbar. Eines Rückgriffs auf die Vorschriften der Gläubigeranfechtung, wie noch vom BGH in seiner Entscheidung aus dem Jahr 2011 zur Zulässigkeit des Eigentümernießbrauchs angedacht, bedarf es nicht.[29] Das Problem, dass eine solche Anfechtung nur innerhalb von zehn Jahren möglich ist und deshalb nur beschränkt wirkt, stellt sich nicht (mehr).[30] Erst recht muss nicht beantwortet werden, ob ein solches Eigentümerwohnrecht ggf. wegen §§ 134, 138 BGB unwirksam ist.[31] Das Grundbuchamt ist von der Prüfung dieser materiellrechtlichen Fragen enthoben.

Was folgt aus dieser Entscheidung für die Praxis?

Zum einen folgt daraus, dass die Bestellung eines Eigentümerwohnrechts weiterhin zulässig ist und dass für die Eintragung im Grundbuch kein besonderes Interesse nachgewiesen werden muss. Namentlich in den Fällen einer bevorstehenden Veräußerung hat die Bestellung eines Eigentümerwohnrechts für den Veräußerer erhebliche Vorteile und kann daher weiterhin als Gestaltungsvorschlag verwendet werden.

Zum andern folgt aus dieser Entscheidung aber, dass die Bestellung eines Eigentümerwohnrechts nur dann einen Vollstreckungsschutz bewirkt, wenn das Eigentümerwohnrecht zu einem Fremdrecht wird, wenn die Immobilie also veräußert/übertragen wird. In der Insolvenz des Erwerbers als nachmaligen Eigentümer gewährt das dingli-

23 BGH, Beschluss vom 11.03.1964, V ZB 78/62, BGHZ 41, 209 = NJW 1964, 1226.

24 BGH, Urteil vom 05.05.2009, IX ZR 151/08, BeckRS 2009, 12594.

25 Mugdan, Die gesamten Materialien zum BGB, Bd. III, S. 762; MünchKomm-BGB/*Mohr*, § 1092 Rdnr. 1; *Sämisch*, ZInsO 2005, 923, 924.

26 BGH, Beschluss vom 02.03.2023, V ZB 64/21, BGHZ 236, 214 Rdnr. 17; Urteil vom 11.03.1964 V ZR 78/62, NJW 1964, 1226.

27 BGH, Beschluss vom 02.03.2023, V ZB 64/21, BGHZ 236, 214 Rdnr. 18; Urteil vom 11.03.1964 V ZR 78/62, NJW 1964, 1226.

28 BGH, Beschluss vom 22.06.2023, V ZB 10/22, BeckRS 2023, 22721 Rdnr. 17.

29 BGH, Beschluss vom 14.07.2011, V ZB 271/10, DNotZ 2012, 137, 139.

30 Vgl. zur Kritik an der vorgenannten Entscheidung *Reul* in Reul/Heckschen/Wienberg, Insolvenzrecht in der Gestaltungspraxis, 3. Aufl. 2023, § 2 Rdnr. 304.

31 So noch *Reul* in Reul/Heckschen/Wienberg, Insolvenzrecht in der Gestaltungspraxis, § 2 Rdnr. 304.

che Wohnungsrecht ein Aussonderungsrecht. Die Immobilie fällt zwar in die Insolvenzmasse; das Wohnungsrecht als Aussonderungsrecht bleibt bestehen. In der Insolvenz des Wohnungsberechtigten selbst fällt das Wohnungsrecht nur dann in die Insolvenzmasse, wenn bei der Bestellung des Wohnungsrechts oder später eine Überlassung der Ausübung des Rechts an einen Dritten ausdrücklich gestattet wird, § 1092 Abs. 1 Satz 2 BGB. Will man einen wirksamen Vollstreckungsschutz für den Wohnungsberechtigten erreichen, muss eine solche Gestattung der Überlassung der Ausübung durch den Berechtigten unterbleiben.[32]

Allein die Bestellung eines Eigentümerwohnrechts ohne zusätzliche Veräußerung der Immobilie gewährt hingegen keinerlei Vollstreckungsschutz und zwar weder in der Einzelzwangsvollstreckung noch in der Insolvenz. Auf die Gestattung einer Ausübungsüberlassung kommt es insoweit nicht an.

Umgekehrt ist aus Sicht der Gläubiger in der Einzelzwangsvollstreckung bei einem Eigentümerwohnrecht darauf zu achten, dass das Eigentümerwohnrecht als eigenständiger Vermögenswert des Schuldners selbst gepfändet werden kann. Die bloße Zwangsvollstreckung in die mit dem Eigentümerwohnrecht belastete Immobilie erfasst daher nicht auch das Eigentümerwohnrecht selbst. Soweit die Anfechtungsfristen noch nicht abgelaufen sind, kann freilich die Bestellung des Eigentümerrechts angefochten werden. Rechtsfolge ist, dass dieses Recht bei der Zwangsvollstreckung in den damit belasteten Grundbesitz nicht geltend gemacht werden darf. [33] Darüber hinaus ist es dem Insolvenzverwalter in der Insolvenz des Eigentümers unbenommen, die Löschung des Eigentümerwohnrechts zu bewilligen.[34] Einer Mitwirkung des Eigentümers bedarf es nicht, denn das Eigentümerwohnungsrecht fällt in die Insolvenzmasse und unterliegt daher nach § 80 InsO der Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters.

32 *Drasdo*, NJW-Spezial 2023, 386.

33 BGH, Urteil vom 13.07.1995, IX ZR 81/94, NJW 1995, 2846, 2848 f.; *Huber*, AnfG, 12. Aufl. 2021, § 11 Rdnr. 19 ff.; MünchKomm-AnfG/*Weinland*, 2. Aufl. 2022, § 11 Rdnr. 72.

34 BGH, Beschluss vom 02.03.2023, V ZB 64/21, BGHZ 236, 214 Rdnr. 19 ff.; Beschluss vom 22.06.2023, V ZB 10/22, BeckRS 2023, 22721 Rdnr. 17.

3. Zur nachträglich veränderten Urkunde im Grundbuchverfahren

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 14.02.2024, 14 W 109/23 (Wx)

BeurkG § 40
GBO §§ 19, 27, 29

LEITSÄTZE:

1. **Der Charakter einer Erklärung als öffentlich-beglaubigt im Sinne des § 29 GBO geht nicht durch eine nachträgliche Änderung des über der Unterschrift stehenden Textes verloren, da die öffentliche Beglaubigung nur eine Beglaubigung der Unterschrift des Erklärenden, nicht dagegen des Inhalts der schriftlich abgefassten Erklärung umfasst.**

2. **Ob das Grundbuchamt oder das an dessen Stelle tretende Beschwerdegericht eine nachträglich veränderte Urkunde als von der beglaubigten Unterschrift gedeckt ansieht und die Urkunde daher als ausreichende Eintragungsunterlage akzeptiert, ist keine Frage des § 29 GBO, sondern eine Frage der Beweiskraft der (nach wie vor öffentlich beglaubigten) Urkunde, für die die Regeln des Freibeweises gelten.**

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Beteiligte (...) begehrt die Löschung einer Grundschuld aus dem Grundbuch.

2 Mit notariell beurkundetem Kaufvertrag vom 14.05.2013 (Notariat IV Villingen, IV UR 1877/2013) erwarb die Beteiligte (...) 267/10.000 Miteigentumsanteil an dem Grundstück Flst. Nr. (...) ([...], Gebäude- und Freifläche zu 4.181 m² verbunden mit dem Sondereigentum an der Wohnung [...] und einem Kellerraum [...], im Aufteilungsplan je mit Nr. [...] bezeichnet), eingetragen in Blatt (...) im Grundbuch des AG Villingen-Schwenningen für die Gemarkung Sch (Teileigentumsgrundbuch), sowie 22/10.000 Miteigentumsanteil an demselben Grundstück (verbunden mit dem Sondereigentum an einem Tiefgaragenstellplatz, im Aufteilungsplan mit Nr. [...] bezeichnet), eingetragen in Blatt (...) desselben Teileigentumsgrundbuchs. Mit notarieller Urkunde vom 13.06.2013 (...) bestellten die Kaufvertragsparteien zum Zwecke der Finanzierung des Kaufpreises eine Grundschuld zugunsten der finanzierenden Bank (im Folgenden: Gläubigerin), die sich gegenständlich auf den in Blatt (...) sowie den in Blatt (...) eingetragenen Miteigentumsanteil erstreckte.

3 Mit Schreiben vom 23.08.2023 beantragte Notar (...) gemäß § 15 Abs. 2 GBO für die Beteiligte (...) unter Beifügung einer sich lediglich auf die Belastung im Grundbuch von Sch Blatt (...) beziehenden Löschungsbewilligung vom 11.07.2023 der Gläubigerin sowie – auf demselben Blatt – Zustimmungserklärung und Löschungsantrag der Eigentümerin (...) nebst Unterschriftsbeglaubigung der Eigentümerin (...) den Vollzug der Löschung der Grundschuld im Grundbuch von Sch Blatt (...). Schon zuvor war aufgrund eines Antrags vom 08.08.2023 die Löschung der im Grund-

buch von Schwenningen, Blatt (...), in Abt. III Nr. 1 eingetragenen Grundschuld vollzogen worden. Weil sich die diesem Antrag beigefügte Löschungsbewilligung ebenfalls nur auf Blatt (...) bezogen hatte, wurde hinsichtlich Blatt (...) (Tiefgaragenstellplatz Nr. [...]) nur eine Mithaftentlassung vorgenommen.

4 Mit Schreiben vom 30.08.2023 wies das Grundbuchamt darauf hin, dass es für die Löschung der Grundschuld Abt. III Nr. 1 in Blatt (...) der Löschungsbewilligung des Gläubigers in öffentlich beglaubigter Form gemäß § 29 GBO (Unterschriftsbeglaubigung) bedürfe und forderte den antragstellenden Notar auf, die erforderlichen Unterlagen bis zum 27.09.2023 nachzureichen. Hierauf übermittelte Notar (...) mit Schreiben vom 21.09.2023 die von der Gläubigerin um ein Komma und die Blattzahl „(...)" handschriftlich ergänzte Löschungsbewilligung vom 11.07.2023 nebst Begleitschreiben der Gläubigerin (...).

5 Mit Schreiben vom 25.09.2023 teilte das Grundbuchamt dem antragstellenden Notar mit, dass die ergänzte Löschungsbewilligung nicht in öffentlich beglaubigter Form gemäß § 29 GBO vorgelegt worden sei und es des Weiteren noch der Zustimmung der Grundstückseigentümerin zur Löschung des Rechtes Abt. III Nr. 1 in öffentlich beglaubigter Form gemäß § 29 GBO bedürfe, da diese bisher lediglich der Löschung der Grundschuld im Blatt (...) zugestimmt habe. Zur Erledigung setzte das Grundbuchamt Frist bis zum 30.10.2023, die fruchtlos verstrich.

6 Mit Zwischenverfügung nach § 18 Abs. 1 GBO vom 16.10.2023 stellte das Grundbuchamt fest, dass der beantragten Löschung der Grundschuld das Fehlen einer Löschungsbewilligung des Gläubigers in öffentlich beglaubigter Form gemäß § 29 GBO sowie die fehlende Zustimmung des eingetragenen Grundstückseigentümers zur Löschung des Rechts in öffentlich beglaubigter Form gemäß § 29 GBO als Hindernisse entgegenstünden. Zur Behebung hat das Grundbuchamt Frist bis zum 27.11.2023 gesetzt und im Falle des ergebnislosen Fristablaufs die kostenpflichtige Zurückweisung des Antrags angekündigt. Zur Begründung hat das Grundbuchamt unter anderem ausgeführt, dass in der Löschungsbewilligung der Gläubigerin bei Antragstellung lediglich das Blatt (...) aufgeführt gewesen sei. Daher bestehe keine Übereinstimmung zwischen dem sich auf Blatt (...) beziehenden Antrag und Bewilligung. Die bereits am 15.08.2023 durch das Grundbuchamt vollzogene Mithaftentlassung sei Folge einer Auslegung der Löschungsbewilligung, da nach der Rechtsprechung die für die Gesamtgrundpfandrechte erteilten Löschungsbewilligungen dahin ausgelegt werden könnten, dass sie auch einen Teilvollzug erlauben und die dafür erforderliche materiellrechtliche Erklärung des Teilverzichts mit enthalten. Die nachträgliche Ergänzung der Blattnummer (...) auf der Löschungsbewilligung beeinträchtige zwar deren Formwirksamkeit nicht, jedoch könne durch die nachträgliche Abänderung die Vermutung, dass die Erklärung vom Unterzeichner stammt, beeinträchtigt sein. Zwar seien als Nachweise, dass die Änderung durch den Unterzeichnenden bzw. mit seiner Genehmigung erfolgt sei, ein Schreiben der Gläubigerin eingereicht und durch Schreiben seitens des Notars vom 29.09.2023 erklärt worden, dass die Ergänzung durch die Gläubigerin erfolgt sei. Ungeachtet dessen gelte mit Blick auf die nachträgliche Abänderung die Echtheitsvermutung des § 440 Abs. 2 ZPO nicht. Das Grundbuchamt könne eine Bewilligung beanstanden, wenn es Zweifel daran habe, dass eine nachträgliche Änderung berechtigt erfolgt ist. Da die Änderung nicht durch den Unterzeichner unterschrieben worden sei, sei dem Grundbuchamt deren Echtheit nicht nachgewiesen worden. Eine Löschungszustimmung der Eigentümerin gemäß § 27 GBO liege lediglich hinsichtlich der Eintragung in Blatt Nr. (...) vor. Die vorliegende Löschungszustimmung bringe nicht zweifelsfrei zum Ausdruck, dass sie sich auch auf die Eintragung in Blatt Nr. (...) beziehe; ausdrücklich sei nur der Löschung des Grundpfandrechts in Blatt (...) zugestimmt worden.

7 Hiergegen richtet sich die durch Notar (...) im Namen der Beschwerdeführerin eingelegte Beschwerde vom 22.11.2023, die er unter Bezugnahme seines früheren Schreibens vom 29.09.2023 unter anderem damit begründete, dass die nachträgliche Änderung der über der Unterschrift stehenden Erklärung durch den Unterzeichnenden auch nach Unterschriftsbeglaubigung zulässig sei. Änderungen, die zeitlich nach dem Beglaubigungsvermerk vermerkt worden seien, könnten höchstens die Vermutung der Echtheit der Erklärung beeinträchtigen, was vom Grundbuchamt in freier Beweiswürdigung zu prüfen sei. Er selbst bestätige, dass die Ergänzung durch die Gläubigerin, die (...) Bausparkasse, erfolgt sei und dies auch dem Willen der Eigentümerin (...) entsprochen habe. Die Löschungsbewilligung sei nach der Ergänzung durch die Gläubigerin eindeutig. Die Löschungszustimmung der Eigentümerin sei von Anfang an auf die Gesamtlöschung der Grundschuld gerichtet gewesen.

8 Mit Beschluss vom 13.12.2023 hat das Grundbuchamt der Beschwerde nicht abgeholfen und die Akten dem Senat zur Entscheidung vorgelegt. Das Grundbuchamt führte hierbei ergänzend aus, dass dem Schreiben der Gläubigerin vom 12.09.2023 nicht zu entnehmen sei, dass die Änderung durch die unterschreibende Person bzw. mit deren Einverständnis erfolgte. Die im Wege der freien Beweiswürdigung festzustellende Echtheit sei dem Grundbuchamt daher nicht nachgewiesen worden; die Ergänzung könne auch durch einen Dritten erfolgt sein.

9 Wegen weiterer Einzelheiten wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.

10 II. Die gemäß § 71 GBO zulässige Beschwerde der Beschwerdeführerin ist begründet.

11 Der Löschung der Grundschuld stehen das Fehlen einer Löschungsbewilligung des Gläubigers sowie die fehlende Zustimmung des eingetragenen Grundstückseigentümers zur Löschung des Rechts, jeweils in öffentlich beglaubigter Form gemäß § 29 GBO, nicht entgegen.

12 1. Nach dem in § 19 GBO verankerten Bewilligungsgrundsatz erfolgt eine Eintragung nur, wenn derjenige sie bewilligt, dessen Recht von ihr betroffen wird. Eine Hypothek, eine Grundschuld oder eine Rentenschuld darf gemäß § 27 Satz 1 GBO zudem nur mit Zustimmung des Eigentü-

mers des Grundstücks gelöscht werden. Eine Eintragung – vorliegend die Löschung der Grundschuld in Blatt (...), Abt. III Nr. 1 – soll nur vorgenommen werden, wenn die Eintragungsunterlagen – im vorliegenden Fall also die Bewilligung der Gläubigerin nach § 19 GBO und die Eigentümerzustimmung gemäß § 27 Satz 1 GBO – durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen werden, § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO. Bei einem Gesamtrecht wie der verfahrensgegenständlichen Grundschuld verlangt die Rechtsprechung, dass sich die Löschungsbewilligung sowie die Zustimmungserklärung auf alle betroffenen Grundbuchstellen bezieht (Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rdnr. 2752, beck-online).

13 Hinsichtlich der Frage, ob die Eintragungsvoraussetzungen durch öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen sind, ist vom Begriff der Beglaubigung des § 40 BeurkG auszugehen. Die öffentliche Beglaubigung ist im Gegensatz zur öffentlichen Beurkundung nur eine Beglaubigung der Unterschrift des Erklärenden, nicht des Inhalts der schriftlich abgefassten Erklärung. Öffentliche Urkunde im Sinne des § 415 ZPO ist nur der Beglaubigungsvermerk, die abgegebene Erklärung selbst ist eine Privaturkunde. Dass auch eine nach der Unterschriftsbeglaubigung erfolgte Textänderung noch die Form des § 29 GBO erfüllen kann, entspricht der heute ganz herrschenden Auffassung, da der Beglaubigungsvermerk nur die Echtheit der Unterschrift des Erklärenden betrifft, dagegen nichts über den Erklärungsinhalt aussagt (OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 08.03.2006, 20 W 21/2005, juris Rdnr. 13; Brandenburgisches OLG, Beschluss vom 17.02.2010, 7 Wx 15/09, juris Rdnr. 6; BeckOK-BeurkG/*Boor*, Stand: 15.09.2022, § 40 Rdnr. 38; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 163, beck-online, mit Nachweisen auch zur früher vorherrschenden Gegenansicht). Vor dem Hintergrund, dass nach § 40 Abs. 5 BeurkG sogar die Beglaubigung einer Blankounterschrift zulässig ist, kann die nachträgliche Änderung eines vorhandenen Textes nichts an der Wahrung der Form der öffentlichen Beglaubigung ändern.

14 Davon zu unterscheiden ist jedoch die Beweiskraft einer nachträglich geänderten Urkunde. Denn für eine nachträgliche textliche Änderung gilt nicht die Vermutung des § 440 Abs. 2 ZPO, dass also auch der über der Unterschrift stehende Text von demjenigen herrührt, dessen Unterschrift beglaubigt ist. Es unterliegt vielmehr der freien Beweiswürdigung des Grundbuchamtes bzw. des an seine Stelle tretenden Beschwerdegerichts, ob die Ergänzung des Textes von der Person vorgenommen worden ist, die die Unterschrift geleistet hatte, oder jedenfalls von deren Willen gedeckt ist und die Urkunde damit eine taugliche Eintragungsunterlage ist (OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 08.03.2006, 20 W 21/2005, juris Rdnr. 14; Brandenburgisches OLG, Beschluss vom 17.02.2010, 7 Wx 15/09, juris Rdnr. 7; Staudinger/*Hertel*, Neub. 2023, § 129 Rdnr. 129 f.; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 163, beck-online).

15 Nicht überzeugend ist es, darüber hinaus auch hinsichtlich des zu erbringenden Nachweises, dass die – ggf. durch einen Dritten – erfolgte Änderung des unterzeichneten Textes dem Willen des Unterzeichners entspricht, einen Nachweis durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunde zu verlangen und die Zulassung freier Beweiswürdigung unter Hinweis auf § 29 GBO abzulehnen (so aber KG, Beschluss vom 04.09.2012, 1 W 154/12, juris Rdnr. 12; unklar *Demharter*, GBO, 33. Aufl. 2023, § 29 Rdnr. 44 ff.). Diese Auffassung übersieht, dass § 29 GBO lediglich eine bestimmte Form derjenigen Urkunden verlangt, mittels derer hinsichtlich der „zur Eintragung erforderlichen Erklärungen" Beweis geführt werden kann. Geht aber – was wie dargelegt ganz herrschender Auffassung entspricht – der Charakter einer Erklärung als öffentlich beglaubigt nicht durch eine nachträgliche Änderung des über der Unterschrift stehenden Textes verloren, ist dieser Form weiterhin Genüge getan und bleiben die Urkunden konsequenterweise grundsätzlich taugliche Beweismittel im Grundbuchverfahren. Ob das Grundbuchamt (oder das an dessen Stelle tretende Beschwerdegericht) eine nachträglich veränderte Urkunde als von der beglaubigten Unterschrift gedeckt ansieht und die Urkunde daher als ausreichende Eintragungsunterlage akzeptiert, ist danach keine Frage des § 29 GBO, sondern eine Frage der Beweiskraft der (nach wie vor öffentlich beglaubigten) Urkunde, für die die Regeln des Freibeweises gelten. Nur dieses Verständnis ist nach Auffassung des Senats mit der – soweit ersichtlich einhelligen – Auffassung konsistent, wonach eine beglaubigte Blankounterschrift (§ 40 Abs. 5 BeurkG) vom Grundbuchamt nur dann als Eintragungsunterlage zurückgewiesen werden kann, wenn bestimmte Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die Ausfüllung des Blanketts nicht dem Willen des Ausstellers entspricht (*Demharter*, GBO, § 29 Rdnr. 44b).

16 2. Nach Maßgabe dieser Grundsätze stehen weder das Fehlen einer Löschungsbewilligung der Gläubigerin (dazu a)) noch die fehlende Zustimmung der eingetragenen Grundstückseigentümerin (dazu b)) der Löschung der Grundschuld entgegen.

17 a) Die ursprünglich erteilte Löschungsbewilligung (...), die sich nur auf die Löschung der Grundschuld eingetragen in Abt. III Nr. 1 im Grundbuch Blatt (...) bezogen hatte, enthielt die öffentlich beglaubigte Unterschrift der von der Gläubigerin ausweislich einer ebenfalls vorgelegten beglaubigten Abschrift der öffentlichen Urkunde des Notars (...), St. (...) bevollmächtigten F. Die ursprünglich vorgelegte Löschungsbewilligung genügte somit den Anforderungen an § 29 GBO. Nach dem oben Gesagten genügt auch die nachträglich textlich um ein Komma und die Blattnummer (...) ergänzte Löschungsbewilligung der Gläubigerin der Form des § 29 GBO.

18 Ob auch die nachträgliche Ergänzung vom Willen der Unterzeichnerin F gedeckt und die Löschungsbewilligung damit eine taugliche Grundlage für die Löschung der Grundschuld auch auf Blatt (...) ist, hat der Senat unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls unter freier Beweiswürdigung zu entscheiden. Der Senat bejaht dies.

19 Ausweislich des Begleitschreibens der Gläubigerin vom 12.09.2023 an Notar (...) ist die handschriftlich vorgenommene Ergänzung der Löschungsbewilligung auf eine entsprechende Bitte des Notars im Hause der Gläubigerin vorgenommen worden. Ob die Ergänzung von der Bevollmäch-

tigten F selbst oder einem anderen Mitarbeiter der (...) Bausparkasse (...) vorgenommen worden ist, lässt sich der nicht unterschriebenen Ergänzung des Textes nicht entnehmen. Der Senat hat jedoch keinen Zweifel daran, dass die nachträgliche Einbeziehung auch des auf Blatt (...) verkörperten Miteigentumsanteils verbunden mit dem Sondereigentum an einem Tiefgaragenstellplatz in die Löschungsbewilligung dem Willen der Unterzeichnerin F entspricht. Im vorliegenden Fall bezog sich die ursprünglich erteilte Löschungsbewilligung auf die Hauptsicherheit, namentlich einen 267/10.000stel Miteigentumsanteil an dem Grundstück Flst. Nr. (...), verbunden mit dem Sondereigentum an einer Wohnung (...) und einem Kellerraum. Dass die Löschungsbewilligung nicht schon von Anfang an auch auf die Löschung in Blatt (...), die nur einen 22/10.000stel Miteigentumsanteil (Tiefgaragenstellplatz) betraf, bezogen war, stellte erkennbar ein Versehen dar. Dass dies auf einer bewussten Entscheidung des Zurückhaltens eines sehr kleinen Teils der ursprünglichen Besicherung durch die Bevollmächtigte F beruhte, hält der mit Sachverhalten des Immobiliarsachenrechts regelmäßig befasste Senat für ausgeschlossen, zumal keine Anhaltspunkte für noch offene Kreditverbindlichkeiten der Eigentümerin bei der (...) Bausparkasse (...) bestehen. Für einen beabsichtigten Gleichlauf des Schicksals der beiden Pfandobjekte spricht zudem die einheitlich vorgenommene Grundschuldbestellung. Dass die Gläubigerin von einem derartigen Gleichlauf auch im Zusammenhang mit der Löschung der Rechte ausgegangen ist, zeigt sich letztlich auch daran, dass die erwünschte Ergänzung im Hause der Gläubigerin nach der entsprechenden Bitte des Notars (...) „postwendend“ und ohne Weiteres vorgenommen worden ist. Sie ist – nach allem – zur Überzeugung des Senats auch vom Willen der ursprünglichen Unterzeichnerin gedeckt.

20 b) Im Ergebnis Gleiches gilt hinsichtlich der gemäß § 27 GBO mit Blick auf die alternative Möglichkeit der Eintragung einer Eigentümergrundschuld erforderliche Zustimmung der Eigentümerin.

21 Zwar bezog sich deren Zustimmung ausweislich des Textes der ursprünglichen Löschungsbewilligung zunächst ebenfalls lediglich auf Blatt (...). Der Senat ist aufgrund der ausdrücklichen Versicherung des die Beschwerdeführerin im Grundbuchverfahren gemäß § 15 Abs. 2 GBO vertretenden Notars (siehe dessen Schreiben an das Grundbuchamt vom 29.09.2023 [...]) indes davon überzeugt, dass auch diese – von Beginn an – die Löschung der gesamten Grundschuld anstrebte, nicht lediglich bezogen auf Blatt (...). Die diesbezügliche Überzeugung des Senats wird zusätzlich aufgrund des Umstands bestärkt, dass die Begründung einer Eigentümergrundschuld lediglich bezogen auf den in Blatt (...) ausgewiesenen Miteigentumsanteil und das Sondereigentum an einem Tiefgaragenstellplatz sehr ungewöhnlich wäre und wirtschaftlich kaum Sinn machte.

(...)

4. Keine nachteilige rechtliche Beeinträchtigung des Eigentümers des dienenden Grundstücks durch Bestandteilszuschreibung

OLG München, Beschluss vom 24.01.2024, 34 Wx 9/24

BGB §§ 890, 1018
GBO § 19

LEITSÄTZE:

1. **Die Bestandteilszuschreibung des herrschenden Grundstücks einer Grunddienstbarkeit in Form eines Geh- und Fahrtrechts zu einem anderen Grundstück führt zu keiner nachteiligen rechtlichen Veränderung des Inhalts oder des Umfangs der Dienstbarkeit. (Rdnr. 17)**

2. **Die Bewilligung des Eigentümers des dienenden Grundstücks ist für den grundbuchrechtlichen Vollzug der Bestandteilszuschreibung in diesem Fall nicht erforderlich.**

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Beteiligte zu 2 ist im Grundbuch in Bl. 11(...) als Eigentümerin der Fl. Nr. 70/3 eingetragen. Am 30.03.2022 wurde die Zerlegung des Flurstücks in die Fl. Nrn. 70/3 und 70/7 im Grundbuch eingetragen.

2 Die Beteiligte zu 1 ist im Grundbuch in Bl. 4(...) als Eigentümerin der Fl. Nr. 70 eingetragen. Am 30.03.2022 wurde die Zerlegung von Flurstück 70 in die Fl. Nrn. 70 und 70/6 im Grundbuch eingetragen.

3 In Bl. 6(...) sind zur Fl. Nr. 60 in Abt. II unter den laufenden Nrn. 2 und 5 Geh- und Fahrtrechte für den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks Blatt 4(...), Fl. Nr. 70, eingetragen. In Bl. 4(...) sind im Bestandsverzeichnis bei Fl. Nr. 70 entsprechende Herrschvermerke eingetragen.

4 Mit notariellem Tauschvertrag vom 07.07.2022 vereinbarten die Beteiligten einen Tausch des Grundstücks Fl. Nr. 70/6 an die Beteiligte zu 2 und des Grundstücks Fl. Nr. 70/7 an die Beteiligte zu 1 jeweils mit allen Rechten, Bestandteilen und gesetzlichem Zubehör. In einer Anlage zu dem notariellen Tauschvertrag erklärten die Beteiligten ferner die Auflassung und bewilligten und beantragten die Eintragung des Eigentumsübergangs im Grundbuch. Ferner beantragten sie, die Fl. Nr. 70/6 dem Grundstück Fl. Nr. 70/3 als Bestandteil zuzuschreiben sowie die Fl. Nr. 70/7 dem Grundstück Fl. Nr. 70 als Bestandteil zuzuschreiben.

5 Mit Schreiben vom 13.01.2023, eingegangen beim Grundbuchamt am 17.01.2023, reichte der Urkundsnotar gemäß § 15 GBO namens aller Antragsberechtigter die Auflassungsurkunde zur Eigentumsumschreibung ein.

6 Mit Schreiben vom 24.08.2023 teilte das Grundbuchamt dem Notar mit, dass eine Bestandteilszuschreibung von Flst. 70/6 zu Flst. 70/3 nicht möglich sei. Aus den Herrschvermerken ergebe sich, dass Flst. 70/6 hinsichtlich zweier Dienstbarkeiten berechtigt sei. Herrschend könne nur ein ganzes Grundstück sein. Denkbar wäre eine Antragsrück-

nahme hinsichtlich der Bestandteilszuschreibung oder Löschung der Dienstbarkeit. Mit Bewilligung des Eigentümers des dienenden Grundstücks wäre auch eine Erweiterung der Dienstbarkeit theoretisch möglich.

7 Mit Schreiben vom 04.09.2023 teilte der Notar mit, dass auch eine weitere Variante möglich sei. Es sei auch zulässig, die Ausübung der Dienstbarkeit zum Vorteil eines realen Teils des herrschenden Grundstücks ohne Verselbstständigung dieses Teils zu beschränken. So, wie ohne vertragliche Inhaltsänderung eine „reale Teilflächenbelastung" bei Dienstbarkeiten möglich sei, sei auf diese Weise eine „reale Teilflächenberechtigung" bei Dienstbarkeiten möglich. Er bitte daher in der Veränderungsspalte Zug um Zug mit der Eintragung der Bestandteilszuschreibung zu vermerken, dass die bestehende Dienstbarkeit nur dem zugeschriebenen Teil Fl. Nr. 70/6 zum Vorteil gereicht. Die Abgabe erneuter Grundbucherklärungen der Beteiligten sei hierfür nicht erforderlich. Mit weiterem Schreiben legte er eine Stellungnahme des DNotI vor, wonach die beantragte Bestandteilszuschreibung zulässigerweise erfolgen könne, die vom Grundbuchamt vorgebrachten Bedenken bestünden nicht.

8 Mit Beschluss vom 14.11.2023 wies das Grundbuchamt den Antrag vom 17.01.2023 zurück. Es sei grundsätzlich möglich, dass die Ausübung der Dienstbarkeit nur der derzeit herrschenden Fläche zum Vorteil gereiche. Da es sich jedoch formalrechtlich um eine Rechtserweiterung handele (auch wenn nur eine Teilfläche einen Vorteil habe, so sei künftig doch auch das Flst. 70/3 herrschend, welches derzeit nicht berechtigt ist), sei – entgegen der Auffassung des Notars – die Bewilligung nach § 19 GBO des Eigentümers des belasteten Grundstücks erforderlich. Dieser erleide durch die Erweiterung einen rechtlichen Nachteil.

9 Hiergegen wendet sich der Notar mit seiner für alle Beteiligten eingelegten Beschwerde vom 21.11.2023 unter Hinweis auf sein Schreiben vom 04.09.2023 und das DNotI-Gutachten. Es liege weder eine Rechtserweiterung, noch eine Inhaltsänderung der Dienstbarkeiten vor.

10 Das Grundbuchamt hat mit Beschluss vom 27.12.2023 nicht abgeholfen. Da nur ein ganzes Grundstück herrschend sein könne, erweitere sich der Umfang der Berechtigung durch die Bestandteilszuschreibung rechtlich auch auf das aufnehmende Grundstück, auch wenn der reale Ausübungsbereich eingeschränkt werde. Dadurch habe der Eigentümer des dienenden Grundstücks einen rechtlichen Nachteil, seine Bewilligung nach § 19 GBO fehle.

11 II. Die zulässige Beschwerde ist begründet.

12 1. Das Rechtsmittel ist zulässig. Insbesondere ist sie gegen die Zurückweisung des Eintragungsantrags statthaft, § 71 GBO. Die Beschwerde konnte durch den Urkundsnotar erhoben werden. Nachdem dieser gemäß § 15 Abs. 2 GBO bereits für die Beteiligten die Eintragung beantragt hatte, gilt er auch als ermächtigt, gegen die darauf ergangene Antragszurückweisung für sie Beschwerde einzulegen (*Demharter*, GBO, 33. Aufl., § 71 Rdnr. 74; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl., Rdnr. 189; Bauer/Schaub/*Sellner*, GBO, 5. Aufl., § 71 Rdnr. 17).

13 2. Die Beschwerde hat auch in der Sache Erfolg. Mit den im Beschluss vom 14.11.2023 genannten Gründen kann der Eintragungsantrag nicht zurückgewiesen werden.

14 a) Gemäß § 19 GBO erfolgt eine Eintragung, wenn derjenige sie bewilligt, dessen Recht von ihr betroffen ist. Ein Recht wird von der Eintragung betroffen, wenn es durch sie im Rechtssinn, nicht nur wirtschaftlich, beeinträchtigt wird oder werden kann (BGH, BwNotZ 2001, 89; *Demharter*, GBO, § 19 Rdnr. 49). Es muss sich allerdings um eine nachteilige Veränderung handeln, nicht jegliche rechtliche Auswirkung der Eintragung auf das in Frage stehende Recht ist ausreichend (Bauer/Schaub/*Kilian*, GBO, § 19 Rdnr. 122 f.). Eine „rechtliche Beeinträchtigung" i. S. d. § 19 GBO liegt dann vor, wenn das Recht durch die bewilligte Eintragung unter Umständen eine ungünstigere Gestaltung erfahren kann (Hügel/*Holzer*, GBO, 4. Aufl., § 19 Rdnr. 68). Nicht jede Auswirkung auf die Buchposition ruft die Notwendigkeit einer Bewilligung hervor. Wird die Buchposition nur ausschließlich verbessert oder bleibt sie rechtlich neutral, so bedarf es keiner Bewilligung (Meikel/*Böttcher*, GBO, 12. Aufl., § 19 Rdnr. 43; Bauer/Schaub/*Kilian*, GBO, § 19 Rdnr. 123).

15 b) Unter Zugrundelegung dieser Maßstäbe ist vorliegend eine Bewilligung des Eigentümers des dienenden Grundstücks nicht erforderlich. Dieser erleidet durch eine Bestandteilszuschreibung des Flst. 70/6 zu dem Flst. 70/3 keine nachteilige rechtliche Beeinträchtigung.

16 aa) Die Vereinigung samt Verschmelzung mehrerer Grundstücke, von denen bisher nur eines das herrschende Grundstück aus einer Dienstbarkeit ist, ist ohne Weiteres zulässig. Die Dienstbarkeit bleibt im bisherigen Umfang bestehen, d. h. sie verbleibt dem Gesamtgrundstück, jedoch unter Beschränkung der Ausübung für den Grundstücksteil, der früher herrschendes Grundstück war (Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 639a). Die Vereinigung des herrschenden Grundstücks einer Grunddienstbarkeit mit einem anderen Grundstück lässt den Bestand und den Umfang der subjektiv-dinglichen Berechtigung selbst unberührt (BayObLG, Rpfleger 1974, 148, 150; Staudinger/*Herrler*, Neub. 2019, § 890 Rdnr. 33). Bei einer Vereinigung des herrschenden Grundstücks mit einem anderen Grundstück erstreckt sich die Berechtigung zwar formal auf den jeweiligen Eigentümer des neuen Gesamtgrundstücks. Die Ausübung der Berechtigung ist aber zugunsten des Teils des Gesamtgrundstücks beschränkt, der früher das herrschende Grundstück bildete (BayObLG, NJW-RR 2003, 451; Staudinger/*Herrler*, a. a. O.; BeckOGK-BGB/*Hertel*, Stand: 15.04.2021, § 890 Rdnr. 63; BeckOGK-BGB/*Kazele*, Stand: 01.11.2023, § 1018 Rdnr. 140; MünchKomm-BGB/*Mohr*, 9. Aufl., § 1018 Rdnr. 24). Entsprechendes gilt bei der Bestandteilszuschreibung (Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 652).

17 bb) Die an dem Grundstück Fl. Nr. 60 bestellten Dienstbarkeiten in Form von Geh- und Fahrtrechten erfahren somit durch die Bestandteilszuschreibung keine nachteilige Veränderung. Weder werden die Geh- und Fahrtrechte räumlich noch sonst inhaltlich verändert. Sie dürfen auch künftig nur zugunsten des Grundtücksteils ausgeübt werden, der bisher herrschendes Grundstück war. Weil die Aus-

übung der Berechtigung aus der Dienstbarkeit auf das früher herrschende Grundstück beschränkt bleibt, bringt die Grunddienstbarkeit dem durch die Zuschreibung entstehenden Grundstück keinen Vorteil (BayObLG, NJW-RR 2003, 451, 452). Umgekehrt entsteht dem dienenden Grundstück auch kein Nachteil. Zutreffend ist zwar die Feststellung des Grundbuchamtes, dass künftig das gesamte Grundstück Fl. Nr. 70/3 das herrschende Grundstück darstellt, aufgrund der Ausübungsbeschränkung liegt aber keine nachteilige rechtliche Beeinträchtigung für den Eigentümer des dienenden Grundstücks vor.

(...)

5. Erforderlichkeit der Antragstellung durch den Notar auch bei Eigentumsauflassung in gerichtlich protokollierter Trennungs- und Scheidungsfolgenvereinbarung

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 01.12.2023, 14 W 91/23 (Wx)

BGB § 127a
GBO § 13 Abs. 1 Satz 3

LEITSÄTZE:

1. **Auch wenn eine Auflassung in einem gerichtlichen Vergleich enthalten ist, erfordert die Eigentumsumschreibung im Grundbuch die Antragseinreichung durch einen Notar. (Leitsatz der Schriftleitung)**
2. **Bei der Vorschrift des § 13 Abs. 1 Satz 3 GBO handelt es sich um eine Ordnungsvorschrift. Zwar führt ein Verstoß hiergegen nicht zur Unwirksamkeit der Eintragung. Dennoch ist sie vom Grundbuchamt zwingend zu prüfen und zu beachten. (Leitsatz der Schriftleitung)**
3. **Die Einreichung des Eintragungsantrags durch einen Notar ist auch bei Grundstücksübertragungen infolge von Überlassungen, Erbauseinandersetzungen und Scheidungsfolgenvereinbarungen notwendig. (Leitsatz der Schriftleitung)**

6. Antrag einer Partei auf Grundbuchumschreibung nach gerichtlichem Vergleich

OLG Rostock, Beschluss vom 24.07.2023, 3 W 81/23

BGB § 127
GBO § 13 Abs. 1 Satz 3, § 20
GwG §§ 16a, 59 Abs. 11

LEITSATZ:

Die Beantragung des Eigentümerwechsels im Grundbuch bedurfte vor dem 01.04.2023 nicht zwingend der Mitwirkung eines Notars, da bis zu diesem Zeitpunkt § 13 n. F. GBO keine Anwendung gefunden hat.

Diese Entscheidung ist abgedruckt in der DNotZ 2024, 65.

7. Zu den Voraussetzungen einer Schadensersatzpflicht wegen eines grundlosen Abbruchs von Vertragsverhandlungen bei Nichtgenehmigung eines Grundstückskaufvertrags durch die Erben

OLG Hamm, Hinweisbeschluss vom 29.11.2023, 22 U 60/23

BGB § 177 Abs. 1, § 241 Abs. 2, § 280 Abs. 1, § 311 Abs. 2 Nr. 1, §§ 311b, 426 Abs. 2 Satz 1, § 1922 Abs. 1, § 1984 Abs. 1 Satz 3
ZPO § 522 Abs. 2

LEITSÄTZE:

1. **Wenn ein Verkäufer eines Hausgrundstücks die Genehmigung der durch einen vollmachtlosen Vertreter für ihn abgegebenen Willenserklärung verweigert, besteht ein auf Ersatz des Vertrauensschadens gerichteter Schadenersatzanspruch des Käufers wegen des grundlosen Abbruchs von Vertragsverhandlungen (§ 280 Abs. 1, § 311 Abs. 2 Nr. 1, § 241 Abs. 2 BGB) nur, wenn die Verweigerung der Genehmigung auf einer besonders schwerwiegenden, in der Regel vorsätzlichen Treuepflichtverletzung beruht (im Anschluss an BGH, Urteil vom 09.11.2012, V ZR 182/11, juris Rdnr. 8).**
2. **Verstirbt der Verkäufer, bevor er die Genehmigung nach § 177 Abs. 1 BGB erklärt hat und verweigern die Erben des Verkäufers die Genehmigung, gilt Folgendes: Soweit es um Eigenschulden der Erben im Zusammenhang mit der Nachlassverwaltung geht, ist für die Frage, ob die verweigerte Genehmigung eine schuldhafte vorvertragliche Pflichtverletzung darstellt, allein auf das Verhalten der Erben und die diesem zugrunde liegenden Umstände abzustellen.**
3. **Es stellt keine besonders schwerwiegende Treuepflichtverletzung dar, wenn die Erben des Verkäufers die Genehmigung verweigern, weil ein Erbe das Grundstück für eigene Zwecke nutzen möchte. Gleiches gilt, wenn die Genehmigung deshalb nicht erteilt wird, weil der Kaufpreis als unangemessen zu niedrig angesehen wird.**

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Parteien streiten um Schadensersatzansprüche anlässlich des Scheiterns eines Grundstückskaufvertrages.

2 Die Kläger wurden sich mit Herrn T (im Folgenden: der Erblasser) über einen Verkauf des streitgegenständlichen Grundstücks in U für 172.000 € einig. Entsprechende Entwürfe eines notariellen Kaufvertrages wurden an die Parteien versandt. Bevor es zum Vertragsschluss kam, wurde der Erblasser aufgrund eines Verkehrsunfalls mit Beschluss des AG Leer vom 16.04.2020 unter rechtliche Betreuung gestellt, wobei seine Ehefrau, die Beklagte zu 1, zur Betreuerin bestellt wurde.

3 Am 28.04.2020 wurde ein Kaufvertrag entsprechend den vorgenannten Bedingungen notariell beurkundet, wobei für beide Seiten aufgrund der Corona-Pandemie eine vollmachtlose Vertreterin auftrat. Die Kläger und die Beklagte zu 1 genehmigten das Handeln der vollmachtlosen Vertreterin jeweils.

4 Der Erblasser verstarb am (...) 2020, ohne dass eine Genehmigung des Betreuungsgerichts zuvor erfolgt war. Er wurde von der Beklagten zu 1 zu ½ und den Beklagten zu 2 und 3 zu jeweils ¼ beerbt. Die Beklagten zu 2 und 3 erteilten keine Genehmigung.

5 Bezüglich des Vermögens des Erblassers wurde am 04.11.2021 das Nachlassinsolvenzverfahren durch das AG Leer eröffnet.

6 Die Kläger haben mit ihrer Klage den Ersatz von Aufwendungen in Form von Miet-, Notar- und Finanzierungskosten i. H. v. 5.551,37 € verlangt.

7 Das LG hat die Klage abgewiesen.

8 Die Kläger verfolgen mit der Berufung ihr erstinstanzliches Klageziel weiter.

9 II. Die Berufung der Kläger gegen das am 27.03.2023 verkündete Urteil des LG Arnsberg ist gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen, da das Rechtsmittel nach dem einstimmigen Votum des Senats keine Aussicht auf Erfolg hat, der Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung zukommt und weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Berufungsgerichts erfordern. Die Durchführung einer mündlichen Verhandlung über die Berufung ist nicht geboten.

10 Die zulässige Berufung hat in der Sache keine Aussicht auf Erfolg. Das angefochtene Urteil des LG weist keine Rechtsverletzung im Sinne des § 546 ZPO auf und die gemäß §§ 529, 531 ZPO zugrunde zu legenden Tatsachen rechtfertigen auch keine andere – für die Kläger günstigere – Entscheidung.

Im Einzelnen:

11 1. Das LG ist zutreffend von der Zulässigkeit der Klage ausgegangen, soweit die Kläger einen Anspruch gegen die Beklagten aus § 280 Abs. 1, § 311 Abs. 2 Nr. 1, § 241 Abs. 2 BGB wegen schuldhafter Verletzung vorvertraglicher Pflichten verfolgen. Die Eröffnung des Nachlassinsolvenzverfahrens steht dem nicht entgegen. Hingegen ist die Klage bereits unzulässig, soweit diese auf einen Anspruch gemäß § 426 Abs. 2 Satz 1 BGB gestützt wird.

12 a) Das Nachlassinsolvenzverfahren ist bereits am 04.11.2021, mithin vor Klageerhebung, eröffnet worden, was zur Folge hat, dass gegen den Nachlass gerichtete Ansprüche lediglich noch gegen den Nachlassinsolvenzverwalter geltend gemacht werden können. Zwar ordnet § 1984 Abs. 1 Satz 3 BGB lediglich für die Nachlassverwaltung an, dass ein gegen den Nachlass gerichteter Anspruch nur gegen dessen Verwalter geltend gemacht werden kann, mit der Folge, dass eine gegen die Erben gerichtete Klage unzulässig ist (BeckOK-BGB/*Lohmann*, § 1984 Rdnr. 6). Die Regelung gilt aber ebenfalls für das Nachlassinsolvenzverfahren (BeckOGK-BGB/*Herzog*, § 1975 Rdnr. 74; Staudinger/*Dobler*, Neub. 2020, § 1975 Rdnr. 6).

13 b) Soweit die Kläger Schadenersatzansprüche gemäß § 280 Abs. 1, § 311 Abs. 2 Nr. 1, § 241 Abs. 2 BGB geltend machen, liegen Eigenschulden vor, für welche die Beklagten persönlich haften.

14 Bei der Frage, ob (auch) eine Eigenverbindlichkeit des Erben begründet wird oder ob eine reine Nachlassverwaltungsschuld vorliegt, ist auf das eigene Verhalten des Erben als Haftungsgrundlage abzustellen. Handelt der Erbe selbst im Rahmen der „eigenhändigen" Verwaltung des Nachlasses, werden Eigenverbindlichkeiten des Erben begründet, für die er persönlich haftet (vgl. BGH, Urteil vom 05.07.2013, V ZR 81/12, juris Rdnr. 14; MünchKomm-BGB/*Küpper*, § 1967 Rdnr. 16).

15 Die Kläger gründen ihren Schadenersatzanspruch darauf, dass die Beklagten in ihrer Rechtsstellung als Erben ihre die Verwaltung des Nachlasses betreffenden Pflichten verletzt hätten, indem sie sich trotz Aufforderung geweigert hätten, die Genehmigung des notariellen Kaufvertrages zu erklären.

16 c) Hingegen handelt es sich bei dem streitgegenständlichen Anspruch auf Gesamtschuldnerausgleich hinsichtlich der Notarkosten gemäß § 426 Abs. 2 Satz 1 BGB um Nachlassschulden, welche nur gegenüber dem Nachlassinsolvenzverwalter geltend gemacht werden können. Die Kosten für die Beurkundung des letztlich gescheiterten Vertrages wurden bereits zu Lebzeiten des Erblassers durch Beauftragung des Notars ausgelöst. Da eine eigenhändige Tätigkeit der Erben insoweit nicht haftungsbegründend war, handelt sich bei einem etwaigen Anspruch der Kläger auf anteilige Erstattung von Notarkosten gemäß § 426 Abs. 2 Satz 1 BGB nicht um Eigenschulden der Beklagten.

17 2. Die Klage ist – soweit sie zulässig ist – unbegründet. Den Klägern steht ein Anspruch aus § 280 Abs. 1, § 311 Abs. 2 Nr. 1, § 241 Abs. 2 BGB gegen die Beklagten auf Ersatz der von ihnen nutzlos getätigten Aufwendungen i. H. v. 5.551,37 € nicht zu. Die Kläger trifft dabei für das Vorliegen der Pflichtverletzung die Darlegungs- und Beweislast.

18 a) Zwar besteht ein Rücksichtnahmepflichten gemäß § 241 Abs. 2 BGB begründendes Schuldverhältnis vorliegend, da die Parteien sich nach ihrem unstreitigen Vortrag

jedenfalls in Verhandlungen im Sinne des § 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB befunden haben.

19 b) Jedoch ergibt sich aus dem Vortrag der Kläger keine Pflichtverletzung der Beklagten im Rahmen dieses vorvertraglichen Schuldverhältnisses. Wie das LG zutreffend ausgeführt hat, trägt grundsätzlich jede Partei selbst das Risiko, dass es trotz der Aufnahme von Vertragsverhandlungen und der Tätigung von Aufwendungen im Vertrauen auf dessen Zustandekommen nicht zu einem Abschluss des Vertrages kommt.

20 Bei einem Grundstückskaufvertrag sind an die Verletzung vorvertraglicher Schutzpflichten im Sinne des § 241 Abs. 2 BGB besonders strenge Anforderungen zu stellen. Bei diesem löst die Verweigerung der Mitwirkung an der Beurkundung durch einen Verhandlungspartner nicht schon dann Schadensersatzansprüche aus, wenn es an einem triftigen Grund dafür fehlt, sondern nur, wenn eine besonders schwerwiegende, in der Regel vorsätzliche Treuepflichtverletzung vorliegt (BGH, Urteil vom 29.03.1996, V ZR 332/94, juris Rdnr. 11). Dies gilt auch, wenn – wie vorliegend – der vollmachtlos vertretene Vertragspartner den schwebend unwirksamen Vertrag nicht genehmigt (BGH, Urteil vom 09.11.2012, V ZR 182/11, juris Rdnr. 8). Nicht entscheidend ist, dass der Kaufinteressent im Vertrauen auf das Zustandekommen des Vertrages bereits Aufwendungen getätigt hat. Hierin kann schon deshalb keine besonders schwerwiegende Treuepflichtverletzung gesehen werden, weil es der Kaufinteressent andernfalls in der Hand hätte, durch eigene Dispositionen den Verkäufer mittelbar zum Abschluss des Grundstückskaufvertrages zu bewegen, obwohl ein formgültiger Vertrag im Sinne des § 311b BGB noch nicht zustande gekommen ist. Dies stünde im Widerspruch zum Zweck der Formvorschrift (zum Vorstehenden: BGH, Urteil vom 13.10.2017, V ZR 11/17, juris Rdnr. 14). Eine besonders schwere Treuepflichtverletzung ist beispielsweise beim Vorspiegeln einer tatsächlich nicht vorhandenen Abschlussbereitschaft oder auch dann gegeben, wenn ein Verhandlungspartner zwar zunächst verkaufsbereit war, im Verlaufe der Verhandlungen aber innerlich von dieser Bereitschaft abgerückt ist, ohne dies zu offenbaren (BGH, Urteil vom 13.10.2017, V ZR 11/17, juris Rdnr. 6). Entsprechendes gilt bei der Einschaltung eines vollmachtlosen Vertreters und der nicht erteilten Genehmigung des Rechtsgeschäfts (BGH, Urteil vom 09.11.2012, V ZR 182/11, juris Rdnr. 8).

21 Unter Zugrundelegung des vorangehend dargelegten rechtlichen Rahmens liegt eine besonders schwere Treuepflichtverletzung der Beklagten nicht vor. Weder ist dem Erblasser eine ihnen zurechenbare besonders gravierende Treuepflichtverletzung zur Last zu legen, noch haben die Beklagten selbst als Erben eine solche begangen.

22 aa) Eine den Beklagten zurechenbare Treuepflichtverletzung des Erblassers behaupten die Kläger bereits nicht. Ein in der Person des Erblassers entstandener Anspruch könnte im Übrigen aus den vorangehend dargelegten Gründen aufgrund der Nachlassinsolvenz gegen die Beklagten nicht durchgesetzt werden.

23 bb) Eine eigene Treuepflichtverletzung der Beklagten ist gleichfalls nicht feststellbar. Hinsichtlich der Beklagten zu 1 scheidet eine solche bereits deshalb aus, da diese die Genehmigung des Vertrages erteilt hat.

24 Den Beklagten zu 2 und 3 fällt ebenfalls keine Treuepflichtverletzung zur Last. Sie kann nicht aus dem Eintreten der Beklagten in die vorvertraglichen Pflichten des Erblassers gefolgert werden.

25 Die Beklagten sind als Erben im Wege der Universalsukzession gemäß § 1922 Abs. 1, § 1967 Abs. 1 BGB in die Gesamtheit der Rechtspositionen des Erblassers, einschließlich vorvertraglicher Schuldverhältnisse, eingetreten. Daraus folgt zwar, dass für sie der gleiche Maßstab mit den identischen vorvertraglichen Pflichten besteht, wie sie auch für den Erblasser galten. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass mit dem Erbfall hinsichtlich der allein der Begründetheitsprüfung unterliegenden Eigenschulden ausschließlich auf ihr Verhalten und die diesem zugrunde liegenden Umstände abzustellen ist.

26 Danach lässt sich eine besonders schwere Treuepflichtverletzung nicht feststellen.

27 Es stellt bereits einen triftigen Grund für die verweigerte Genehmigung dar, dass der Beklagte zu 3 ein eigenes, unwiderlegt tatsächlich bestehendes Interesse an der Nutzung des streitgegenständlichen Grundstücks geltend macht. Eine solches Motiv hätte auch in Form eines Sinneswandels bei dem Erblasser eintreten können, ohne dass dies eine schwerwiegende Treuepflichtverletzung begründet hätte. Gleiches gilt für den weiteren, von den Beklagten angeführten und den Klägern nicht widerlegten Grund für die Verweigerung der Genehmigung, wonach man festgestellt habe, dass der vereinbarte Kaufpreis unangemessen zu niedrig gewesen sei.

28 Da die Beklagten zu 2 und 3 an den Verhandlungen über den Kaufvertrag nicht beteiligt waren, stellt es sich überdies nicht als widersprüchliches Verhalten dar, dass der Beklagte zu 3 sein Interesse an einer eigenen Nutzung des Grundstücks nicht zu einem früheren Zeitpunkt offengelegt hat.

29 Soweit die Berufung eingehend erläutert, warum den Klägern eine andere Verhaltensweise als die Auslösung von Kosten im Hinblick auf den erwarteten Grundstückserwerb nicht möglich gewesen sei, ist dies zwar verständlich, jedoch ebenfalls ohne entscheidende Bedeutung für die Frage des Vorliegens einer Treuepflichtverletzung der Beklagten. Die Berufung verkennt insoweit weiterhin die grundsätzliche Risikoverteilung bei Verhandlungen über den Abschluss eines formbedürftigen Grundstückskaufvertrages. Sämtliche Aufwendungen vor dem formgültigen Abschluss des Vertrages erfolgen letztlich auf eigene Gefahr. Wollte man den Beklagten eine vorvertragliche Verpflichtung zur Genehmigung des schwebend unwirksamen Vertrages auferlegen, begründete dies einen mittelbaren Zwang zum Vertragsschluss, was nach den eingangs geschilderten Grundsätzen regelmäßig nur bei einer vorsätzlichen Treuepflichtverletzung gerechtfertigt ist, an der es – wie bereits ausgeführt – fehlt.

30 Soweit die Kläger schließlich monieren, dass sich die Klärung der Verhältnisse nach Abschluss des schwebend unwirksamen Vertrages zeitlich lange hingezogen habe, kann hieraus zu ihren Gunsten bereits deshalb nichts hergeleitet werden, weil sie einen allein hierauf beruhenden Schaden nicht dargetan haben.

31 3. Mangels bestehender Hauptforderung ist ebenfalls kein Anspruch auf Zahlung von Zinsen gegeben.

(...)

•

8. Vollzug einer Teilungserklärung für ein Grundstück, an dem ein Erbbaurecht besteht

OLG München, Beschluss vom 24.08.2023, 34 Wx 202/23 e

BGB § 93
ErbbauRG § 12 Abs. 1
WEG § 8 Abs. 1

LEITSATZ:

Ein an dem betreffenden Grundstück bestehendes Erbbaurecht hindert den Vollzug einer Teilungserklärung nach § 8 Abs. 1 WEG nicht.

Diese Entscheidung ist abgedruckt in der DNotZ 2024, 59.

Bürgerliches Recht

FAMILIENRECHT

9. Erwerb eines Miteigentumsanteils durch einen Minderjährigen

BGH, Beschluss vom 18.04.2024, V ZB 51/23 (Vorinstanz: KG, Beschluss vom 08.08.2023, 1 W 68/23)

BGB §§ 107, 181, 748, 1629 Abs. 2 Satz 1, § 1809 Abs. 1, § 1824
GBO § 20

LEITSÄTZE:

1. **Der Erwerb eines Miteigentumsanteils an einem nicht vermieteten oder verpachteten Grundstück durch einen Minderjährigen ist lediglich rechtlich vorteilhaft im Sinne von § 107 BGB.**
2. **Möchte ein Elternteil einen Miteigentumsanteil an einem ihm gehörenden – weder vermieteten noch verpachteten – Grundstück auf sein minderjähriges Kind übertragen, muss die von den Eltern des Minderjährigen in dessen Namen erklärte Auflassung nicht durch einen Ergänzungspfleger genehmigt werden (Bestätigung von Senat, Beschluss vom 25.11.2004, V ZB 13/04, BGHZ 161, 170).**

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Der Beteiligte zu 1 ist Eigentümer des im Eingang dieses Beschlusses bezeichneten Grundstücks. Die Beteiligten zu 3 und 4 sind die gemeinsamen minderjährigen Kinder des Beteiligten zu 1 und seiner Ehefrau, der Beteiligten zu 2. Mit notariell beurkundeter Vereinbarung vom 20.12.2022 übertrug der Beteiligte zu 1 das Grundstück schenkweise zu je hälftigem Miteigentum an die Kinder. Diese wurden durch die Beteiligten zu 1 und 2 vertreten, zu deren Gunsten zugleich die Eintragung eines lebenslangen Nießbrauchs bewilligt wurde. Der Notar reichte die Urkunde mit der Bitte um entsprechende Eintragungen bei dem Grundbuchamt ein.

2 Das Grundbuchamt hat durch Zwischenverfügung vom 02.01.2023 die Eintragung der Rechtsänderung – soweit noch von Interesse – von der Genehmigung der Auflassung an die Beteiligten zu 3 und 4 durch einen für jedes Kind noch zu bestellenden Ergänzungspfleger abhängig gemacht. Das KG hat die Beschwerde zurückgewiesen. Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgen die Beteiligten ihren Eintragungsantrag weiter.

3 II. Das Beschwerdegericht meint, das Grundbuchamt habe zu Recht die Genehmigung der Auflassung durch einen Ergänzungspfleger (§ 1809 Abs. 1 BGB) verlangt, weil die Beteiligten zu 1 und 2 gemäß § 1629 Abs. 2 Satz 1 i. V. m. § 1824 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2, § 181 BGB von der Vertretung ihrer Kinder ausgeschlossen seien. Der Erwerb eines Miteigentumsanteils an einem Grundstück sei für Minderjährige auch nicht lediglich rechtlich vorteilhaft. Insoweit verhalte es sich nämlich grundsätzlich nicht anders als bei dem Erwerb einer Eigentumswohnung, die wegen der Mitgliedschaft in einer Wohnungseigentümergemeinschaft zu einer persönlichen Haftung des Erwerbers führe und deshalb rechtlich nachteilig sei. Auch Bruchteilseigentümer hafteten nicht nur mit dem erworbenen Vermögensgegenstand. Vielmehr sei der Bruchteilseigentümer nach § 748 BGB den anderen Teilhabern gegenüber verpflichtet, die Lasten des gemeinschaftlichen Gegenstands sowie die Kosten der Erhaltung, der Verwaltung und einer gemeinschaftlichen Benutzung nach dem Verhältnis seines Anteils – in der Höhe jedoch nicht auf den Wert seines Anteils beschränkt – zu tragen. Ein Miteigentümer könne zudem anders als ein Alleineigentümer jedenfalls nach entsprechenden Beschlüssen der Gemeinschafter gemäß § 745 Abs. 1 BGB gegen seinen Willen im Außenverhältnis wirksam rechtsgeschäftlich verpflichtet werden, ohne sich von der Verbindlichkeit durch Dereliktion des Grundstücks befreien zu können. Der somit gegebene Nachteil entfalle hier auch nicht deshalb, weil der den Beteiligten zu 1 und 2 vorbehaltene lebenslange Nießbrauch die Vereinbarung enthalte, dass der Nießbraucher die privaten Lasten in Bezug auf den Übertragungsgegenstand, insbesondere die außergewöhnlichen Ausbesserungen und Erneuerungen zu tragen habe. Dies entlaste die Beteiligten zu 3 und 4 nicht im Verhältnis zu Gläubigern; im Übrigen ende die Entlastung im Innenverhältnis mit dem Ende des Nießbrauchs.

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

hat die Beschwerde zu Unrecht zurückgewiesen, weil das in der Zwischenverfügung des Grundbuchamts aufgeführte Eintragungshindernis nicht besteht (vgl. § 18 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 GBO). Der Eigentumserwerb der Beteiligten zu 3 und 4 bedarf nicht der Genehmigung durch für die Beteiligten zu 3 und 4 noch zu bestellende Ergänzungspfleger.

5 1. Der rechtliche Ausgangspunkt des Beschwerdegerichts ist allerdings richtig.

6 a) Nach § 20 GBO darf im Falle der Auflassung eines Grundstücks die Eintragung in das Grundbuch nur erfolgen, wenn die erforderliche Einigung des Berechtigten und des anderen Teils erklärt ist. Im Vertretungsfall – wie hier – hat das Grundbuchamt auch die Vertretungsmacht zu prüfen. Nach § 1629 Abs. 1 Satz 1, Satz 2 1. Hs. BGB sind die Beteiligten zu 1 und 2 als Sorgeberechtigte der Beteiligten zu 3 und 4 zwar berechtigt, Willenserklärungen in deren Namen als ihre gesetzlichen Vertreter abzugeben. Da der Beteiligte zu 1 die Auflassung (§ 925 BGB) aber zugleich als Veräußerer im eigenen Namen und als Vertreter für die Beteiligten zu 3 und 4 als Erwerber erklärte, ist er nach § 1629 Abs. 2 Satz 1 BGB, § 1824 Abs. 2 BGB i. V. m. § 181 BGB (Insichgeschäft) grundsätzlich von der Vertretung ausgeschlossen. Für die Beteiligte zu 2 ergibt sich der grundsätzliche Vertretungsausschluss aus § 1629 Abs. 2 BGB i. V. m. § 1824 Abs. 1 Nr. 1 BGB, wonach ein Elternteil ein minderjähriges Kind (hier: die Beteiligten zu 3 und 4) bei einem Rechtsgeschäft zwischen seinem Ehegatten einerseits und dem Kind andererseits nicht vertreten kann, es sei denn, dass das Rechtsgeschäft ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht. Die Wirksamkeit der Verfügung setzt deshalb grundsätzlich die Genehmigung durch einen Ergänzungspfleger voraus (§ 1809 Abs. 1 BGB), die auch Gegenstand einer Zwischenverfügung im Sinne von § 18 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 GBO sein kann. Mit der Genehmigung würde die Auflassung rückwirkend (§ 184 Abs. 1 BGB) wirksam.

7 b) Zutreffend legt das Beschwerdegericht seiner Beurteilung § 1824 und § 1809 Abs. 1 BGB zugrunde, auch wenn diese Vorschriften durch das Gesetz zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts vom 04.05.2021 (BGBl. I, S. 882) neu gefasst worden und erst am 01.01.2023 in Kraft getreten sind, während die Auflassung bereits vor diesem Zeitpunkt erklärt wurde. Entsprechendes gilt für den Eingang des Eintragungsantrags. Da es nämlich an einer Übergangsvorschrift fehlt und es sich im Hinblick auf die noch ausstehende Eintragung nicht um einen abgeschlossenen Sachverhalt handelt, finden die neuen Vorschriften Anwendung (vgl. zur Anwendbarkeit des § 1854 Nr. 4 BGB n. F. in Übergangsfällen auch OLG München, MittBayNot 2023, 599 Rdnr. 10). In der Sache ändert sich hierdurch allerdings nichts, da § 1824 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 BGB inhaltlich mit der Vorgängerregelung in § 1795 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 BGB a. F. übereinstimmt und § 1809 Abs. 1 BGB dem früheren § 1909 Abs. 1 Satz 1 BGB a. F. entspricht.

8 c) Das Beschwerdegericht verkennt auch nicht, dass der sich aus § 1824 BGB ergebende Vertretungsausschluss nicht eingreifen würde, wenn sich der Erwerb des Miteigentums an dem Grundstück des Beteiligten zu 1 für die Beteiligten zu 3 und 4 als lediglich vorteilhaft im Sinne von § 107 BGB darstellte. Diese Ausnahme ist zwar in § 1824 BGB nicht aufgeführt, entspricht aber der ständigen Rechtsprechung des BGH zu der Vorgängernorm des § 1795 BGB a. F. und beruht auf der Überlegung, dass für ein Vertretungsverbot kein Bedürfnis besteht, wenn nach der Natur des Rechtsgeschäfts eine Gefährdung der Vermögensinteressen des Vertretenen nicht nur im konkreten Einzelfall, sondern abstrakt-generell ausgeschlossen ist (vgl. Senat, Beschluss vom 16.04.1975, V ZB 15/74, NJW 1975, 1885, 1886; Beschluss vom 30.09.2010, V ZB 206/10, BGHZ 187, 119 Rdnr. 16 m. w. N.). Hieran wollte der Gesetzgeber nichts ändern (vgl. BT-Drucks. 19/24445, S. 259).

9 2. Die weiteren Überlegungen des Beschwerdegerichts halten einer rechtlichen Überprüfung aber nicht stand. Der Erwerb eines Miteigentumsanteils an einem nicht vermieteten oder verpachteten Grundstück durch einen Minderjährigen ist lediglich rechtlich vorteilhaft im Sinne von § 107 BGB. Möchte ein Elternteil einen Miteigentumsanteil an einem ihm gehörenden – weder vermieteten noch verpachteten – Grundstück auf sein minderjähriges Kind übertragen, muss die von den Eltern des Minderjährigen in dessen Namen erklärte Auflassung nicht durch einen Ergänzungspfleger genehmigt werden.

10 a) Nach der Rechtsprechung des Senats ist die Übereignung eines Grundstücks an einen Minderjährigen bei der gebotenen isolierten Betrachtung der Auflassung grundsätzlich lediglich vorteilhaft (vgl. Senat, Beschluss vom 25.11.2004, V ZB 13/04, BGHZ 161, 170, 175 ff.). Dieser Entscheidung lag ein Sachverhalt zugrunde, in dem eine Mutter an ihre beiden minderjährigen Kinder einen jeweils hälftigen Miteigentumsanteil an einem ihr gehörenden Grundstück übertragen wollte. In den Gründen seiner Entscheidung ist der Senat auf den Erwerb eines Miteigentumsanteils nicht weiter eingegangen, sondern hat sich allgemein – ohne zwischen dem Erwerb eines Miteigentumsanteils und dem des Alleineigentums an einem Grundstück zu differenzieren – unter anderem mit der Frage befasst, ob der Umstand, dass der Grundstückseigentümer für die Erfüllung seiner auf öffentlichem Recht beruhenden Abgabeverpflichtungen nicht nur dinglich, sondern auch persönlich haftet, einen Nachteil im Sinne von § 107 BGB zu begründen vermag. Dies hat er unter Hinweis auf den Schutzzweck der Vorschrift verneint, weil die Tragung der laufenden öffentlichen Grundstückslasten nach ihrer abstrakten Natur typischerweise keine Gefährdung des Minderjährigen mit sich bringt und ihretwegen ein auf das Wohl des Minderjährigen bedachter gesetzlicher Vertreter oder Ergänzungspfleger seine Zustimmung zu einem Grundstückserwerb nicht verweigern würde. Es wäre reiner Formalismus, würde man die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts von der Erteilung einer Genehmigung abhängig machen, obwohl das Ergebnis der dabei vorzunehmenden Prüfung von vornherein feststünde (vgl. Senat, Beschluss vom 25.11.2004, V ZB 13/04, BGHZ 161, 170, 177 f.).

11 b) Anders ist es, wenn das Grundstück vermietet oder verpachtet ist. Der Erwerb eines solchen Grundstücks stellt sich für den Minderjährigen nicht als lediglich vorteilhaft dar, weil der Erwerb gemäß § 566 (Mietvertrag), § 581 Abs. 2

(Pachtvertrag) und § 593b BGB (Landpachtvertag) zum Eintritt des Erwerbers in den Mietvertrag bzw. Pachtvertrag auf Vermieter- bzw. Verpächterseite führt (vgl. Senat, Beschluss vom 03.02.2005, V ZB 44/04, BGHZ 162, 137, 140 f.). Die aus dem Eintritt in ein Miet- oder Pachtverhältnis resultierenden Pflichten sind ihrem Umfang nach nicht begrenzt. Ob die von ihnen ausgehenden Gefahren für das Vermögen des Minderjährigen im Hinblick auf die mit dem Grundstückserwerb verbundenen Vorteile hingenommen werden können, lässt sich deshalb nicht abstrakt beurteilen, sondern erfordert eine entsprechende einzelfallbezogene Prüfung durch den gesetzlichen Vertreter bzw. einen Ergänzungspfleger. Diese Überlegungen gelten in gleicher Weise dann, wenn der Minderjährige nicht das Alleineigentum, sondern lediglich einen Miteigentumsanteil an einem vermieteten oder verpachteten Grundstück erwerben soll (vgl. Senat, Beschluss vom 28.04.2022, V ZB 4/21, NJW-RR 2022, 1027 Rdnr. 9). Ebenso liegt es bei dem Erwerb einer Eigentumswohnung. Hierdurch wird der Minderjährige Mitglied einer Wohnungseigentümergemeinschaft. Damit treffen ihn kraft Gesetzes persönliche Verpflichtungen, die ein ganz erhebliches Ausmaß annehmen können und der Annahme eines lediglich rechtlichen Vorteils im Sinne von § 107 BGB entgegenstehen (vgl. Senat, Beschluss vom 30.09.2010, V ZB 206/10, BGHZ 187, 119 Rdnr. 11, 13).

12 c) Dass zwischen der Übertragung des Alleineigentums an einem Grundstück und der Übertragung eines Miteigentumsanteils bei der Prüfung des § 107 BGB nicht zu differenzieren ist, entspricht auch der ganz überwiegenden Auffassung in Rechtsprechung und Literatur. Soweit die Übertragung eines Miteigentumsanteils ausdrücklich thematisiert wird, wird davon ausgegangen, dass (auch) der Erwerb eines Miteigentumsanteils lediglich rechtlich vorteilhaft sei. Es gelte nichts anderes als bei der Übertragung von Alleineigentum. Der Erwerber müsse aus seinem Vermögen, das er vor Abschluss des Vertrags besaß, nichts aufgeben und auch keine neuen Belastungen auf sich nehmen (vgl. BayObLGZ 1998, 139, 143 f.; MünchKomm-BGB/*Spickhoff*, 9. Aufl., § 107 Rdnr. 72; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl., Rdnr. 3610 l; *Keller*, JA 2009, 561, 565 f.). Demgegenüber möchte das Beschwerdegericht (vgl. auch KG, ZEV 2024, 185 Rdnr. 10 ff.), dem sich das OLG München jedenfalls für die Veräußerung eines bebauten Grundstücks angeschlossen hat (MDR 2024, 293 f.; zust. wohl auch BeckOGK-BGB/*Duden*, Stand: 01.02.2024, § 107 Rdnr. 95.1: „liegt nahe"), den Erwerb eines Miteigentumsanteils in gleicher Weise wie den Erwerb einer Eigentumswohnung als nicht lediglich rechtlich vorteilhaft qualifizieren und verweist zur Begründung auf die Verpflichtungen, die mit dem Eintritt in eine Bruchteilsgemeinschaft verbunden sind (insbesondere: Lastentragung nach § 748 BGB).

13 d) Der Senat hält an seiner Rechtsprechung fest, wonach der Erwerb eines Miteigentumsanteils an einem nicht vermieteten oder verpachteten Grundstück ebenso wie der Erwerb des Alleineigentums an einem solchen Grundstück lediglich rechtlich vorteilhaft im Sinne von § 107 BGB ist.

14 aa) Richtig ist, dass zwischen dem Erwerb des Alleineigentums an einem Grundstück und dem Erwerb eines Miteigentumsanteils Unterschiede bestehen. Überträgt der Eigentümer sein Grundstück – wie hier – an zwei Erwerber zu Miteigentum, entsteht zwischen den Erwerbern kraft Gesetzes eine Bruchteilsgemeinschaft nach § 741 BGB, aus der persönliche Verpflichtungen erwachsen können. So ist insbesondere nach § 748 BGB jeder Teilhaber den anderen Teilhabern gegenüber verpflichtet, die Lasten des gemeinschaftlichen Gegenstands sowie die Kosten der Erhaltung, der Verwaltung und einer gemeinschaftlichen Benutzung nach dem Verhältnis seines Anteils zu tragen.

15 bb) Diese Unterschiede rechtfertigen es jedoch nicht, die Übereignung eines Miteigentumsanteils an einen Minderjährigen anders als die Übertragung von Alleineigentum als rechtlich nachteilig anzusehen.

16 (1) Bei der Prüfung, ob der Eigentumserwerb für den Minderjährigen (auch) rechtlich nachteilig ist, ist grundsätzlich auf den Eigentumserwerb als solchen abzustellen (vgl. allgemein Senat, Beschluss vom 25.11.2004, V ZB 13/04, BGHZ 161, 170, 177 f.). Mittelbare Folgen müssen demgegenüber bei der Beurteilung außer Betracht bleiben.

17 (aa) Soweit es um die in § 748 BGB angesprochenen Lasten geht, treffen diese den Minderjährigen zwar unmittelbar mit Erwerb des Eigentums. Bei der gebotenen wertenden Betrachtung stellen sie jedoch keinen rechtlichen Nachteil im Sinne von § 107 BGB dar, auch wenn sie aus dem sonstigen Vermögen des Minderjährigen zu tragen sind (vgl. Senat, Beschluss vom 25.11.2004, V ZB 13/04, BGHZ 161, 170, 177 f.). Ein Unterschied zwischen dem Erwerb des Alleineigentums und dem Erwerb eines Miteigentumsanteils besteht insoweit nicht.

18 (bb) Aber auch die Kosten der Erhaltung, der Verwaltung und einer gemeinschaftlichen Benutzung, die der Minderjährige bei dem Erwerb eines Miteigentumsanteils nach § 748 BGB zu tragen hat, rechtfertigen keine gegenüber dem Alleineigentum abweichende Beurteilung. Eine Verpflichtung des Minderjährigen nach § 748 BGB tritt nämlich nicht bereits mit dem Erwerb des Miteigentumsanteils ein. Vielmehr müssen weitere Voraussetzungen hinzutreten. Die anteilige Tragung von notwendigen Erhaltungsmaßnahmen im Sinne von § 744 Abs. 2 BGB setzt die Vornahme einer entsprechenden Maßnahme durch den Miteigentümer voraus. Ansprüche aus § 748 i. V. m. § 745 BGB sind von einem Beschluss der Miteigentümer abhängig, wobei nach § 745 Abs. 3 Satz 1 BGB eine wesentliche Veränderung des Gegenstands (hier: des Grundstücks) nicht beschlossen werden kann. Der Schutz des Minderjährigen erfordert es vor diesem Hintergrund nicht, bereits den Erwerb des Miteigentumsanteils als solchen als rechtlich nachteilig im Sinne von § 107 BGB zu qualifizieren. Auch bei dem Erwerb des Alleineigentums sind solche Nachteile außer Betracht zu lassen, die eine persönliche Haftung des Minderjährigen nur unter weiteren Voraussetzungen zu begründen vermögen, wie dies beispielsweise bei Ansprüchen der Fall ist, die auf die Verletzung der Verkehrssicherungspflicht gestützt werden.

19 (2) Ganz anders stellt sich die Sachlage bei dem Erwerb einer Eigentumswohnung durch einen Minderjährigen dar.

Ein solcher Erwerb ist im Hinblick auf mögliche Gefährdungen des Vermögens des Minderjährigen mit dem Erwerb eines Miteigentumsanteils an einem Grundstück oder des Alleineigentums nicht vergleichbar.

20 (aa) Die Mitgliedschaft in einer GdWE ist mit erheblichen persönlichen Verpflichtungen verbunden, die bereits unmittelbar mit dem Eigentumserwerb eintreten. Denn als Mitglied der GdWE wäre der Minderjährige nicht nur verpflichtet, sich entsprechend seinem Anteil an den Lasten des gemeinschaftlichen Eigentums zu beteiligen. Er hätte vielmehr anteilig auch die Kosten der Instandhaltung, Instandsetzung, sonstigen Verwaltung und eines gemeinschaftlichen Gebrauchs des gemeinschaftlichen Eigentums zu tragen (vgl. § 16 Abs. 2 Satz 1 VVG; Senat, Beschluss vom 30.09.2010, V ZB 206/10, BGHZ 187, 119 Rdnr. 13 zu § 16 Abs. 2 WEG a. F.). Dafür werden in dem Wirtschaftsplan Vorschüsse festgelegt; die damit verbundene Zahlungspflicht trifft den Erwerber bereits unmittelbar mit dem Eigentumsübergang (vgl. Senat, Urteil vom 15.12.2017, V ZR 257/16, NZM 2018, 2044 Rdnr. 13 m. w. N.). Zudem müsste er sich – ggf. im Wege der Sonderumlage – an Wohngeldausfällen beteiligen. Schließlich haftet der Minderjährige als Wohnungseigentümer nach § 9a Abs. 4 WEG (= § 10 Abs. 8 WEG a. F.) infolge des Erwerbs der Eigentumswohnung kraft Gesetzes den Gläubigern der GdWE für Verbindlichkeiten, die während seiner Zugehörigkeit zur Gemeinschaft entstehen oder während dieses Zeitraums fällig werden (vgl. Senat, Beschluss vom 30.09.2010, V ZB 206/10, BGHZ 187, 119 Rdnr. 14).

21 (bb) Hinzu kommt, dass bei der gebotenen typisierenden Betrachtungsweise das Schutzbedürfnis des Minderjährigen bei dem Erwerb eines Miteigentumsanteils an einem Grundstück regelmäßig erheblich geringer ist als bei dem Erwerb einer Eigentumswohnung. Miteigentumsanteile werden typischerweise innerhalb einer Familie – etwa im Wege der vorweggenommenen Erbfolge – übertragen, sodass eine Inanspruchnahme zwischen den Miteigentümern in aller Regel fernliegend ist. Bei dem Erwerb einer Eigentumswohnung und dem Eintritt in eine GdWE ist dies im Hinblick auf eine unter Umständen hohe Anzahl von Wohnungseigentümern und die Gefahr von den Minderjährigen belastenden Mehrheitsentscheidungen anders.

22 (cc) Dass der Erwerb eines Miteigentumsanteils an einem Grundstück wertungsmäßig mit dem Erwerb einer Eigentumswohnung nicht gleichgestellt werden kann, die Unterscheidung vielmehr dem Willen des Gesetzgebers entspricht, lässt sich mittelbar auch der Regelung in § 1850 Nr. 4 BGB entnehmen. Nach dieser Vorschrift bedarf (nur) der unentgeltliche Erwerb von Wohnungs- oder Teileigentum der gerichtlichen Genehmigung. Der Gesetzgeber begründet dies mit den umfangreichen Haftungsfolgen des Erwerb einer Eigentumswohnung (vgl. BT-Drucks. 19/24445, S. 286 f.). Demgegenüber wird der unentgeltliche Erwerb von Eigentum an einem Grundstück ausdrücklich als genehmigungsfrei bezeichnet (vgl. BT-Drucks. 19/24445, S. 286). Eine Differenzierung zwischen dem Erwerb des Alleineigentums an dem Grundstück und dem Erwerb eines Miteigentumsanteils erfolgt nicht.

23 (3) Schließlich könnte eine solche Differenzierung auch wertungsmäßig nicht überzeugen. Übertrüge beispielsweise ein Elternteil ein Grundstück auf das einzige Kind zu Alleineigentum, bedürfte es keines Ergänzungspflegers, da der Erwerb lediglich rechtlich vorteilhaft wäre. Warum dies anders sein soll, wenn das Grundstück auf zwei Kinder zu einem Miteigentumsanteil von je 1/2 übertragen wird, erschließt sich nicht.

24 3. Da die Auflassung an die Beteiligten zu 3 und 4 lediglich rechtlich vorteilhaft ist, stellt sich die weitere Frage nicht, ob für die Beteiligten zu 3 und 4 jeweils ein Ergänzungspfleger zu bestellen ist – so die Auffassung des Grundbuchamts – oder ob die Bestellung eines Ergänzungspflegers für beide Kinder genügt. Nach § 1813 Abs. 1 i. V. m. § 1775 Abs. 2 BGB soll für Geschwister allerdings nur ein Ergänzungspfleger bestellt werden, es sei denn, es liegen besondere Gründe vor, jeweils einen Ergänzungspfleger für einzelne Geschwister zu bestellen.

25 IV. 1. Da das Beschwerdegericht hiernach die Beschwerde gegen die Zwischenverfügung des Grundbuchamtes zu Unrecht zurückgewiesen hat, ist seine Entscheidung insoweit aufzuheben (§ 78 Abs. 3 GBO i. V. m. § 74 Abs. 5 FamFG). Unter Berücksichtigung der bereits von dem Beschwerdegericht ausgesprochenen Teilaufhebung der Zwischenverfügung ist diese auch im Hinblick auf den noch verbleibenden Inhalt und damit insgesamt aufzuheben. Das Grundbuchamt darf deshalb den Vollzug der beantragten Grundbucheintragung nicht aus den in der Zwischenverfügung genannten Gründen verweigern. Eine Entscheidung in der Sache ist dem Rechtsbeschwerdegericht nicht möglich, da der Gegenstand des Rechtsmittelverfahrens nur die Zwischenverfügung und nicht der Eintragungsantrag selbst ist (Senat, Beschluss vom 11.03.2021, V ZB 127/19, WM 2021, 1964 Rdnr. 17).

(...)

ANMERKUNG:

Von Notarassessorin Dr. **Tanja Feichtlbauer**, München

Nachdem zuvor zwei Beschlüsse des KG[1] und des OLG München[2] für Verwunderung und Verunsicherung in der Praxis gesorgt haben, indem sie den Erwerb eines Miteigentumsanteils an einem Grundstück durch einen Minderjährigen bereits für sich als nicht lediglich rechtlich vorteilhaft im Sinne des § 107 BGB angesehen und die Bestellung eines Ergänzungspflegers für erforderlich gehalten haben, hat der BGH nun in der hier kommentierten Grundsatzentscheidung für Klarheit gesorgt.

Der Erwerb eines Miteigentumsanteils an einem Grundstück ist für sich genommen nicht rechtlich nachteilig im

1 KG, Beschluss vom 19.10.2022, 1 W 280/22, BeckRS 2022, 53826.

2 OLG München, Beschluss vom 18.12.2023, 34 Wx 311/23 e, MDR 2024, 293 ; vgl. dazu die Anmerkung Fischer, MittBayNot 2024, 275, 278.

Sinne des § 107 BGB.[3] In dieser Entscheidung hat der BGH zutreffend den Erwerb eines Miteigentumsanteils mit dem Erwerb vom Alleineigentum auf eine Stufe gestellt und, anders als die Vorinstanzen, gerade nicht die Parallele zum unstreitig rechtlich nachteiligen Erwerb von Wohnungseigentum gezogen.[4]

Der Grund für beide Entscheidungen war die Schenkung eines Grundstücks an mehrere Kinder durch die Eltern[5] bzw. Großeltern.[6]

1. Zugrunde liegende Rechtslage

Grundsätzlich sind die Eltern zur Vertretung der minderjährigen Kinder aufgrund gesetzlicher Vertretungsmacht nach § 1626 Abs. 1, § 1629 Abs. 1 BGB gemeinschaftlich berechtigt. Eingeschränkt wird die Vertretungsmacht gemäß § 1629 Abs. 2 i. V. m. § 1824 Abs. 2, § 181 BGB für „Insichgeschäfte", in denen die Eltern auf beiden Seiten auftreten bzw. der andere Vertragsteil zu den Eltern in dem in § 1824 Abs. 1 Nr. 1 BGB bezeichneten Verhältnis steht. In diesen Fällen sieht der Gesetzgeber die Gefahr einer Interessenkollision für gegeben.

Nach dem Wortlaut sowohl des § 1824 Abs. 1 Nr. 1 BGB als auch des § 181 BGB gilt dies allerdings dann nicht, wenn es sich lediglich um die Erfüllung einer Verbindlichkeit handelt. In diesen Fällen ist eine Interessenkollision von vornherein ausgeschlossen, sodass es für den Ausschluss der Vertretungsmacht keinen Grund gibt. Dasselbe gilt nach ständiger Rechtsprechung für Fälle, in denen eine Interessenkollision und ein daraus resultierender Nachteil für den Vertretenen von vornherein ausscheidet, nämlich in Situationen, in denen der Vertretene durch die abgegebene Willenserklärung einen lediglich rechtlichen Vorteil im Sinne des § 107 BGB erlangt.

Dadurch ergab sich das rein dogmatische Problem, dass der Schenkungsvertrag stets lediglich rechtlich vorteilhaft im Sinne des § 107 BGB ist und daher § 181 und auch § 1824 Abs. 1 Nr. 1 BGB in dieser Hinsicht teleologisch reduziert wurden und die Übertragung des Eigentums dann lediglich die Erfüllung einer Verbindlichkeit darstellt, die bereits nach dem eindeutigen Wortlaut stets zulässig ist. Bei der Übertragung einer vermieteten Eigentumswohnung würde allerdings der Minderjährigenschutz umgangen.

Früher hat der BGH im Rahmen der Gesamtbetrachtungslehre bereits auf schuldrechtlicher Ebene eine Gesamtbetrachtung mit dem dinglichen Rechtsgeschäft vorgenommen.[7] Wenn die Gesamtbetrachtung unter Einbeziehung der Rechtsfolgen nicht vorteilhaft war, wurde bereits auf schuldrechtlicher Ebene keine teleologische Reduktion vorgenommen, sodass sich das Problem mit der Erfüllung einer Verbindlichkeit nicht stellte. Dies stellt allerdings einen groben Verstoß gegen das Abstraktionsprinzip dar, weshalb die Rechtsprechung von dieser Theorie Abstand genommen hat.

Nach heute zutreffender Rechtsprechung[8] werden die einzelnen Willenserklärungen isoliert betrachtet. Die Schenkung ist stets rechtlich vorteilhaft, auf dinglicher Ebene müssen die unmittelbaren Folgen des Rechtserwerbs betrachtet werden. Ergibt sich hier ein rechtlicher Nachteil, werden § 1824 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2, § 181 BGB dahin gehend teleologisch reduziert, dass auch die Erfüllung einer Verbindlichkeit ausnahmsweise nicht zulässig ist. Rechtsfolge ist dann das Fehlen der Vertretungsmacht für das dingliche Rechtsgeschäft und die Folge, dass in der Praxis sowohl für das schuldrechtliche, als auch für das dingliche Rechtsgeschäft die Bestellung eines Ergänzungspflegers erfolgt.

2. Einzelfälle in der Rechtsprechung

Dies hat der BGH etwa in den Fällen einer Eigentumswohnung[9] aufgrund der unmittelbar aus der Übertragung entstehenden persönlichen Haftungspflichten aus § 9a Abs. 4 Satz 1, § 16 Abs. 1 Satz 2 WEG aufgrund des Erwerbs kraft Gesetzes sowie der Lasten des gemeinschaftlichen Eigentums nach § 16 Abs. 2 WEG[10] bejaht. Darüber hinaus muss sich der Wohnungseigentümer ggf. im Wege der Sonderumlage an etwaigen Wohngeldausfällen bei anderen Wohnungseigentümern beteiligen.[11]

Ebenso entschied die Rechtsprechung in Fällen der Vermietung wegen des Übergangs des Mietverhältnisses auf den Minderjährigen nach § 566 BGB.[12] Hier war auch in der Vergangenheit die Bestellung eines Ergänzungspflegers in den Fällen des (erweiterten) Insichgeschäfts erforderlich.

Zusätzlich wurde mit der Neuregelung des Betreuungsrechts § 1850 Nr. 4 BGB eingefügt, wodurch der Ergänzungspfleger bei der unentgeltlichen Übertragung einer Eigentumswohnung zusätzlich einer familiengerichtlichen Genehmigung bedarf. Damit hat der Gesetzgeber unterstrichen, dass sich aus der Übertragung des Eigentums an einer Eigentumswohnung besondere Gefahren für den Vertretenen ergeben können.[13] Der Erwerb von

3 Siehe Rdnr. 9 der besprochenen Entscheidung.

4 Siehe Rdnr. 22 f. der besprochenen Entscheidung.

5 So in KG, Beschluss vom 19.10.2022, 1 W 280/22, BeckRS 2022, 53826.

6 So in OLG München, Beschluss vom 18.12.2023, 34 Wx 311/23 e, MDR 2024, 293.

7 BGH, Urteil vom 27.09.1972, IV ZR 225/69, BGHZ 1959, 236; Urteil vom 27.09.1972, IV ZR 225/69, NJW1972, 2262; BayObLG, Beschluss vom 29.05.1998, 2 Z BR 85/98, BayObLG 1998, 139.

8 BGH, Beschluss vom 09.07.1980, V ZB 16/79, BGHZ 1978, 28; abl. Beschluss vom 25.11.2004, V ZB 13/04, BGHZ 161, 170, 171.

9 Vgl. BGH, Beschluss vom 30.09.2010, V ZB 206/10, BGHZ 187, 119.

10 BGH, Beschluss vom 30.09.2010, V ZB 206/10, BGHZ 187, 119 Rdnr. 13.

11 BGH, Beschluss vom 30.09.2010, V ZB 206/10, BGHZ 187, 119 Rdnr. 13.

12 BGH, Beschluss vom 03.02.2005, V ZB 44/04, NJW 2005, 1430; Beschluss vom 28.04.2022, V ZB 4/21, NJW-RR 2022, 1027.

13 Vgl. zur Begründung BT-Drucks. 19/24445, S. 286 f.

(Allein-)Eigentum an einem Grundstück wird in der Gesetzesbegründung dagegen als genehmigungsfrei bezeichnet, wobei nicht zwischen dem alleinigen Eigentum und Miteigentum differenziert wird.[14]

Bei der Übertragung eines unvermieteten Grundstücks (gleich ob bebaut oder unbebaut) zum Alleineigentum hat der BGH einen rechtlichen Nachteil in ständiger Rechtsprechung verneint. Dem stünden auch die öffentlichen Lasten nicht entgegen,[15] weil diese sich ohne Weiteres aus den Erträgen des Grundstücks bezahlen ließen. Auch eine Belastung des Grundstücks mit Grundschulden[16] oder einem Nießbrauch[17] schmälere lediglich den Wert der Schenkung, weil diese sich lediglich auf das Grundstück beziehen und keine persönliche Haftung des Minderjährigen begründen.

Die Vorinstanzen[18] zogen bei Erwerb eines Miteigentumsanteils aufgrund der dadurch entstehenden Bruchteilsgemeinschaft gemäß §§ 741 ff., 1008 ff. BGB die Parallele zur Wohnungseigentümergemeinschaft. Ähnlich wie im Rahmen der Wohnungseigentümergemeinschaft in § 16 Abs. 2 WEG sei der Bruchteilseigentümer gemäß § 748 BGB verpflichtet, die Lasten des gemeinschaftlichen Gegenstands sowie die Kosten der Erhaltung und Verwaltung nach dem Verhältnis der Anteile zu tragen. Diese Verpflichtungen knüpfen nach Ansicht der Vorinstanzen bereits an das Bestehen der Gemeinschaft an.

Diese Entscheidungen sind falsch, verkennen sie nämlich die wesentlichen Unterschiede einer Wohnungseigentümergemeinschaft und einer Bruchteilsgemeinschaft.

Die Bruchteilsgemeinschaft ist in § 749 Abs. 1 BGB als jederzeit lösbare Bindung ausgestaltet, während § 11 WEG klarstellt, dass die Wohnungseigentümergemeinschaft auf Dauer angelegt ist.[19] Die Pflichten zur Lasten- und Kostentragung stellen daher im Hinblick auf die Teilungsversteigerung eine jederzeit auflösbare Bindung dar.

Auch die Tragung der notwendigen Erhaltungsmaßnahmen § 744 Abs. 2 BGB, die nur durch Beschlussfassung der Miteigentümer nach §§ 748, 745 BGB entstehen, sind eher eine fernliegende Möglichkeit und entstehen, wie der BGH in seiner neuen Entscheidung zutreffend feststellt, gerade nicht unmittelbar aufgrund der Übertragung des Miteigentums.[20] Dazu kommt, dass es sich auch eher um eine abstrakte Möglichkeit handelt als um eine konkrete Gefahr. Während sich Wohnungseigentümergemeinschaften durch eine Vielzahl von Eigentümern auszeichnen, sind die Miteigentümergemeinschaften meist familiär geprägt, sodass eine Inanspruchnahme unter Miteigentümern fernliegend ist. Es handelt sich daher, wie der BGH zu Recht ausführt schon bei typisierender Betrachtungsweise um ein völlig anderes Schutzbedürfnis.[21]

Der BGH stellt auch zutreffend darauf ab, dass der Erwerb von Miteigentum eher dem Erwerb von Alleineigentum nahe kommt, als dem Erwerb von Wohnungseigentum.[22] Auch beim Erwerb von Alleineigentum treffen den Minderjährigen bei einem bebauten Grundstück Instandhaltungspflichten, die aber der rechtlichen Vorteilhaftigkeit unstrittig nicht entgegenstehen.

Ein weiteres Argument ist die Einführung von § 1850 Nr. 4 BGB und die damit einhergehende Wertung des Gesetzgebers. Hier ist gerade nur das Wohnungseigentum aufgelistet und gerade nicht das Alleineigentum oder Miteigentum. Daraus lässt sich schließen, dass der Gesetzgeber die besonderen Gefahren nur im Erwerb von Wohnungseigentum verortet.

3. Bewertung und Schlussfolgerung

Die Entscheidung des BGH in dieser Sache war richtig und wichtig. Durch diese neue Grundsatzentscheidung wurde die verquere Ansicht der beiden OLGs direkt im Keim erstickt. Folgend auf die hier kommentierte Entscheidung hat der BGH in einer weiteren Entscheidung[23] die rechtliche Vorteilhaftigkeit des Erwerbs eines Miteigentumsanteils bestätigt und sich der vorausgehenden Entscheidung mit Bezugnahme auf die Begründung angeschlossen.

Es ist nicht einzusehen, warum der Erwerb eines Miteigentumsanteils in der Sache anders zu bewerten sein soll, als der Erwerb des Alleineigentums. Die beiden Vorinstanzen stellen in der Sache nur auf in der Theorie bestehende Risiken ab. In der Praxis würde (anders als beim unentgeltlichen Erwerb einer Eigentumswohnung) kaum jemals eine Einzelfallprüfung gemacht werden, sodass es sich hier um bloßen Formalismus handeln würde.

Es ist daher davon auszugehen, dass es sich bei diesem Ergebnis nun um gesicherte Rechtsprechung handelt, auf die der Kautelarjurist vertrauen darf. Abweichend zur vorherigen Empfehlung im Rahmen der Anmerkung zur Entscheidung des OLG München[24] ist die Bestellung eines Ergänzungspflegers in Konstellationen, in denen es um die Übertragung eines Miteigentumsanteils an minderjährige Kinder geht, nun nicht mehr erforderlich, sofern nicht weitere Umstände hinzutreten, die zu einem rechtlichen Nachteil führen.[25] Nach wie vor ist im Kontext

14 BT-Drucks. 19/24445, S. 286.

15 BGH, Beschluss vom 25.11.2004, V ZB 13/04, BGHZ 161, 170, 171.

16 BGH, Beschluss vom 25.11.2004, V ZB 13/04, BGHZ 161, 170, 171.

17 BGH, Beschluss vom 25.11.2004, V ZB 13/04, BGHZ 161, 170, 171.

18 KG, Beschluss vom 19.10.2022, 1 W 280/22, BeckRS 2022, 53826; OLG München, Beschluss vom 18.12.2023, 34 Wx 311/23 e, MDR 2024, 293.

19 Vgl. BGH, Urteil vom 11.12.1992, V ZR 118/91, BGHZ 121, 22.

20 Rdnr. 9 der besprochenen Entscheidung.

21 Rdnr. 21 der besprochenen Entscheidung.

22 Rdnr. 22 f. der besprochenen Entscheidung.

23 BGH, Beschluss vom 20.06.2024, V ZB 1/24, BeckRS 2024, 15347.

24 *Fischer*, MittBayNot 2024, 275, 278.

25 Etwa die Vermietung oder Verpachtung des betreffenden Grundstücks.

der Übertragung von Grundstückseigentum oder Wohnungseigentum auf minderjährige Kinder stets eine genaue Prüfung anhand des Einzelfalls vorzunehmen, ob im konkreten Fall ein Ergänzungspfleger oder eine familiengerichtliche Genehmigung erforderlich sind oder nicht.

•

10. Prüfungspflicht des Notars vor Erteilung einer weiteren Ausfertigung der Vollmachtsurkunde

BGH, Beschluss vom 24.05.2023, V ZB 22/22 (Vorinstanz: LG Traunstein, Beschluss vom 25.04.2022, 1 T 1452/21)

BeurkG § 51 Abs. 1 und Abs. 2, § 54
BGB §§ 1823, 1902
BGB § 1902 (i. d. F. bis zum 01.01.2023)

LEITSÄTZE:

1. **Haben die nach § 51 Abs. 1 BeurkG Berechtigten gegenüber dem Notar eine andere Bestimmung hinsichtlich der Erteilung von Ausfertigungen getroffen, ergeben sich Inhalt und Umfang der Amtspflichten des Notars bei der Prüfung des Rechts eines Dritten auf Erteilung einer Ausfertigung aus dieser Weisung.**
2. **Kann der Bevollmächtigte nach der Weisung des Vollmachtgebers eine weitere Ausfertigung der Vollmachtsurkunde verlangen, sofern er glaubhaft versichert, dass die Ausfertigung abhandengekommen und die Vollmacht nicht widerrufen worden ist, darf der Notar die Erteilung einer weiteren Ausfertigung verweigern, wenn er Kenntnis von einem Vollmachtswiderruf erhält. Anders ist es, wenn der Widerruf der Vollmacht ohne jeden vernünftigen Zweifel, also evident unwirksam ist.**
3. **Der Widerruf einer General- und Vorsorgevollmacht durch den Betreuer des Vollmachtgebers ist für den Notar in dem Verfahren auf Erteilung einer Ausfertigung der Vollmachtsurkunde auf Verlangen des darin genannten Bevollmächtigten regelmäßig auch dann nicht evident unwirksam, wenn versichert wird, dass der Aufgabenkreis des Betreuers den Widerruf nicht umfasst.**

Diese Entscheidung ist abgedruckt in der DNotZ 2024, 37.

Bürgerliches Recht

ERBRECHT

11. Kein regelmäßig anzunehmender Widerruf eines Bezugsrechts bei Kündigung eines Lebensversicherungsvertrags

BGH, Urteil vom 22.03.2023, IV ZR 95/22 (Vorinstanz: OLG Stuttgart, Urteil vom 10.02.2022, 7 U 165/21)

BGB §§ 133, 157, 242
VVG § 159

LEITSATZ:

Es gibt keinen Erfahrungssatz, wonach die Kündigung eines Lebensversicherungsvertrags durch den Versicherungsnehmer stets zugleich den Widerruf der Bezugsberechtigung auf den Todesfall enthält, sondern diese Frage ist durch Auslegung der Erklärung im Einzelfall zu entscheiden.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 Die Klägerin, eine Versicherungsgesellschaft, nimmt die Beklagte auf Rückzahlung des Rückkaufswerts einer Rentenversicherung in Anspruch.

2 Die Beklagte ist aufgrund gesetzlicher Erbfolge Alleinerbin nach ihrer Mutter, der Versicherungsnehmerin der Klägerin. Die Versicherungsnehmerin unterhielt bei der Klägerin eine Rentenversicherung gegen Einmalzahlung von 20.000 € mit Versicherungs- und Rentenbeginn am 01.06.2012. Seit dem 01.09.2012 erhielt sie eine vierteljährliche Rente i. H. v. 181,84 €. Im Versicherungsantrag vom 09.05.2012 bestimmte die Versicherungsnehmerin ihren Lebensgefährten (nachfolgend: Streitverkündeter) als widerruflich Bezugsberechtigten im Todesfall, der als solcher auch im Versicherungsschein eingetragen ist.

3 In den maßgeblichen Allgemeinen Versicherungsbedingungen der Klägerin (nachfolgend: AVB) heißt es in § 6 unter der Überschrift „Wann können Sie Ihre Versicherung kündigen?“:

> „Fristen 1. Sie können
>
> - jederzeit zum Ende einer Versicherungsperiode oder
> - mit einer Frist von einem Monat zum nächsten Monatsersten Ihre Versicherung schriftlich kündigen.“

4 In § 12 ist unter der Überschrift „Wer erhält die Leistung?“ geregelt:

> „1. Die Leistung erbringen wir an Sie oder an Ihre Erben, falls Sie uns keine andere Person benannt haben, die die Ansprüche aus dem Versicherungsvertrag bei deren Fälligkeit erwerben soll (Bezugsberechtigter). Bis zur jeweiligen Fälligkeit können Sie das Bezugsrecht jederzeit widerrufen. (...)

> 4. Die Einräumung und der Widerruf eines Bezugsrechts (...) sind uns gegenüber nur und erst dann wirksam, wenn sie uns vom bisherigen Berechtigten schriftlich angezeigt worden sind. (...)“

5 Mit Schreiben vom 18.02.2019 erklärte die Versicherungsnehmerin gegenüber der Klägerin insbesondere:

> „hiermit kündige ich meine (...) Rentenversicherung (...) zum 01.04.2019.
>
> Bitte überweisen Sie mir den Restbetrag auf mein Konto bei der Kreissparkasse (...).“

6 Die Klägerin kehrte daraufhin schon am 26.03.2019 einen Betrag in Höhe der Klageforderung von 16.044,37 € an die Versicherungsnehmerin aus. Der Betrag wurde ihrem Konto am 27.03. gutgeschrieben. Einen Tag später, am 28.03.2019, verstarb sie und wurde von der Beklagten beerbt.

7 Mit Schreiben vom 13.09.2019 zeigte die Beklagte der Klägerin, die vom Tod der Versicherungsnehmerin zuvor keine Kenntnis hatte, das Versterben der Versicherungsnehmerin an und teilte mit, dass sämtliche zugunsten des Streitverkündeten bestehenden Vollmachten widerrufen worden seien; zugleich widerrief sie etwa zu seinen Gunsten bei der Klägerin bestehende Bezugsrechte. Mit Schreiben vom 01.10.2020 erklärte die Klägerin, dass ein Widerruf des Bezugsrechts wegen des Eintritts des Versicherungsfalls nicht mehr möglich sei. Sie werde den Widerruf aber insofern achten, als sie dem Streitverkündeten kein Angebot auf Abschluss eines Schenkungsvertrags mehr überbringen werde. Außerdem forderte sie die Beklagte auf, den erhaltenen Betrag zurückzuzahlen.

8 Die Klägerin ist der Ansicht, der Kündigung des Versicherungsvertrags könne kein Widerruf des Bezugsrechts entnommen werden. Die Kündigung sei gemäß § 6 AVB erst zum 01.04.2019 wirksam geworden, sodass zum Zeitpunkt des Todes der Versicherungsnehmerin der Vertrag noch bestanden habe. Mit Eintritt des Versicherungsfalls habe der Streitverkündete den Anspruch auf die Todesfallleistung erworben. Die Zahlung i. H. v. 16.044,37 € sei daher ohne Rechtsgrund erfolgt. Mit der Klage begehrt die Klägerin Rückzahlung dieses Betrags. Das LG hat der Klage stattgegeben. Auf die Berufung der Beklagten hat das OLG unter Zurückweisung der Berufung im Übrigen, das Urteil des LG abgeändert und die Beklagte verurteilt, an die Klägerin 954,05 € nebst Zinsen zu zahlen. Im Übrigen hat es die Klage abgewiesen. Mit der Revision begehrt die Klägerin die Wiederherstellung des Urteils des LG.

9 Die Revision hat Erfolg.

10 I. Nach Auffassung des Berufungsgerichts, dessen Urteil unter anderem in VersR 2022, 812 veröffentlicht ist, kann dem LG in seiner Auslegung der Kündigungserklärung der Versicherungsnehmerin vom 18.02.2019 nicht gefolgt werden. Die Klägerin habe dieser vielmehr auch den Widerruf des zugunsten des Streitverkündeten bestehenden Bezugsrechts entnehmen müssen. Die Todesfallleistung habe der Beklagten folglich als Erbin der Versicherungsnehmerin zugestanden. Der Widerruf der Bezugsberechtigung durch den Versicherungsnehmer erfolge durch einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung gegenüber dem Versicherer, die auf den Zeitpunkt ihrer Abgabe abstellend aus Sicht des Versicherers als objektiver Empfänger gemäß §§ 133, 157, 242 BGB auszulegen sei. Ausgehend davon sei festzuhalten, dass die Versicherungsnehmerin sich in ihrem Kündigungsschreiben nicht ausdrücklich zu Fortbestand oder Widerruf des Bezugsrechts geäußert und auch keine Angaben zu den Hintergründen ihrer Kündigung gemacht habe.

11 Damit stelle sich die Frage, ob einer Kündigungserklärung des Versicherungsnehmers im Regelfall, das heiße ohne Hinzutreten gegenläufiger Anhaltspunkte, der Wille zu entnehmen sei, dass er zugleich widerruflich bestehende Bezugsrechte widerrufen wolle (§§ 133, 157 BGB). Diese Frage sei zu bejahen. Denn dies entspreche der im Rahmen der Auslegung zu berücksichtigenden regelmäßigen Interessenlage des Versicherungsnehmers, soweit diese für den Versicherer erkennbar werde. Begehre der Versicherungsnehmer mit der Kündigung Auszahlung des zu seinen Gunsten bestehenden Versicherungswerts an sich, bringe er damit nicht anders als ein Insolvenzverwalter, der den Vermögenswert zur Masse ziehen will, zum Ausdruck, dass er den Wert der Versicherung seinem liquiden Vermögen zuführen wolle. Seinen Tod werde er regelmäßig nicht bedenken, wofür auch kein Anlass bestehe, weil sein Vermögen durch den Tod nicht verloren gehe (§ 1922 BGB). Da das Fortbestehen eines Bezugsrechts zugunsten eines Dritten diesem wirtschaftlichen Ergebnis zuwiderlaufe, sei die Kündigungserklärung dahin auszulegen, dass damit schlüssig auch der Widerruf dieses Bezugsrechts erklärt werde. Es sei auch keine differenzierende Betrachtung danach geboten, ob es sich um ein Erlebensfall- oder ein Todesfallbezugsrecht handele. Zwar möge es Fälle geben, bei denen dem Versicherungsnehmer daran gelegen sei, trotz des in der Regel überschaubaren Zeitraums bis zum Wirksamwerden seiner ordentlichen Kündigung einen Dritten für diesen Zeitraum abzusichern, obwohl er erklärt hat, den Versicherungswert seinem eigenen Vermögen zuführen zu wollen. Dies seien aber atypische Fälle, die an der grundsätzlichen Interessenlage nichts änderten.

12 II. Das hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

13 Die Kündigungserklärung des Versicherungsnehmers einer Lebensversicherung, die mit einem Auszahlungsbegehren an sich selbst verbunden ist, enthält entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts jedenfalls bei einem Bezugsrecht auf den Todesfall – wie hier – ohne weitere Anhaltspunkte nicht stets zugleich konkludent auch den Widerruf dieses Bezugsrechts.

14 1. Zutreffend nimmt das Berufungsgericht allerdings an, dass der Widerruf der Bezugsberechtigung durch den Versicherungsnehmer eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung gegenüber dem Versicherer ist, die auf den Zeitpunkt ihrer Abgabe abstellend aus Sicht des Versicherers als objektiver Empfänger gemäß §§ 133, 157, 242 BGB auszulegen ist. Der Tatrichter hat nach ständiger Senatsrechtsprechung eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung so auszulegen, wie der Erklärungsempfänger sie nach Treu und Glauben und unter Berücksichti-

gung der Verkehrssitte von seinem Empfängerhorizont aus verstehen musste. Innerhalb dieses normativen Rahmens kommt es darauf an, was der Erklärende gewollt und inwieweit er seinen Willen für den Erklärungsempfänger erkennbar zum Ausdruck gebracht hat (vgl. Senatsurteil vom 21.05.2008, IV ZR 238/06, VersR 2008, 1054 Rdnr. 30 m. w. N.). Das Berufungsgericht hat insoweit auch zu Recht ausgeführt, dass die Versicherungsnehmerin sich in ihrem Kündigungsschreiben vom 18.02.2019 nicht ausdrücklich zum Fortbestand oder Widerruf des Bezugsrechts geäußert und auch keine Angaben zu den Hintergründen ihrer Kündigung gemacht hat, sondern der für die Klägerin erkennbare, ausdrückliche Gehalt der Erklärung sich darauf beschränkt, dass die Versicherungsnehmerin den Vertrag zum nächstmöglichen Termin beendet wissen will und darum bittet, dass „der Restbetrag" auf ihr Konto überwiesen werden möge.

15 Unvereinbar damit ist jedoch die Annahme des Berufungsgerichts, dass ohne Hinzutreten gegenläufiger Anhaltspunkte in einem Kündigungsschreiben diesem regelmäßig der Wille des Versicherungsnehmers zu entnehmen ist, dass er zugleich widerruflich bestehende Bezugsrechte widerrufen will. Zwar unterliegt die tatrichterliche Auslegung rechtsgeschäftlicher Willenserklärungen einer nur eingeschränkten Revisionskontrolle, die lediglich prüft, ob gesetzliche Auslegungsregeln (§§ 133, 157 BGB) oder Verfahrensvorschriften verletzt, Denk- oder Erfahrungssätze missachtet und vom Tatrichter selbst festgestellte, entscheidungserhebliche Tatsachen nicht gebührend berücksichtigt worden sind (vgl. Senatsurteil vom 21.05.2008, IV ZR 238/06, VersR 2008, 1054 Rdnr. 29 m. w. N.). Aber auch nach diesem Maßstab kann das Berufungsurteil keinen Bestand haben. Die von ihm angenommene Regel beruht nicht auf der Auslegung der konkreten Willenserklärung, sondern, wie das Berufungsgericht selbst einräumt, in der Annahme eines Erfahrungssatzes, den es in der von ihm angenommenen Allgemeinheit jedenfalls im Fall eines Bezugsrechts auf den Todesfall nicht gibt.

16 2. In Rechtsprechung und Literatur ist allerdings umstritten, ob einer Kündigungserklärung des Versicherungsnehmers im Regelfall, ohne Hinzutreten weiterer Anhaltspunkte, konkludent auch der Wille des Versicherungsnehmers zu entnehmen ist, dass er damit zugleich ein widerruflich bestehendes Bezugsrecht widerrufen will.

17 a) Dieser Ansicht ist in der Rechtsprechung insbesondere der IX. Zivilsenat des BGH. Er hat die vom Berufungsgericht angenommene Auslegungsregel ohne nähere Begründung anknüpfend an ein Zitat von *Kollhosser* (in Prölss/Martin, VVG, 25. Aufl., § 165 Anm. 1a) in einem Urteil vom 04.03.1993 vertreten (BGH, Urteil vom 04.03.1993, IX ZR 169/92, VersR 1993, 689 unter II. 3., juris Rdnr. 13). Dort ging es um die Frage, ob ein Widerruf der Bezugsberechtigung noch erforderlich ist, wenn im Fall des Konkurses des Versicherungsnehmers der Konkursverwalter nicht Erfüllung des Lebensversicherungsvertrags gewählt hat und der Vertrag mit Konkurseröffnung endgültig in ein Abwicklungsverhältnis umgestaltet worden ist. Der Konkursverwalter müsse dann den Vertrag nicht mehr kündigen und ein Widerruf der Bezugsberechtigung sei ebenfalls nicht erforderlich (BGH, a. a. O. Rdnr. 11-13). In späteren Urteilen hat der IX. Zivilsenat diese Regel nur eng bezogen auf das Insolvenzrecht angenommen (vgl. BGH, Urteile vom 09.10.2014, IX ZR 41/14, VersR 2014, 1444 Rdnr. 26; vom 07.04.2005, IX ZR 138/04, VersR 2005, 923 unter 2. b) bb), juris Rdnr. 13).

18 In der Literatur wird eine solche Auslegungsregel ebenfalls teilweise befürwortet, und zwar meist unter Hinweis auf Entscheidungen des IX. Zivilsenats des BGH (*Leithoff* in Staudinger/Halm/Wendt, VVG, 2. Aufl., § 159 Rdnr. 11; *Leithoff* in Höra/Schubach, Münchener Anwaltshandbuch Versicherungsrecht, 5. Aufl., § 25 Rdnr. 375; *Leverenz* in Bruck/Möller, VVG, 9. Aufl., § 185 Rdnr. 33; *Ortmann* in Schwintowski/Brömmelmeyer/Ebers, VVG-PK, 4. Aufl., § 159 Rdnr. 69; *Reiff* in Halm/Engelbrecht/Krahe, Handbuch des Fachanwalts Versicherungsrecht, 6. Aufl., 21. Kap. Rdnr. 31; *Reiff* in Prölss/Martin, VVG, 31. Aufl., § 168 Rdnr. 19; *Reiff/Schneider* in Prölss/Martin, VVG, ALB § 9 Rdnr. 19; *Winter* in Bruck/Möller, VVG, 9. Aufl., § 168 Rdnr. 46). Teilweise wird die Regel allerdings einschränkend nur unter der Voraussetzung angenommen, dass es einen Anhaltspunkt dafür gibt, dass der Versicherungsnehmer den Rechtserwerb des Bezugsberechtigten beim Eintritt des Versicherungsfalls vor dem Wirksamwerden der Kündigung verhindern will *(Winter* in Bruck/Möller, VVG, § 159 Rdnr. 230).

19 b) Nach anderer Ansicht gibt es keinen Erfahrungssatz, wonach die Kündigung eines Lebensversicherungsvertrags, jedenfalls durch den Versicherungsnehmer, zugleich den Widerruf der Bezugsberechtigung einschließt (so in Abgrenzung zur Entscheidung des IX. Zivilsenats vom 04.03.1993, IX ZR 169/92, VersR 1993, 689 und zum Konkursrecht OLG Köln, VersR 2002, 299 unter 3., juris Rdnr. 39, 40; LG Wuppertal, Urteil vom 25.03.2021, 4 O 288/20, juris Rdnr. 19; MünchKomm-VVG/*Heiss*, 2. Aufl., § 159 Rdnr. 52; *Patzer* in Looschelders/Pohlmann, VVG, 3. Aufl. § 159 Rdnr. 18; *Brambach* in Rüffer/Halbach/Schimikowski, HK-VVG, 4. Aufl., § 168 Rdnr. 21; *Grote* in Langheid/Rixecker, VVG, 7. Aufl., § 168 Rdnr. 20; *Baroch Castellvi* in Präve, Lebensversicherung, 2016, § 12 ARB Rdnr. 31 sieht nur in der Kündigung des Erlebensfallbezugsrechts einen konkludenten Widerruf. Für den Todesfall treffe der Versicherungsnehmer hingegen keine konkludente Aussage.).

20 c) Die letztgenannte Auffassung trifft zu. Es gibt – entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts – keinen Erfahrungssatz, wonach die Kündigung eines Lebensversicherungsvertrags durch den Versicherungsnehmer stets zugleich den Widerruf der Bezugsberechtigung auf den Todesfall enthält. Vielmehr ist auch in einem solchen Fall die Frage, ob die Kündigung konkludent nach dem Willen des Versicherungsnehmers ebenfalls einen Widerruf der Bezugsberechtigung enthalten soll, durch Auslegung seiner Erklärung zu beantworten. Zu berücksichtigen ist dabei nach ständiger Senatsrechtsprechung, dass bei einer Erklärung im Rahmen einer vertraglichen Vereinbarung im Interesse des Vertragspartners, hier des Versicherers, weitgehend auf deren Wortlaut und darauf abzustellen ist, wie die Erklärung aus dessen Sicht zu verstehen ist (vgl. Senatsurteile vom 14.02.2007, IV ZR 150/05, VersR 2007, 784

Rdnr. 15 und vom 01.04.1987, IVa ZR 26/86, VersR 1987, 659 unter 1., juris Rdnr. 10). Außerdem soll der Versicherer im Interesse einer schnellen und reibungslosen Abwicklung des Versicherungsfalls nicht – mitunter schwierige – Auslegungsfragen entscheiden müssen (vgl. Senatsurteil vom 14.02.2007, a. a. O.). Danach ist im Streitfall der Kündigungserklärung der Versicherungsnehmerin aus Sicht der Klägerin nicht konkludent der Widerruf der Bezugsberechtigung zu entnehmen. Ein solcher erschließt sich der Klägerin auch nicht aus den Umständen. Aus dem Wortlaut des Schreibens ergibt sich für sie nur die Erklärung der Kündigung, jedoch ergeben sich daraus keine Gründe, warum die Versicherungsnehmerin diese erklärt hat. Es steht auch nicht fest, dass die Klägerin Anhaltspunkte für weitere mit der Kündigungserklärung möglicherweise beabsichtigte Zwecke der Versicherungsnehmerin gehabt hätte. Im Hinblick auf das hier vereinbarte Bezugsrecht auf den Todesfall gibt es auch keinen Hinweis für die Klägerin, dass sich die wirtschaftlichen Motive der Versicherungsnehmerin, insbesondere ihren Lebensgefährten im Todesfall finanziell zu bedenken, insoweit geändert haben könnten.

21 Zwar darf nach der Senatsrechtsprechung der Empfänger der Erklärung dieser nicht einfach den für ihn günstigsten Sinn beilegen, sondern muss unter Berücksichtigung aller ihm bekannten Umstände mit gehöriger Aufmerksamkeit prüfen, was der Erklärende gemeint hat, insbesondere dann, wenn erkennbar eine von zwei möglichen Auslegungen für den Erklärenden wirtschaftlich wenig Sinn macht (vgl. Senatsurteil vom 21.05.2008, IV ZR 238/06, VersR 2008, 1054 Rdnr. 30). Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts liegt ein derartiger Fall hier – entgegen seiner Annahme – aber nicht vor, denn aus der Kündigungserklärung der Versicherungsnehmerin ergibt sich nur, dass sie den Vertrag zum 01.04.2019 beendet wissen will und darum bittet, dass „der Restbetrag“ auf ihr Konto überwiesen wird. Ausgehend vom Empfängerhorizont der Klägerin war damit für diese nur erkennbar, dass die Versicherungsnehmerin eine Beendigung des Versicherungsvertrags zum nächstmöglichen Termin wünschte. Die Klägerin musste daraus nicht zweifelsfrei schließen, dass die Versicherungsnehmerin auf jeden Fall auch den sofortigen Widerruf der Bezugsberechtigung gewollt hat, weil nur dies für sie wirtschaftlich sinnvoll war. Das lässt sich weder dem Schreiben entnehmen noch gibt es dafür sonst Anhaltspunkte. Die Kündigungserklärung lässt zwar auf den Willen der Versicherungsnehmerin schließen, solange sie (noch) lebt, unmittelbar auf das Geld zugreifen zu können. Nichts deutet aber aus Sicht der Klägerin darauf hin, dass die Versicherungsnehmerin im Fall ihres Todes vor Wirksamwerden der Kündigungserklärung eine Änderung des Bezugsrechts zulasten des Streitverkündeten und zugunsten ihrer Erbin gewollt hat.

22 Entgegen der Ansicht der Revision ergibt sich ein solcher Wille auch nicht daraus, dass die Versicherungsnehmerin hier schon zu Lebzeiten vierteljährlich Rente bezogen hat und in einem solchen Fall der Versicherungsnehmer die Leistungen, die der Versicherer im Todesfall eigentlich an die als bezugsberechtigt benannte Person zu erbringen hat, genauso behandelt wissen möchte, wie jene, die schon bisher regelmäßig als Rentenzahlungen erbracht wurden. Gegen die Annahme eines solchen Willens der Versicherungsnehmerin spricht schon der Umstand, dass sie selbst gerade getrennt hat zwischen dem Bezugsrecht zu Lebzeiten und dem Bezugsrecht auf den Todesfall. Anders als das Interesse des Insolvenzverwalters, den gesamten Vermögenswert der Versicherung zur Masse zu ziehen, liegt das Interesse des Versicherungsnehmers im Todesfall für den Versicherer nicht klar auf der Hand. In den dem Lebensversicherungsvertrag zugrunde liegenden AVB ist in § 12 Nr. 4 ausdrücklich geregelt, dass der Klägerin der Widerruf des Bezugsrechts schriftlich angezeigt werden muss. Daran fehlt es hier.

(...)

12. Erteilung einer Bescheinigung über die Annahme des Testamentsvollstreckeramtes

OLG Köln, Beschluss vom 12.05.2023, 2 Wx 65/23

BGB §§ 2202, § 2368

LEITSATZ:

Die Erteilung einer Bestätigung über die Annahme des Amtes als Testamentsvollstreckers erfolgt ohne sachliche Prüfung der Voraussetzungen für die Annahme. Vielmehr wird die Bescheinigung als reine Eingangsbestätigung oder Niederschrift über die Amtsannahmeerklärung des Testamentsvollstreckers ausgestellt (Anschluss an OLG Braunschweig, FGPrax 2019, 839).

Diese Entscheidung ist abgedruckt in der MittBayNot 2024, 283.

ANMERKUNG:

Erteilung einer Eingangsbestätigung zum Nachweis der Amtsannahme des Testamentsvollstreckers durch das Nachlassgericht

Von Notarassessor **Constantin Kloiber** (geb. Federle), München

Der Beschluss des OLG Köln wirft ein Schlaglicht auf die in der Praxis etablierte Bestätigung des Nachlassgerichts über die Annahme des Testamentsvollstreckeramtes. Während die Entscheidung die bisherige Rechtsprechungslinie bestätigt, legt das OLG Köln die kostenrechtliche Behandlung der Eingangsbestätigung nach dem 2021 eingeführten Kostentatbestand KV 12413 GNotKG fest und liefert hierdurch Klarheit für die Praxis.

1. Entscheidung

Der Testamentsvollstrecker begehrte vom Nachlassgericht eine förmliche Bestätigung für die zuvor schriftlich erklärte Annahme des Testamentsvollstreckeramtes. Die Nachlassrechtspflegerin lehnte diesen Antrag ab, da sie nach einer materiellrechtlichen Auslegung der testamentarischen Bestimmungen zum gegebenen Zeitpunkt keine Testamentsvollstreckung annahm und sich deshalb an der Erteilung der Bestätigung gehindert sah.

Das Gericht entschied nur über die verfahrensrechtlichen Gesichtspunkte der Beschwerde, da es eine Prüfungskompetenz der Nachlasspflegerin zu den aufgeworfenen materiellen Überlegungen ablehnte. Danach ist die Bestätigung durch das Gericht ohne jede sachliche Prüfung als Bestätigung eines tatsächlichen Vorgangs zu erteilen. Sie löst eine Festgebühr i. H. v. 50 € nach KV 12413 GNotKG aus.

2. Nachweis der Annahme des Testamentsvollstreckeramtes

Die Annahme des Amtes des Testamentsvollstreckers, § 2202 BGB ist eine formfreie empfangsbedürftige Willenserklärung gegenüber dem Nachlassgericht. Sie wird erst mit dem Zugang beim AG wirksam, § 130 BGB.[1] Hat der Erblasser Testamentsvollstreckung angeordnet und wird die Annahmeerklärung durch den gemäß § 2197 ff. BGB ernannten Testamentsvollstrecker abgegeben, beginnt mit dem Zugang der Annahmeerklärung das Amt des Testamentsvollstreckers aus dem dieser seine vom Erblasser zugewiesenen Befugnisse ableitet.[2]

a) Nachweis durch Testamentsvollstreckerzeugnis oder europäisches Nachlasszeugnis

Möchte der Testamentsvollstrecker im Rechtsverkehr seine aus dem Amt abgeleiteten Befugnisse nachweisen, so kann er das grundsätzlich mithilfe eines Testamentsvollstreckerzeugnisses, § 2368 BGB, oder eines europäischen Nachlasszeugnisses, Art. 62 ff. EUErbVO. Diese Zeugnisse beweisen, dass der in ihnen Genannte wirksam zum Testamentsvollstrecker ernannt wurde, und äußern sich zu etwaigen Beschränkungen oder Erweiterungen der Befugnisse des Testamentsvollstreckers.

Für das Testamentsvollstreckerzeugnis gilt ohnehin, dass dieses nur auf Antrag des Testamentsvollstreckers erteilt werden kann, § 2368 Abs. 1 Satz 1 BGB, sodass spätestens im Antrag des Testamentsvollstreckers die Erklärung der Annahme des Amtes zu sehen ist und so über das erteilte Zeugnis auch die Amtsannahme bewiesen ist.[3]

Für das europäische Nachlasszeugnis kann dieser Schluss vom Antrag auf die Annahme nicht ohne Weiteres vollzogen werden, da es im beantragten Umfang jeder gemäß Art. 65 Abs. 1, 63 Abs. 1 EUErbVO antragsbefugten Person ausgestellt wird.[4] Soll das Zeugnis auch die Befugnisse eines ausnahmsweise nicht antragsstellenden Testamentsvollstreckers ausweisen, so sind die Voraussetzungen hierfür, also insbesondere auch die Annahme des Amtes bei Antrag des Zeugnisses nachzuweisen und deren Vorliegen durch das Nachlassgericht von Amts wegen zu prüfen, Art. 66 Abs. 1 Satz 2 EUErbVO.

Beide Zeugnisse begründen nach ihrer Erteilung anders als ein Erbschein (trotz der Angaben nach § 352b Abs. 2 FamFG) öffentlichen Glauben über die kumulativen Voraussetzungen der Testamentsvollstreckung und so auch über die Annahme des Amtes, §§ 2368, 2365 BGB, sowie Art. 69 Abs. 2 Satz 2 EUErbVO, wobei nur das europäische Nachlasszeugnis diesen öffentlichen Glauben auch an den Fortbestand des Amtes vermittelt.[5]

b) Nachweis durch öffentliches Testament und Nachweis der Amtsannahme

Im Grundbuchverfahren können die Befugnisse des Testamentsvollstreckers zusätzlich durch Verfügung von Todes wegen in öffentlicher Urkunde samt Eröffnungsniederschrift nachgewiesen werden, § 35 Abs. 2, Abs. 1 Satz 2 BGB. Da wegen § 2202 Abs. 1 BGB der Verfügung allein keine Aussage über das Bestehen und den Beginn des Testamentsvollstreckeramtes entnommen werden kann, erfordert § 35 Abs. 1 Satz 2 GBO zusätzlich einen förmlichen Nachweis der Amtsannahme.[6] Nach § 29 GBO muss sowohl die Abgabe der Erklärung als auch deren Zugang in öffentlicher Form nachgewiesen werden;[7] eine einfache Erklärung des Testamentsvollstreckers, er habe das Amt angenommen, genügt hierzu nicht.[8] In der Praxis stehen dem Testamentsvollstrecker hierzu verschiedene Möglichkeiten zur Verfügung.

aa) Annahme zu Protokoll der Geschäftsstelle

Der Testamentsvollstrecker kann zunächst die Amtsannahme mündlich zu Protokoll der Geschäftsstelle eines AG abgegeben, vgl. § 25 Abs. 2 FamFG. Das Protokoll ist eine öffentliche Urkunde im Sinne des § 29 GBO und beweist die Annahmeerklärung sowie deren Zugang beim Nachlassgericht.[9]

bb) Annahme in öffentlicher Form und Eingangsbestätigung als Tatsachennachweis

Alternativ kann der Testamentsvollstrecker seine Erklärung durch einen Notar beurkunden lassen oder die Unterschrift unter seine schriftliche Annahmeerklärung öffentlich beglaubigen lassen. Zum Nachweis des Zugangs dieser Annahmeerklärung hat sich in der Praxis die Erteilung einer gesiegelten Eingangsbestätigung durch das Nachlassgericht etabliert, welche den Zugang des Schriftstückes förmlich bestätigt.[10]

1 *Grüneberg/Weidlich*, 82. Aufl. 2023, § 2202 Rdnr. 1.

2 *Lange* in BeckOK-BGB, Stand: 01.11.2023, § 2202 Rdnr. 7.

3 BGH, Urteil vom 26.06.1961, II ZR 196/59, WM 1961, 479.

4 *Bandel,* MittBayNot 2018, 99, 107; vgl. auch das gemäß Art. 65 Abs. 2 EUErbVO verwendbare „Formblatt V", das bei den Angaben zur Identität des Testamentsvollstreckers (Anlage VI) alternativ die Angabe eines der Antragsteller oder eines näher zu benennenden Dritten zulässt.

5 *Sieghörtner* in Bengel/Reimann/Holtz/Röhl, Handbuch der Testamentsvollstreckung, 8. Aufl. 2023, § 10 Rdnr. 130.

6 OLG München, Beschluss vom 11.07.2016, 34 Wx 144/16, ZEV 2016, 439, 440; *Zeiser* in BeckOK-GBO, Stand: 01.11.2023, § 52 Rdnr. 64; *Neukirchen* in BeckOGK-BGB, Stand: 01.10.2022, § 2368 Rdnr. 114.

7 Ausdrücklich OLG Stuttgart, Beschluss vom 01.08.2022, 8 W 159/22, MittBayNot 2024,62.

8 OLG München, Beschluss vom 11.07.2016, 34 Wx 144/16, ZEV 2016, 439, 440.

9 OLG Saarbrücken, Beschluss vom 16.01.2019, 5 W 97/18, FGPrax 2019, 126, 127.

10 *Neukirchen* in BeckOGK-BGB, § 2368 Rdnr. 114, 116.

Eine solche Bestätigung über den Zugang der Annahmeerklärung verlangte der Antragsteller im Beschluss des OLG Köln. Das OLG Köln legt in seiner Entscheidung anschaulich dar, dass diese Bestätigung ein reines Zeugnis über einen tatsächlichen Vorgang ist und keine sachliche Prüfung des Nachlassgerichts voraussetzt. Das Gericht rekurriert in seiner Entscheidung hierzu auf die in § 35 Abs. 1 Satz 2 GBO angelegte Aufgabenverlagerung; eine Prüfung der öffentlichen letztwilligen Verfügung oder etwa des Eintritts von Bedingungen einer Testamentsvollstreckung durch das Nachlassgericht wären nicht zielführend, da hierzu aufgrund der rechtlichen Eindeutigkeit der Verfügung gerade das Grundbuchamt befugt sein soll.[11] Die Erteilung der Eingangsbestätigung darf nur im Ausnahmefall versagt werden, wenn für das Gericht die Unwirksamkeit der abgegebenen Annahmeerklärung offensichtlich ist, etwa bei Kenntnis von fehlender Geschäftsfähigkeit des Erklärenden.

An die vom Gericht zu erteilende Bestätigung sind inhaltlich keine besonderen Anforderungen zu stellen.[12] Im Grundsatz genügt es für einen Zugangsnachweis in der Form des § 29 GBO bereits, wenn das Gericht eine beglaubigte Abschrift des mit einem als solchen erkennbaren und zuordenbaren Eingangsstempel versehenen Originals erstellt.

cc) Annahme in privatschriftlicher Form und Annahmezeugnis als „qualifiziertes Testamentsvollstreckerzeugnis“

Schließlich besteht noch eine weitere Möglichkeit, diesen Nachweis zu führen, nämlich durch sog. Annahmezeugnis als eine Sonderform des Testamentsvollstreckerzeugnisses, das sich auf die Frage beschränkt, ob das Amt wirksam angenommen wurde.[13]

Die Rechtsprechung grenzt das Annahmezeugnis (analog § 2368 BGB) und die Eingangsbestätigung konsequent voneinander ab.[14] Anders als die bloße Eingangsbestätigung trifft das Annahmezeugnis als „qualifiziertes Testamentsvollstreckerzeugnis“[15] eine öffentlichen Glauben vermittelnde[16] Aussage über die Anordnung der Testamentsvollstreckung, die Person des Ernannten und die Wirksamkeit der Annahmeerklärung. Insoweit erfordert es eine materiellrechtliche Überprüfung durch das Nachlassgericht auf Grundlage der entsprechenden Angaben des Antragstellers nach § 352 FamFG.[17] Das Annahmezeugnis trifft dabei eine Aussage über den Erklärenden und den Erklärungsinhalt der Annahmeerklärung, sodass auch eine privatschriftliche Annahmeerklärung grundbuchtauglich nachgewiesen werden kann.[18]

Leider verkennt ein Teil der Literatur die Abgrenzung der beiden rechtlich verschiedenen Instrumente und beschreibt teils nur eine einzige Form der Bestätigung,[19] teils eine Annahmebestätigung „sui generis“ als drittes Instrument neben Annahmezeugnis und Eingangsbestätigung.[20] Die jeweils zitierte Rechtsprechung trägt diese Auslegungen jedoch nicht.

c) Kosten der Eingangsbestätigung bzw. des Annahmezeugnisses

Die uneinheitliche Bezeichnung und Abgrenzung der Bestätigungen setzen sich in der kostenrechtlichen Literatur fort. Insbesondere die Einordnung des mit dem KostRÄG aus dem Jahr 2021 eingeführten Gebührentatbestands KV 12413, Anlage 1 GNotkG geschieht weitgehend uneinheitlich. Insofern ist es zu begrüßen, dass sich das OLG Köln im vorliegenden Verfahren auch hierzu äußert.

Der neu eingeführte Gebührentatbestand sieht eine Festgebühr von 50 € für das „Verfahren der Erteilung einer Bescheinigung, die die Annahme des Amtes als Testamentsvollstrecker bestätigt“ vor. Vor dem Hintergrund der uneinheitlichen Begrifflichkeiten in der Literatur lässt der Wortlaut des Gebührentatbestands Angaben zur genauen hiermit bezeichneten Form vermissen, da wie ausgeführt sowohl eine Eingangsbestätigung als auch ein Annahmezeugnis die Annahme des Amtes des Testamentsvollstreckers bescheinigen können.

Die Gesetzesbegründung[21] lässt jedoch im Ergebnis die zweifelsfreie Zuordnung des Gebührentatbestands zur Eingangsbestätigung als Tatsachenbescheinigung zu. Diese Zuordnung vollziehen auch das OLG Köln mit einem Teil der Literatur.[22] Der Gesetzgeber betont wie bereits das OLG Braunschweig[23], dass die Eingangsbestätigung ein Aliud zum Testamentsvollstreckerzeugnis

11 So auch: OLG München, Beschluss vom 11.07.2016, 34 Wx 144/16, ZEV 2016, 439, 440; OLG Saarbrücken, Beschluss vom 16.01.2019, 5 W 97/18, FGPrax 2019, 126, 127.

12 Vgl. etwa: *Röhl* in Bengel/Reimann/Holtz/Röhl, Handbuch der Testamentsvollstreckung, § 2 Rdnr. 268.

13 OLG Stuttgart, Beschluss vom 01.08.2022, 8 W 159/22, MittBayNot 2024,62; OLG München, Beschluss vom 11.07.2016, 34 Wx 144/16, MittBayNot 2017, 73, 74; OLG Hamm, Beschluss vom 10.02.2017, I-15 W 482/16, ErbR 2017, 271; *Neukirchen* in BeckOGK-BGB, § 2368 Rdnr. 115.

14 Vgl. nur OLG Stuttgart, Beschluss vom 01.08.2022, 8 W 159/22, MittBayNot 2024,62, 63; OLG Braunschweig, Beschluss vom 12.2.2019, FGPrax 2019, 83, 84; OLG Hamm, Beschluss vom 10.02.2017, I-15 W 482/16, ErbR 2017, 271.

15 OLG Braunschweig, Beschluss vom 12.02.2019, 1 W 19/17, FGPrax 2019, 83, 84.

16 *Grziwotz* in MünchKomm-BGB, 9. Aufl. 2022, § 2368 Rdnr. 59; *Neukirchen* in BeckOGK-BGB, § 2368 Rdnr. 114; a. A.: *Dutta* in Staudinger, Neub. 2021, § 2202 Rdnr. 13; *Wilsch* in Korintenberg, GNotKG, 22. Aufl. 2022, KV 12413 Rdnr. 7.

17 *Grziwotz* in MünchKomm-BGB, § 2368 Rdnr. 59.

18 Ausdrücklich: OLG Hamm, Beschluss vom 10.02.2017, I-15 W 482/16, ErbR 2017, 271.

19 *Dutta* in Staudinger, § 2202 Rdnr. 13; *Zimmermann* in Die Testamentsvollstreckung, 6. Aufl. 2023, Rdnr. 308a f. differenziert zwischen den Begrifflichkeiten, aber liefert keine echte Abgrenzung.

20 *Wilsch* in Korintenberg, GNotKG, KV 12413 Rdnr. 7.

21 BT-Drucks. 19/23484, S. 60.

22 *Sommerfeldt* in Bormann/Diehn/Sommerfeldt, GNotKG, 4. Aufl. 2021, KV 12413 Rdnr. 2; *Zimmermann* in Die Testamentsvollstreckung, Rdnr. 308a; *Zimmermann* in Leipziger GNotKG-Kommentar, 3. Aufl., 2021, Nr. 12413 KV Rdnr. 1.

23 OLG Braunschweig, Beschluss vom 12.02.2019, 1 W 19/17, FGPrax 2019, 83.

darstellt und nicht die Gebühr nach KV 12210 GNotKG auslöst. Der neu eingeführte Tatbestand soll die bisherige Gebührenlücke schließen und eine Gebühr auch für die Eingangsbestätigung vorsehen.

In einem Teil der Literatur wird hingegen die Eingangsbestätigung auch nach Inkrafttreten des KostRÄG für kostenfrei gehalten, überwiegend auf Grundlage des genannten Beschlusses des OLG Braunschweig das jedoch vor Inkrafttreten des KostRÄG erging.[24] Diese Ansicht kann auf Grundlage der Gesetzesbegründung nur so verstanden werden, dass es neben Annahmezeugnis und Eingangsbestätigung eine nach KV 12413 GNotKG kostenpflichtige dritte Form der Bestätigung geben muss, wobei Art, Inhalt und Prüfungsumfang des Nachlassgerichts bei dieser Bestätigung offen bleiben. Dem Gesetzgeber kann aber nicht unterstellt werden, er würde über den Umweg des Kostenrechts eine von der Rechtsprechung bisher nicht anerkannte dritte Bestätigungsform begründen.

Vor dem Hintergrund der eindeutigen Abgrenzung von Eingangsbestätigung und (qualifiziertem) Testamentsvollstreckerzeugnis in der Gesetzesbegründung kann auch nicht überzeugen, dass die Gebühr nach KV 12413 teilweise als Ermäßigung zur Gebühr für das Testamentsvollstreckerzeugnis nach KV 12210 behandelt wird.[25] Eine Kostenermäßigung stünde zudem dem allgemeinen gesetzgeberischen Motiv der Anpassung der Gebühren an steigende Ausgaben entgegen.[26] Für das Annahmezeugnis fallen nach wie vor die vollen Gebühren für das Testamentsvollstreckerzeugnis nach KV 12210 an.

Wie bereits die Gesetzesbegründung feststellt, wird die Festgebühr in den meisten Fällen unterhalb der Gebühr für ein Testamentsvollstreckerzeugnis liegen. In Ausnahmefällen, gerade wenn sich die Testamentsvollstreckung nur auf einen wertmäßig geringen Nachlass(teil) erstreckt, kann hingegen die Erteilung eines Annahmezeugnisses nun kostengünstiger sein als die Bestätigung des Nachlassgerichtes über den Eingang der Annahmeerklärung, da die Gebühr für das Testamentsvollstreckerzeugnis nach KV 12210 GNotKG keine Mindesthöhe vorsieht. Eine kostensensible Beratung des Testamentsvollstreckers sollte dies im Einzelfall berücksichtigen, wobei für eine vollständige Kostenbetrachtung ebenfalls die Gebühren für Annahmeerklärung (je nach Form der Erklärung, zum Beispiel KV 24101 GNotKG) oder Abnahme der eidesstattlichen Versicherung (KV 23300 GNotKG) verglichen werden müssen.

3. Bestimmung der Person des Testamentsvollstreckers durch Dritte

Der Kostengesetzgeber hat bisher nicht berücksichtigt, dass eine entsprechende Bestätigung über den Eingang einer Erklärung gegenüber dem Nachlassgericht auch in den Fällen des § 2198 BGB Bedeutung erlangen kann. Sofern der Erblasser die Bestimmung des Testamentsvollstreckers einer dritten Person überlässt, hat diese die Bestimmung durch öffentlich beglaubigte Erklärung gegenüber dem Nachlassgericht auszuüben, § 2198 Abs. 1 Satz 2 BGB. Möchte sich der ernannte Testamentsvollstrecker der Nachweiserleichterung des § 35 Abs. 2, Abs. 1 Satz 2 GBO bedienen, benötigt er neben der notariellen Verfügung von Todes wegen samt Eröffnungsniederschrift und dem Nachweis über die Amtsannahme ferner einen Nachweis über seine wirksame Ernennung. Dieser Ernennungsnachweis erfordert wegen § 2198 Abs. 1 Satz 2 BGB den Nachweis über den Zugang der öffentlich beglaubigten Ernennungserklärung beim Nachlassgericht.[27] Die Ernennungserklärung ist ein Aliud zur Amtsannahmebestätigung des Testamentsvollstreckers und vom Wortlaut des KV 12413 GNotKG nicht erfasst. Da einer kostenrechtlichen Analogie verfassungsmäßige Gründe entgegenstehen, ist diese Bestätigung nach wie vor kostenfrei zu erteilen.[28] In der Praxis dürfte sich jedoch in den allermeisten Fällen eine Beantragung einer einzigen Eingangsbestätigung anbieten, die den Zugang von Annahmeerklärung und Ernennungserklärung bescheinigt, sodass eine zusätzliche Arbeitsbelastung der Nachlassgerichte hierdurch in der Regel ausbleiben wird.

24 *Felix* in BeckOK-KostR, Stand: 01.01.2024, GNotKG KV 12413 Rdnr. 3; *Dutta* in Staudinger, § 2202 Rdnr. 24; *Grziwotz* in MünchKomm-BGB, § 2368 Rdnr. 57; *Neukirchen* in BeckOGK-BGB, § 2368 Rdnr. 114.

25 *Felix* in BeckOK-KostR, § 40 GNotKG Rdnr. 28; *Grziwotz* in MünchKomm-BGB, § 2368 Rdnr. 57.

26 BT-Drucks. 19/23484, S. 1 f.

27 *Egerland* in Burandt/Rojahn, Erbrecht, 4. Aufl. 2022, § 35 GBO Rdnr. 22; *Imre* in Kroiß/Horn/Solomon, Nachfolgerecht, 3. Aufl. 2023, § 35 Rdnr. 89; a. A. (nur Bestimmungserklärung) *Wilsch* in BeckOK-GBO, § 35 Rdnr. 144; *Schaub*, ZEV 2000, 49, 50.

28 Entsprechend OLG Braunschweig, Beschluss vom 12.02.2019, 1 W 19/17, FGPrax 2019, 83 unter Verweis auf § 1 Abs. 1 GNotKG und BVerfG, Beschluss vom 10.03.1998, 1 BvR 178/97, NJW 1998, 2128, 2129.

HANDELSRECHT, GESELLSCHAFTSRECHT, REGISTERRECHT

13. Kein Anspruch des Kommanditisten auf Löschung von Geburtsdatum und Wohnort im Handelsregister

BGH, Beschluss vom 23.01.2024, II ZB 8/23 (Vorinstanz: OLG Celle, Beschluss vom 24.02.2023, 9 W 17/23)

DS-GVO Art. 17 Abs. 1, Art. 18 Abs. 1 lit. d, Art. 21 Abs. 1
HGB § 9 Abs. 1, § 10 Abs. 1, § 106 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 2 lit. a, § 162 Abs. 1
HRV § 40 Nr. 5 lit. c

LEITSÄTZE:

1. **Der Kommanditist hat keinen Anspruch aus Art. 17 Abs. 1 DS-GVO auf Löschung seines Geburtsdatums und seines Wohnorts im Handelsregister.**

2. **Der Kommanditist hat keinen Anspruch auf Einschränkung der Verarbeitung seines Geburtsdatums und seines Wohnorts durch das Registergericht aus Art. 18 Abs. 1 lit. d, Art. 21 Abs. 1 DS-GVO.**

14. Kapitalerhöhung einer GmbH mit mehreren Geschäftsanteilen

OLG Schleswig, Beschluss vom 03.04.2024, 2 Wx 57/23

GmbHG §§ 52h, 52j, 57l, 57j

LEITSATZ:

Die Erhöhung des Stammkapitals einer GmbH macht es nicht in jedem Fall erforderlich, alle Geschäftsanteile proportional zu erhöhen, wenn das Beteiligungsverhältnis der einzelnen Gesellschafter hierdurch nicht verändert wird.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Beschwerdeführerin ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit vier Gesellschafterinnen und Gesellschaftern. Das Stammkapital der Gesellschaft betrug bisher 170.000 € verteilt auf zwölf Geschäftsanteile. Die Gesellschafter H und A X sind Inhaber von je drei Geschäftsanteilen, die in der Summe 45,0 % des Stammkapitals umfassen. Die Gesellschafter M und K X halten jeweils zwei Geschäftsanteile, die in der Summe je 5 % des Gesellschaftsanteils umfassen.

2 Die Gesellschafter beschlossen am 14.08.2023 notariell beurkundet die Erhöhung des Stammkapitals auf 1.000.000 € durch Erhöhung der Geschäftsanteile aus einer Gewinnrücklage i. H. v. 830.000 €. Zugrunde lag ein von einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft bestätigter Jahresabschluss. Die Gesellschafter beschlossen die Erhöhung der jeweiligen Geschäftsanteile dergestalt, dass nur jeweils einer der von den jeweiligen Gesellschaftern gehaltenen Gesellschaftsanteile erhöht wurde. Zusammen mit den unveränderten Geschäftsanteilen blieben Frau M und Herr K X Inhaber von je 5 %, die übrigen zwei Gesellschafter Inhaber von je 45 % des Stammkapitals.

3 Der beurkundende Notar hat beim Registergericht die Kapitalerhöhung und Satzungsänderung sowie die aktualisierte Gesellschafterliste zur Eintragung angemeldet. Das AG hat mit Verfügung vom 28.08.2023 darauf hingewiesen, dass der Antrag unvollständig sei und aus rechtlichen Gründen zur Rücknahme des Antrages aufgefordert. Der Beschluss zur Kapitalerhöhung sei nichtig, da alle Geschäftsanteile proportional an der Erhöhung teilnehmen müssten. Nachdem der Notar die geforderten Unterlagen übersandt hatte, hat das AG mit Schreiben vom 20.09.2023 erneut auf seine Rechtsauffassung zur Kapitalerhöhung hingewiesen. Der Notar hat zwischenzeitlich einen ergänzenden Beschluss der Gesellschafter vom 15.9.2023 übersandt. Mit diesem Beschluss änderten die Gesellschafter die Erhöhung der Geschäftsanteile. Der Beschluss enthält nunmehr eine proportionale Erhöhung jedes einzelnen Geschäftsanteiles. Das AG hat nach Mitteilung, dass es den ursprünglichen Beschluss weiterhin für nichtig halte, sodass dieser nicht abgeändert werden könne, den angefochtenen Beschluss erlassen, mit dem es den Antrag zurückgewiesen hat. Werde als Art der Kapitalerhöhung gemäß § 57h GmbHG die Aufstockung der Geschäftsanteile gewählt, müssten gemäß § 57j Satz 1 GmbHG alle Geschäftsanteile proportional an der Erhöhung teilnehmen. Dies sei nicht erfolgt, sodass die Nichtigkeitsfolge des § 57j Satz 2 GmbHG greife. Dies gelte trotz des einstimmigen Beschlusses der Gesellschafter. Somit habe der Beschluss durch diese auch nicht mehr abgeändert werden können und die Anmeldungen seien zurückzuweisen. Die Gesellschafterlisten seien ebenfalls nicht einzutragen, da sie erst nach Eintragung der Kapitalerhöhung eintragungsfähig seien.

4 Hiergegen richtet sich die GmbH mit ihrer Beschwerde. § 57j GmbHG diene dem Zweck, eine Veränderung der Beteiligungsverhältnisse durch Gesellschafterbeschluss zu verhindern. Im vorliegenden Fall einer Aufstockung, bei der das Verhältnis der den Gesellschaftern insgesamt zustehenden Geschäftsanteile unverändert bleibe, sei kein Grund ersichtlich, das Quotalitätsgebot auf jeden einzelnen Anteil zu beziehen; entscheidend sei die Gesamtbeteiligung der jeweiligen Gesellschafter. Der Wortlaut des § 57j GmbHG stehe dem nicht entgegen. Etwas anderes gelte nur, wenn die verschiedenen Anteile eines Gesellschafters mit unterschiedlichen Rechten und Belastungen verbunden seien. Im vorliegenden Fall seien auch alle Geschäftsanteile vollständig einbezahlt. Selbst wenn der zunächst gefasste Beschluss als nichtig angesehen werde, habe durch den nachfolgenden Beschluss eine Änderung erfolgen können. Die Gesellschafter hätten gemäß § 139 BGB durch den nachfolgenden Beschluss gezeigt, dass sie die Beschlüsse im Übrigen ohne den nichtigen Teil aufrechterhalten wollten.

5 Das AG hat der Beschwerde nicht abgeholfen und sie dem OLG zur Entscheidung vorgelegt.

6 II. Die gemäß § 58 FamFG zulässige Beschwerde hat auch in der Sache Erfolg.

7 Der Beschluss vom 14.08.2023 war wirksam, sodass er nachfolgend geändert werden konnte. Das AG hat in diesem Zusammenhang zutreffend ausgeführt, dass eine Erhöhung des Stammkapitals einer GmbH im Wege der Erhöhung des Nennbetrages der bisherigen Geschäftsanteile im Grundsatz zu einer proportionalen Erhöhung dieser Anteile führt, § 52h Abs. 1 Alt. 2, § 52j Satz 1, § 57l Abs. 1 GmbHG, auch wenn mehrere Geschäftsanteile in einer Hand liegen (*Altmeppen*, GmbHG, 11. Aufl. 2023, § 57h Rdnr. 6). Hintergrund der Regelungen ist, dass mit der „Umbuchung“ von Rücklagen der Gesellschaft in das Stammkapital keine reale Veränderung des Eigenkapitals der Gesellschaft einhergeht. Zudem soll durch die Norm des § 57j GmbHG sichergestellt werden, dass die Beteiligung der Gesellschafter an der GmbH durch die Erhöhung nicht verändert wird (BeckOK-GmbHG/*Rühland*, Stand: 01.11.2023, § 57j Rdnr. 1). Dies legt auch der Wortlaut des § 57 j Saztz 1 GmbHG nahe: „Die neuen Geschäftsanteile stehen den Gesellschaftern im Verhältnis ihrer bisherigen Geschäftsanteile zu“. Bezugspunkt der Zuordnung der neuen Geschäftsanteile sind damit die Gesellschafter und nicht die bisherigen Geschäftsanteile. Die Zuordnung der Kapitalerhöhung proportional zur bisherigen Beteiligung der jeweiligen Gesellschafter entspringt somit damit der rechtlichen Systematik (vgl. BeckOGK-GmbHG/*Neumayer/Grädler*, Stand: 01.120.2023, § 57j Rdnr. 2). Die Norm des § 57j Satz 1 GmbHG findet trotz ihres Wortlautes, der auf die „neuen“ Geschäfts-

anteile Bezug nimmt, auch für die Kapitalerhöhung im Wege der Nennbetragserhöhung Anwendung (vgl. BeckOK-GmbHG/*Rühland*, a. a. O.). Wie die Beschwerdeführerin dargelegt hat, ist zudem in bestimmten Situationen eine differenzierte Betrachtung der jeweiligen Geschäftsanteile notwendig, insbesondere, wenn diese mit unterschiedlichen Rechten oder Belastungen versehen sind, zum Beispiel abweichenden Stimmrechten. Auch für lediglich teilweise eingezahlte Geschäftsanteile besteht gemäß § 57l Abs. 2 GmbHG Anlass zu einer auf den jeweiligen Geschäftsanteil bezogenen Betrachtung. Eine Differenzierung ist allerdings bei der Frage möglich, wie die Kapitalerhöhung ausgeführt wird. So kann es zulässig sein, die Kapitalerhöhung bei einem Gesellschafter durch Nennbetragserhöhung und bei einem anderen Gesellschafter durch Ausgabe neuer Geschäftsanteile oder eine Kombination von beiden Arten durchzuführen (BeckOK-GmbHG/*Rühland*, § 57j Rdnr. 8). Eine weitere Grenze der Gestaltungsfreiheit zieht zudem § 57m GmbHG. Dieser soll verhindern, dass sich die Beziehungen der Gesellschafter untereinander oder gegenüber Dritten verändern (BeckOK-GmbHG/*Rühland*, Vor § 57m).

8 In Fällen wie dem vorliegenden, in denen alle Geschäftsanteile vollständig eingezahlt sind und keine unterschiedlichen Stimmrechte mit den Geschäftsanteilen verbunden sind [und] zudem keinerlei andere Unterschiede in den Rechten, Pflichten und Belastungen im Verhältnis der Gesellschafter oder gegenüber Dritten vorliegen, sind keine Gründe ersichtlich, bei einem einstimmigen Gesellschafterbeschluss eine abweichende Verteilung in den Grenzen des § 57m Abs. 1 GmbHG vorzunehmen. Insbesondere der Umstand, dass die Erhöhung des Stammkapitals in derartigen Fällen auch durch Schaffung neuer Geschäftsanteile oder Mischformen erfolgen könnte, führt dazu, dass es nicht zwingend ist, alle vorhandenen Geschäftsanteile proportional zu erhöhen. Dies entspricht der zwischenzeitlich herrschenden Auffassung in der Literatur (vgl. nur *Altmeppen*, GmbHG, a. a. O. Rnrn. 5-7; MünchKomm-GmbHG/*Liener*, 4. Aufl. 2022, § 57h Rdnr. 9; *Schemmann*, NZG 2009, 241, 244; *Servatius* in Noack/Servatius/Haas, GmbHG, 23. Aufl., 2022, § 57h Rdnr. 5; wohl auch BeckOK-GmbHG/*Rühland*, § 57j Rdnr. 5 mit einer auf die in der Person der Gesellschafter bezogenen Betrachtung).

9 War die von den Gesellschaftern getroffene abweichende Vereinbarung wie dargestellt wirksam, konnte sie durch den nachfolgenden Beschluss, der eine proportionale Erhöhung aller Geschäftsanteile vorsieht, wirksam geändert werden. Dieser in der erforderlichen Form vorgelegte Antrag ist daher zur Grundlage der Eintragung zu machen.

10 Nur ergänzend weist der Senat darauf hin, dass das Registergericht auch für den Fall, dass der Beschluss im Hinblick auf die Verteilung der Kapitalerhöhung auf die einzelnen Geschäftsanteile nichtig gewesen wäre, Anlass gehabt hätte zu prüfen, ob eine Eintragung auf Basis des Änderungsbeschlusses hätte erfolgen müssen. Schließlich haben die Gesellschafter durch diesen Änderungsbeschluss deutlich gemacht, das Rechtsgeschäft, soweit es sie Kapitalerhöhung als solche betroffen hat, aufrechterhalten zu wollen, § 139 BGB. Insoweit hätte eine Ersetzung des nichtigen Teils erfolgen können.

•

15. Vollstreckung des Anspruchs auf Einreichung einer Gesellschafterliste

OLG Brandenburg, Beschluss vom 16.08.2023, 7 W 89/23

GmbHG §§ 16, 40
ZPO §§ 887, 888

LEITSATZ:

Die Verpflichtung zur Einreichung einer Gesellschafterliste kann nicht von einem Dritten vorgenommen werden, sondern stellt eine persönlich zu erfüllende Pflicht des Geschäftsführers dar. Diese Verpflichtung wird daher gemäß § 888 ZPO als nicht vertretbare Handlung vollstreckt. (Leitsatz der Schriftleitung)

•

16. Beschwerdebefugnis der Gesellschaft bei Zurückweisung einer geänderten Gesellschafterliste

OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 01.03.2023, 20 W 132/22

FamFG § 59
GmbHG § 40 Abs. 1

LEITSÄTZE:

1. **Die Gesellschaft ist für den Fall der Nichtaufnahme einer ihren Gesellschafterbestand betreffenden Gesellschafterliste in ihren Registerordner durch das Registergericht beschwerdebefugt.**

2. **Zu den formalen Anforderungen an die Einreichung der Gesellschafterliste gehört es auch, dass die Gesellschafterliste im Falle des § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG von einem einreichungsberechtigten Geschäftsführer (bzw. Liquidator) erstellt und unterschrieben worden ist. Das setzt voraus, dass die Liste grundsätzlich von dem aus dem Registerblatt ersichtlichen Geschäftsführer (bzw. Liquidator) unterschrieben und eingereicht worden sein muss (Anschluss an KG, Beschlüsse vom 12.06.2018, 22 W 15/18 und vom 14.10.2022, 22 W 43/22).**

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Gegenstand des Verfahrens der Beschwerde ist die Ablehnung der Aufnahme einer Gesellschafterliste in den dafür bestimmten, nach § 9 Abs. 1 HGB der unbeschränkten Einsicht unterliegenden, dem Registerblatt der die Beschwerde führenden A GmbH (nachfolgend nur bezeichnet

als: die Gesellschaft) zugeordneten Registerordner durch das Registergericht.

2 Die Gesellschaft ist am 06.07.2011 im Handelsregister des AG Ortsteil 1 unter HRB (...) mit einem Stammkapital von 25.000 € eingetragen worden. Am 30.12.2021 ist die Gesellschaft sodann im Handelsregister des AG Frankfurt a. M. aufgrund Sitzverlegung unter Eintragung ihrer Fortsetzung eingetragen worden (HRB [...]) und das Registerblatt des Handelsregisters des AG Ortsteil 1 ist entsprechend am 03.02.2022 geschlossen worden. Vor Eintragung des Sitzwechsels waren als letzte Eintragungen im Registerblatt des AG Ortsteil 1 der dort seit dem 03.09.2020 als alleiniger Liquidator der Gesellschaft eingetragene C am 30.09.2021 unter Eintragung von B als neuem alleinigem Liquidator gelöscht, am 07.10.2021 D als weiterer alleinvertretungsberechtigter Liquidator eingetragen sowie am 03.11.2021 die neue Geschäftsanschrift der Gesellschaft Straße 1, Stadt 2 eingetragen worden. Zusammen mit der Eintragung der Sitzverlegung im Handelsregister des AG Frankfurt a. M. sind dann B und D als Liquidatoren der Gesellschaft gelöscht worden und D ist als alleiniger einzelvertretungsberechtigter Geschäftsführer der Gesellschaft in deren Registerblatt eingetragen worden. Nach dem 30.12.2021 sind bislang keine weiteren Eintragungen im Registerblatt der Gesellschaft erfolgt.

3 Die letzte zum Registerordner der Gesellschaft am 01.10.2021, noch von dem AG Ortsteil 1 aufgenommene Gesellschafterliste weist als alleinige Gesellschafterin der Gesellschaft unter Verweis in der Veränderungsspalte auf „Geschäftsanteilsübertragung“ die E GmbH mit einem Anteil von insgesamt 100 % des nach wie vor 25.000 € betragenden Stammkapitals aus. Die Liste ist von einem Notar F als amtlich bestellter Vertreter des Notars H eingereicht worden, versehen mit dem Datum 23.09.2021 und mit der Bescheinigung über Veränderungen, die sich aufgrund seiner Urkunde vom 30.08.2021 (Nr. [...]) ergeben hätten bei ansonsten mit den Eintragungen der zuletzt im Handelsregister aufgenommenen Liste bestehender Übereinstimmung. Die E GmbH ist seit dem 06.09.2016 im Handelsregister des AG Frankfurt unter HRB (...) eingetragen. Als deren alleiniger Geschäftsführer ist D eingetragen, der ausweislich der einzigen zu deren Registerordner aufgenommenen Gesellschafterliste auch deren alleiniger Gesellschafter ist.

4 Der Eintragung vom 07.10.2021 von D als weiterem Liquidator der Gesellschaft liegt der Beschluss der E GmbH als alleinige Gesellschafterin der Gesellschaft vom 02.10.2021 zugrunde, mit dem diese D zum weiteren Liquidator der Gesellschaft bestellt hat und die entsprechende Anmeldung durch D vom 04.10.2021. Der Eintragung der geänderten Geschäftsanschrift am 03.11.2021 liegt die entsprechende Anmeldung des D als Liquidator zugrunde. Den Eintragungen im Handelsregister des AG Frankfurt a. M. am 30.12.2021 über die Sitzverlegung etc. liegt der von dem Notar G (UR Nr. [...]) beurkundete Beschluss vom 25.10.2021 zugrunde. Dort hat die E GmbH unter der Erklärung, die einzige Gesellschafterin der Gesellschaft zu sein, die Fortsetzung der Gesellschaft als werbende Gesellschaft beschlossen (nach der Einstellung eines Insolvenzverfahrens im Jahre 2018, vgl. hierzu noch die späteren Ausführungen des Senats). Weiterhin hat sie neben verschiedenen Änderungen des Gesellschaftsvertrags, wie der Sitzverlegung, beschlossen, dass D und B nicht mehr Liquidatoren der Gesellschaft sind und hat D zum alleinigen Geschäftsführer der Gesellschaft bestellt.

5 Weiterhin wird zunächst insgesamt auf die im elektronischen Handelsregister des AG Frankfurt a. M. einsehbaren – größtenteils vom AG Ortsteil 1 übernommenen Anmeldungen, Beschlüsse, Dokumente und vielfach geänderten Gesellschafterlisten sowie die nach Ersteintragung der Gesellschaft erfolgten vielfältigen Änderungen der Eintragungen in ihrem Registerblatt Bezug genommen.

6 Dort lässt sich – abgesehen von dem bereits Dargelegten – und unter einer ergänzenden Bezugnahme auf die dem Senat von dem Registergericht übersandte Registerakte des AG Ortsteil 1 u. a. Folgendes nachvollziehen:

7 Im Anschluss an eine Gesellschafterliste vom 08.04.2013, die die J Ltd. als alleinige Gesellschafterin der Gesellschaft ausweist, ist am 07.08.2014 und am 14.08.2014 jeweils eine notariell erstellte Gesellschafterliste, datiert auf den 05.08.2014 aufgenommen worden, die I und B mit Geschäftsanteilen von jeweils 12.500 € ausweist. Am 28.09.2015 ist im Registerordner eine notariell erstellte Gesellschafterliste vom 26.05.2015 aufgenommen worden, die als Gesellschafter K und B mit Geschäftsanteilen von jeweils 12.500 € ausweist. Am 06.10.2014 ist das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Gesellschaft eröffnet worden (AG Ortsteil 1, [...]), das am 02.07.2018 wegen Wegfall des Eröffnungsgrunds gemäß § 212 InsO eingestellt worden ist. Dies ist jeweils im Registerblatt der Gesellschaft eingetragen worden, bei Eintragung der Eröffnung des Insolvenzverfahrens unter Eintragung des amtswegigen Vermerks über die Auflösung der Gesellschaft nach § 60 Abs. 1 Nr. 4 GmbH. Am 04.06.2015 ist B als alleine eingetragener Geschäftsführer der Gesellschaft gelöscht worden und stattdessen ist als alleiniger Geschäftsführer L eingetragen worden. Dem vorausgegangen ist ein Beschluss des K über diesen Geschäftsführerwechsel, in dem er sich als alleiniger Gesellschafter der Gesellschaft bezeichnet, verbunden mit dem Hinweis, dass der Geschäftsanteil des B durch Beschluss der Gesellschafterversammlung vom 17.04.2015 aufgrund der Pfändung des GmbH-Anteils des B wirksam eingezogen worden sei. Am 04.06.2015 ist eine von L als Geschäftsführer unterzeichnete, auf den 02.06.2015 datierte Gesellschafterliste im Registerordner aufgenommen worden, die als Gesellschafter K mit einem Geschäftsanteil von 12.500 € ausweist und den Anteil des B als nach Einziehung erloschen. Am 18.10.2016 ist eine auf den 13.10.2016 datierte notarielle Gesellschafterliste aufgenommen worden, die neben dem bisherigen Hinweis auf den nach Einziehung erloschenen Anteil des B nunmehr die M GmbH mit einem Geschäftsanteil von 12.500 € als alleinige Gesellschafterin ausweist. Am 20.10.2017 ist eine auf den 17.10.2017 datierte notarielle Gesellschafterliste (erste Zwischenliste) aufgenommen worden, die nunmehr die M GmbH mit einem Geschäftsanteil von 25.000 € ausweist, auf der Grund-

lage einer notariellen Urkunde des Notars N (Nr. [...]) vom 17.10.2017. Am 23.10.2017 ist eine zweite notarielle Zwischenliste aufgenommen worden, die weiterhin die M GmbH als alleinige Gesellschafterin ausweist und am 24.10.2017 ist, wiederum unter Bezugnahme auf die Urkunde Nr., eine von dem Notar N erstellte notarielle Gesellschafterliste im Registerordner aufgenommen worden, die neben der M GmbH mit einem prozentualen Gesamtumfang der Beteiligung ihrer Geschäftsanteile von 80 % die O GmbH mit einem prozentualen Gesamtumfang von 20 % als Gesellschafter der Gesellschaft ausweist. Am 02.02.2018 haben die M GmbH (handelnd durch ihren Geschäftsführer K) und die O GmbH (handelnd durch ihren Geschäftsführer L) L als Geschäftsführer der Gesellschaft abberufen, K und P zu neuen Geschäftsführern bestellt sowie B nochmals mit sofortiger Wirkung als Geschäftsführer der Gesellschaft abberufen, da dieser vor dem LG Stadt 3 auf gerichtlichem Wege die Wiedereinsetzung als Geschäftsführer betreibe. Die diesbezügliche Anmeldung vom 02.02.2018 zum Handelsregister des AG Ortsteil 1 wurde mit dortigem Beschluss vom 29.03.2018 bis zur Vorlage einer rechtskräftigen Entscheidung über ein bei dem Brandenburgischen OLG anhängiges Berufungsverfahren ([...]) ausgesetzt (...). Soweit für den Senat aus der vorgenannten Registerakte des AG Ortsteil 1 nachvollziehbar, hatte B dort unter Bezugnahme auf ein Urteil des LG Stadt 3 vom 17.01.2018, in dem festgestellt worden ist, dass die Beschlüsse der Gesellschafterversammlung der Gesellschaft vom 17.04.2015 und vom 13.08.2016, mit welchen der Geschäftsanteil des B eingezogen worden sei, wie auch der Beschluss der Gesellschafterversammlung vom 02.06.2015 mit dem dort beschlossenen Geschäftsführerwechsel nichtig seien (...), seine Wiedereintragung als Geschäftsführer und die Löschung des L beantragt. Allerdings ist ausweislich der genannten Registerakte gegen dieses Urteil des LG Stadt 3 dann Berufung zum Brandenburgischen OLG ([...]) eingelegt worden (...), was dann zu dem vorgenannten Aussetzungsbeschluss des Registergerichts des AG Ortsteil 1 vom 29.03.2018 geführt hat. Über den weiteren Verlauf des Verfahrens vor dem Brandenburgischen OLG zu Az. (...) (das auch in dem Beschluss über die Aufhebung des Insolvenzverfahrens vom 02.07.2018 a. a. O. erwähnt wird [...]) ergibt sich aus den dem Senat vorliegenden Akten nichts. Jedenfalls ist der unter dem 02.02.2018 angemeldete Geschäftsführerwechsel dann aber im Handelsregister der Gesellschaft am 16.09.2019 vollzogen worden. Mit Beschluss vom 20.07.2020 haben die M GmbH und die O GmbH unter Hinweis darauf, dass B vor Gerichten behaupte, Mitgesellschafter zu sein, festgestellt, dass dieser nicht stimmberechtigt sei und eine Gesellschafterversammlung der Gesellschaft durchgeführt. Der voll eingezahlte Geschäftsanteil des B sei mit Pfändungs- und Überweisungsbeschluss des AG Stadt 5 ([...]) gepfändet worden; dieser Beschluss sei der Gesellschaft und der amtierenden Insolvenzverwalterin im Oktober 2016 zugestellt worden. Darüber hinaus liege in mehreren Fällen ein schwerwiegendes Fehlverhalten des B gegenüber der Gesellschaft vor, was im Einzelnen dargelegt wird. Sodann wurde erneut beschlossen, den Geschäftsanteil des B einzuziehen und der Geschäftsführer der Gesellschaft K beauftragt, B die Niederschrift über die Einziehung seines Geschäftsanteils zur Kenntnis zu bringen. Vorsorglich wurde B wiederum als Geschäftsführer abberufen. Weiterhin wurden P und K mit sofortiger Wirkung als Geschäftsführer der Gesellschaft abberufen und C mit sofortiger Wirkung als neuer Geschäftsführer der Gesellschaft berufen. Nachdem C zunächst entsprechend mit Anmeldung vom 20.07.2017 als neuer Geschäftsführer der Gesellschaft zur Eintragung in deren Registerblatt angemeldet worden ist, erfolgte dessen dortige Eintragung dann aufgrund berichtigter Anmeldung vom 24.08.2020 am 03.09.2020 als alleiniger Liquidator der Gesellschaft. Mit Beschluss vom 30.08.2021 (Urkunde Nr. des Notars H) hat B unter der Erklärung, er sei alleiniger Gesellschafter der Gesellschaft mit zwei Geschäftsanteilen zu je 12.500 € eine Gesellschafterversammlung beurkunden lassen, in der er den Nennbetrag der Geschäftsanteile auf 1 € Geschäftsanteil umstellte, C mit sofortiger Wirkung als Liquidator abberief und sich selbst zum neuen Liquidator der Gesellschaft bestellte. Außerhalb der Gesellschafterversammlung erklärte er als Liquidator ausweislich der protokollierten Urkunde, dass ihm der Kauf- und Übertragungsvertrag vom heutigen Tag (Urkunde Nr. des beurkundenden Notars) bekannt sei und er als Liquidator der Vereinbarung und Abtretung zustimme. Die entsprechende Beschlussanmeldung erfolgte ebenfalls am 30.08.2021 (...) und die entsprechenden Eintragungen im Registerblatt der Gesellschaft – wie bereits gesagt – am 30.09. 2021. Am 29.09.2021 ist eine auf den 23.09.2021 datierte notarielle Gesellschafterliste des Notars F als amtlich bestellter Vertreter des Notars H unter Bezugnahme auf seine Urkunde Nr. (...) vom 30.08.2021, über deren Inhalt nichts weiter bekannt ist, in den Registerordner der Gesellschaft aufgenommen worden, die B als alleinigen Gesellschafter der Gesellschaft mit zwei Geschäftsanteilen von 12.500 € also einem 100%igen Anteil am Stammkapital von 25.000 € ausweist und in deren Veränderungsspalte vermerkt ist: „Geschäftsanteilsübertragung gemäß Urteil des LG Berlin vom 05.06.2020, (...)“. Ebenfalls am 29.09.2021 ist eine Gesellschafterliste zum Registerordner der Gesellschaft genommen worden, die einen Stand vom 05.08.2014 und dabei I und B jeweils mit Geschäftsanteilen von 12.500 € ausweist. Diese Liste ist mit dem Datum vom 23.09.2021 versehen und von B unterschrieben. Eine nach der Bezeichnung für C vorgesehene – nicht unterschriebene – Unterschriftszeile ist unterlegt mit den Worten „siehe Erklärung/Versicherung von Herrn B“. Eine entsprechende „Erklärung/Versicherung“ kann der Registerakte bzw. der Registerakte des AG Ortsteil 1 oder den in Bezug genommenen im elektronischen Handelsregister des AG Frankfurt a. M. einsehbaren Dokumenten nicht entnommen werden. Am 30.09.2021 ist eine auf den 23.09.2021 datierte notarielle Gesellschafterliste des Notars F als amtlich bestellter Vertreter des Notars H unter Bezugnahme auf seine oben bereits erwähnte Urkunde Nr. (...) vom 30.08.2021 in den Registerordner der Gesellschaft aufgenommen worden, die B als alleinigen Gesellschafter der Gesellschaft mit 2 x 12.500 Geschäftsanteilen á 1 €, also einem 100%igen Anteil am Stammkapital von 25.000 € ausweist.

8 Am 01.03.2022 hat die Notarin Z als Botin eine in dem Aktenband „Anlagen zum Schr. v. 5.1.23 Bl. 97 ff.“ (nachfolgend

bezeichnet als: Anlagenband) befindliche Gesellschafterliste an das Registergericht übersandt. Diese entspricht inhaltlich vollständig der bereits am 24.10.2017 zum Registerordner genommenen Gesellschafterliste, weist also die M GmbH zu 80 % und die O GmbH zu 20 % Anteil als Gesellschafter der Gesellschaft aus. Diese Gesellschafterliste – im Weiteren auch bezeichnet als: verfahrensgegenständliche Gesellschafterliste – enthält folgende Erläuterung mit Unterschrift:

> „Die vorstehende Liste enthält Veränderungen, die sich aufgrund der Urkunde des Notars N zur Urkundenrolle Nr. ergaben und berichtigt die materiell unrichtigen Eintragungen der zuletzt im Handelsregister aufgenommenen Liste. Stadt 4, den 8.1.2022 C Liquidator“

9 Unter dem 16.03.2022 hat ein Rechtspfleger des Registergerichts auch der einreichenden Notarin auszugsweise Folgendes mitgeteilt:

> „Bezüglich der Eingabe zur Liste der Gesellschafter wird mitgeteilt, dass diese bereits am 24.10.2017 zur elektronischen Akte genommen wurde und daher zurückzunehmen ist. Sofern beabsichtigt, ist Widerspruch gegen etwaige aufgenommene/n Liste (n) der Gesellschaft zu erheben und formgerecht samt einstweiliger Verfügung oder Bewilligung zur Akte zu reichen (.)“.

10 Mit Schriftsatz vom 12.04.2022 (...) haben ihre Verfahrensbevollmächtigten die Vertretung der Gesellschaft, diese vertreten „durch den Liquidator C “ (nachfolgend nur bezeichnete als: C), angezeigt. Sie haben erklärt, es treffe zwar zu, dass die verfahrensgegenständliche Gesellschafterliste der Gesellschafterliste entspreche, die bereits am 24.10.2017 zur elektronischen Akte genommen worden sei. Die Aufforderung, diese Gesellschafterliste zurückzunehmen, sei jedoch nicht richtig. Auch sei es nicht richtig, dass ein Widerspruch oder eine einstweilige Verfügung eingereicht werden müssten, um die Listen zu verändern. Bei der verfahrensgegenständlichen Gesellschafterliste handele es sich um eine Korrektur der Gesellschafterliste. Dadurch sollten Scheingesellschafter aus der Gesellschafterliste wieder entfernt werden. Die Gesellschaft sei nicht darauf zu verweisen, die Löschung eines Scheingesellschafters durch Klage zu erzwingen, wenn der Notar nach § 40 Abs. 2 GmbHG eine veränderte Gesellschafterliste eingereicht habe. Der Geschäftsführer sei zu einer Korrektur einer unrichtigen, vom Notar nach § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG eingereichten Gesellschafterliste befugt, was auch dem Willen des Gesetzgebers entspreche; wegen der Einzelheiten werde auf das Urteil des BGH vom 17.12.2013 (II ZR 21/12) verwiesen. Die Gesellschafterliste, die Ende September 2021 eingereicht worden sei und die daraufhin erfolgten Verfügungen seien unwirksam. Bereits mit Schreiben vom 05.10.2021 an das AG Ortsteil 1 sei die Sach- und Rechtslage ausführlich dargelegt worden. Aus diesem dem Registergericht bis dahin nicht vorliegenden Schreiben – das dann erst später nochmals von den Verfahrensbevollmächtigten der Gesellschaft zur Registerakte eingereicht worden ist, und wegen dessen genauen Inhalts auf den Anlagenband verwiesen wird – ergibt sich das Folgende: Das Registergericht des AG Ortsteil 1 wurde gebeten, die Ende September/Anfang Oktober 2021 erfolgten umfangreichen Änderungen in den Registerunterlagen „einer gerichtlichen Überprüfung zu unterziehen und die sich aus dem Registergesetz ergebenden Maßnahmen zu ergreifen“. Dort wird u. a. unter Bezugnahme auf die am 29.09. und 30.09.2021 zum Registerordner aufgenommenen Gesellschafterlisten erklärt, es sei unerklärlich, wie diese hätten eingereicht werden können. Soweit dort auf eine Veränderung aufgrund eines Urteil des LG Berlin vom 05.06.2020, (...), Bezug genommen werde, sei dieses Urteil nicht rechtskräftig. Unabhängig davon habe I bereits mit notarieller Urkunde vom 30.09.2020, UR-Nr. (...), aufgrund des vorliegenden Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses unter Bezugnahme auf den Tenor des LG Berlin, (...), den ihr angeblich zustehenden GmbH-Anteil an die M GmbH übertragen. Bezüglich der am 01.10.2021 aufgenommenen Gesellschafterliste (Gesellschafterin E GmbH) sei die der Geschäftsanteilsübertragung zugrunde liegende Urkunde Nr. (...) vom 30.08.2021 im elektronischen Handelsregister nicht hinterlegt. Die seit Oktober 2017 eingetragenen Gesellschafter, die M GmbH und die O GmbH, hätten von der Vorgehensweise des B keine Kenntnis gehabt. Erst mit Veröffentlichung im Handelsregister zum 30.09.2021/01.10.2021 sei der Sachverhalt bekannt geworden. Es seien zu keinem Zeitpunkt Einladungen zu Gesellschafterversammlungen erfolgt und auch keinerlei Informationen durch den amtierenden Notar sowie das Registergericht. Gleiches gelte für C. Aufgrund der dargestellten Vorgänge sei B nicht wirksam als Liquidator der Gesellschaft bestellt worden. Auf die Legitimationswirkung des § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG könne er sich nicht berufen. Er habe unter Mithilfe des amtierenden Notars in einem krassen Verstoß gegen den Grundsatz von Treu und Glauben die Gesellschafterliste der Gesellschaft zu seinen Gunsten verändert. Aufgrund dieser Vorgänge sei die Legitimationswirkung der Gesellschafterliste, die grundsätzlich bestehe, nicht mehr gegeben.

11 Im Schriftsatz vom 12.04.2022 an das Registergericht erklären die Verfahrensbevollmächtigten der Gesellschaft dann weiter, unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des BGH vom 17.12.2013 (a. a. O) sei der eingetragene Geschäftsführer mit Schreiben vom 28.10.2021, zugegangen am 04.11.2021, aufgefordert worden, eine korrigierte Gesellschafterliste einzureichen. Dieses (...) Schreiben, hat allerdings folgenden Inhalt:

> „Sehr geehrter Herr D, in der o. g. Angelegenheit zeige ich die Vertretung der A GmbH i. L., vertr. d. d. Liquidator C, Straße 2, Stadt 1, eingetragen im Handelsregister des AG Ortsteil 1 zu HRB, an.
>
> **12** Die Bevollmächtigung wird anwaltlich versichert. Die E GmbH ist in der Gesellschafterliste der A GmbH als alleinige Gesellschafterin eingetragen. Diese Gesellschafterliste datiert vom 23.9.2021. Herr C als eingesetzter Liquidator der A GmbH beabsichtigt, zum 30.11.2021 eine korrigierte Gesellschafterliste beim Handelsregister einzureichen. Diese korrigierte Gesellschafterliste weist dann als 80%ige Gesellschafterin der A GmbH die M GmbH, eingetragen im Handelsregister des AG Ortsteil 1 zu HRB (...), sowie als weitere

20%ige Gesellschafterin die O GmbH, eingetragen im Handelsregister des AG Ortsteil 1 zu HRB (...), aus."

Dieser Verpflichtung sei der Geschäftsführer nicht nachgekommen. Es sei auch keine einstweilige Verfügung ergangen, die die Änderung der Gesellschafterliste untersage. Es werde deshalb darum gebeten, die Gesellschafterliste, die momentan aktuell sei, in der Art und Weise zu korrigieren, dass die aktuelle Gesellschafterliste diejenige sei, die am 24.10.2017 eingetragen wurde. Letztlich nehmen die Verfahrensbevollmächtigten der Gesellschaft Bezug auf einen Beschluss des Brandenburgischen OLG (...) vom 24.11.2021 in einem von der Gesellschaft geführten Berufungsverfahren, der sich ebenfalls im Anlagenband befindet, und aus dem sie auszugsweise zitieren. Dort hat das Brandenburgische OLG in dem nach telefonischer Mitteilung der dortigen Berichterstatterin vom 21.02.2023 gegenüber dem Berichterstatter des erkennenden Senats noch nicht abgeschlossenen Berufungsverfahren des B (Ausgangsklageverfahren: LG Stadt 3, [...]) wegen der Einziehung dessen Geschäftsanteils festgestellt, die Wirksamkeit der Einziehung hänge davon ab, ob dem Kläger (B) bemessen zum maßgeblichen Stichtag, dem Datum der Einziehung am 20.10.2017, eine Abfindung zugestanden habe und die Beklagte (die Gesellschaft) bei Fälligkeit der Abfindung in der Lage gewesen sei, diese Abfindung aus freiem Vermögen zu zahlen, was durch Sachverständigenbeweis zum Wert eines Grundstücks zu klären sei. In diesem Beschluss hat das Brandenburgische OLG u. a. dargelegt:

„Der Senat geht – wie in der Verhandlung ausgeführt – weiterhin davon aus, dass die Berufung nicht wirksam zurückgenommen worden ist, da die für sie auftretenden Rechtsanwälte X Y Partner nicht von Herrn B als Liquidator wirksam für die Beklagte bevollmächtigt werden konnten. Die Herrn B als Alleingesellschafter ausweisende Liste vom 23.9.2021, aufgrund derer er sich selbst zum Liquidator bestellt hat, ist – jedenfalls hinsichtlich des eingezogenen Geschäftsanteils – ohne Mitwirkung der zuvor in der Liste aufgeführten Gesellschafter erstellt und von ihm als Liquidator unterzeichnet worden. Es ist nicht ersichtlich, auf welcher rechtlichen Grundlage seine Eintragung erfolgt sein sollte. Seiner Rechtsauffassung, dass die Einziehung unwirksam sei, kann der ausgeschiedene Gesellschafter nicht in rechtlich zulässiger Weise dadurch Wirkung verleihen, dass er die vorhandene Gesellschafterliste austauscht. Vielmehr ist er darauf verwiesen, die gerichtliche Feststellung der Unwirksamkeit der Einziehung zu verfolgen und auf diesem Weg seine Aufnahme in die Gesellschafterliste zu erwirken. Die eigenmächtige Änderung der Liste mit dem Ziel, das anhängige gerichtliche Verfahren über die Wirksamkeit der Einziehung zu beenden, beruht auf der Ausnutzung einer in rechtswidriger Weise erlangten Eintragung in die Liste und bewirkt, dass die Gesellschaft sich nicht auf die geänderte Liste berufen kann (vgl. BGH, Urteil vom 02.07.2019, II ZR 406/17, NZG 2019, 979 Rdnr. 42). Ob die Übertragung des Geschäftsanteils von Frau I an den Kläger wirksam ist, braucht der Senat hier nicht abschließend zu entscheiden."

13 Aus den genannten Gründen werde das Registergericht gebeten, entweder die Gesellschafterliste zu korrigieren oder unverzüglich eine beschwerdefähige Entscheidung zu erlassen.

14 Unter dem 25.04.2022 (...) hat nunmehr eine Rechtspflegerin des Registergerichts erklärt, es sei wiederholt auf § 16 Abs. 3 GmbHG zu verweisen. Es seien Widersprüche gegen alle nach dem 19.10.2017 eingereichten Listen vorzulegen, nach ihrem Dafürhalten gegen die drei Listen

„23.9.2021, I 50 % B (Liquidator)

B 50 %

23.9.2021 E 100 % Notar F UR (...) 30.8.21

GmbH

23.9.2021 B 100 % Notar F UR (...) 30.8.21".

15 Alternativ könnten Bewilligungen derer eingereicht werden, gegen deren Berechtigung sich der Widerspruch richte. Die verfahrensgegenständliche Liste sei von C unterschrieben, der der amtierende Liquidator sein solle. Dieser sei aber am 30.09.2021 als Liquidator aus dem Handelsregister aufgrund seiner Abberufung in der Gesellschafterversammlung gelöscht worden. Da das Registergericht kein erkennendes Gericht sei, verweise sie höflich auf den zivilprozessualen Weg der Beschlussanfechtung.

16 Mit Schriftsatz vom 03.05.2022 (...) haben die Verfahrensbevollmächtigten der Gesellschaft u. a. nochmals auf das Urteil des BGH vom 17.12.2013 (a. a. O.) hingewiesen. Danach sei der Geschäftsführer – im vorliegenden Fall der Liquidator – berechtigt, die geänderte Gesellschafterliste einzureichen. Das tue C. Er sei zwar nicht mehr als Liquidator eingetragen. Die Abberufung sei aber nicht durch die Legitimationswirkung der Gesellschafterliste gemäß § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbH gedeckt. Das sei nachgewiesen. Es bestehe auch eine materiellrechtliche Prüfungspflicht des Registergerichts. Vorliegend handele es sich nämlich um einen Ausnahmefall. Habe das Registergericht sichere Kenntnis von der Unrichtigkeit der Gesellschafterliste, dann müsse es von Amts wegen eine Korrektur vornehmen. Darum gehe es hier. Die Gesellschafterlisten, die am 23.09.2021 eingereicht worden seien, seien offensichtlich unrichtig. Das sei ohne weitere Prüfung zu erkennen. Darauf stelle auch das Brandenburgische OLG ab (Beschluss vom 24.11.2021, a. a. O.). Die Unrichtigkeit, die offensichtlich sei, wenn sie vom Registergericht geprüft werde, führe dazu, dass C weiterhin der eingetragene Liquidator sei. Wenn das so sei, dann sei C auch berechtigt unter Berücksichtigung der Regelung des § 40 GmbHG eine geänderte Gesellschafterliste einzureichen.

17 Mit Schriftsatz vom 23.05.2022 (...) haben die Verfahrensbevollmächtigten der Gesellschaft darauf hingewiesen, dem Registergericht liege unter Berücksichtigung der bereits genannten Rechtsprechung des BGH eine Aufforderung gegen die jetzigen eingetragenen Listengesellschafter vor, eine einstweilige Verfügung zu erwirken, dass eine Änderung der Gesellschafterliste nicht erfolgen könne. Das sei bis heute nicht erfolgt.

18 Mit Beschluss vom 01.06.2022 (...) hat die Rechtspflegerin des Registergerichts den Antrag auf Aufnahme der verfahrensgegenständlichen Gesellschafterliste zurückgewiesen. Der von der Listenkorrektur betroffene Gesellschafter sei – als Ausfluss des Verhältnismäßigkeitsprinzips – vor der geplanten Korrektur anzuhören. Dem Betroffenen sei dementsprechend durch die Geschäftsführer eine Frist zu gewähren, innerhalb der er sich äußern könne. Nutze er diese Frist nicht, und seien die Geschäftsführer überzeugend von der Veränderung unterrichtet, seien diese ohne Weiteres zur Listenkorrektur berechtigt. Zudem werde die Liste von einem nicht mehr amtierenden Geschäftsführer unterschrieben eingereicht. Nach § 16 Abs. 3 GmbHG erfolge die Korrektur nur mit Zustimmung desjenigen, gegen dessen Berichtigung sich der Widerspruch richte oder aufgrund einer einstweiligen Verfügung durch ein materiell erkennendes Gericht. Das Registergericht sei keine materiellrechtlich erkennende Gerichtsinstanz. Es liege weder eine einstweilige Verfügung noch die Zustimmung der derzeitigen Gesellschafterin vor.

19 Gegen diesen ihnen am 08.06.2022 zugestellten Beschluss haben die Verfahrensbevollmächtigten der Gesellschaft mit bei dem AG am 15.06.2022 elektronisch eingegangenen, an dieses gerichteten Schriftsatz vom 14.06.2022 (...) Namens und in Auftrag der Gesellschaft, „vertreten durch Liquidator C“ Beschwerde eingelegt. Sie sind u. a. unter Bezugnahme auf den Schriftsatz vom 05.10.2021 an das AG Ortsteil 1 (a. a. O.) der Ansicht, dass die Gesellschafterlisten vom 23.09.2021 nicht der tatsächlichen materiellen Rechtslage entsprächen. Diese würden auch entgegen § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG keine Legitimationswirkung entfalten. Das habe zur Konsequenz, dass weiterhin alleiniges eingesetztes Organ der Gesellschaft C als eingesetzter Liquidator sei. Dieser habe unter Berücksichtigung des § 40 Abs. 1 GmbHG das Recht und auch die Verpflichtung, eine Listenkorrektur vorzunehmen. Auch das LG Stadt 3 ([...)] Verfügung vom 03.06.2022 [...]) habe sich der bereits dargelegten Auffassung des Brandenburgischen OLG in dessen Beschluss vom 24.11.2021 (a. a. O.) angeschlossen, wonach aufgrund der eigenmächtigen Änderung der Liste eine Legitimationswirkung im Sinne von § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG nicht vorliege.

20 Mit Beschluss vom 06.07.2022 (...) hat nunmehr der Rechtspfleger, der bereits den Hinweis vom 16.03.2022 (a. a. O.) erteilt hatte, der Beschwerde unter Verweis auf den Akteninhalt und die Gründe des Beschlusses vom 01.06.2022 nicht abgeholfen, da keine weiteren Begründungen oder Erkenntnisse vorgebracht worden seien, die eine abweichende Betrachtung des bekannten Sachverhalts und ein Abhelfen der Beschwerde erlauben würden.

21 II. 1. Die Beschwerde ist statthaft und auch im Übrigen zulässig, insbesondere form- und fristgemäß eingelegt worden (§ 58 Abs. 1, § 59 Abs. 1, § 63 Abs. 1, § 64 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1, 3 und 4 FamFG).

22 Die Verweigerung der Aufnahme der Gesellschafterliste durch das Registergericht ist eine gerichtliche Endentscheidung in einer Angelegenheit nach dem FamFG, gegen die die Beschwerde statthaft ist, da durch Gesetz nichts anderes bestimmt ist (§ 58 Abs. 1 FamFG). Angelegenheiten nach dem FamFG sind auch die in § 374 Nr. 1 FamFG bestimmten „Handelsregistersachen“, mithin auch eine Sache wie die vorliegende, in der einer (behaupteten) Verpflichtung nach § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG zur Einreichung eine Gesellschafterliste zum „Handelsregister“ nachgekommen werden soll, die dann ggf. nach § 9 HRV in einen der unbeschränkten Einsichtnahme unterliegenden Registerorder aufzunehmen ist. Mit seinem Beschluss vom 01.06.2022 hat das Registergericht über die Frage der Aufnahme der verfahrensgegenständlichen Gesellschafterliste im Sinne einer die Instanz abschießenden Entscheidung über diese Hauptsache entschieden.

23 Dabei konnte C die Beschwerde auch als Vertreter der Gesellschaft einlegen. Auch wenn er nicht mehr als Liquidator der Gesellschaft in deren Registerblatt eingetragen ist, behauptet er aber, noch immer deren Liquidator – also organschaftlicher Vertreter – zu sein, da er nicht wirksam abberufen worden sei. Ob dies tatsächlich so ist, betrifft aber eine Tatsache, die sowohl für die Zulässigkeit als auch grundsätzlich für die Begründetheit der Beschwerde von Bedeutung ist (sog. doppelt relevante Tatsache).

24 Die Gesellschaft ist durch den angefochtenen Beschluss im Sinne von § 59 Abs. 1 FamFG in ihren Rechten beeinträchtigt. Hierfür genügt ihr rechtliches Interesse daran, verbindlich zu klären, wer konkret ihr gegenüber nach § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG als Inhaber eines Geschäftsanteils gilt und entsprechend von ihr als solcher behandelt werden muss, etwa um ihre eigene Struktur betreffende Beschlüsse wirksam fassen zu können (vgl. bereits Senat, Beschluss vom 22.11.2010, 20 W 333/10, juris; mit ähnlicher Begründung etwa KG, Beschluss vom 12.06.2018, 22 W 15/18, juris; ohne Begründung von einer Beschwerdebefugnis der betroffenen Gesellschaft ausgehend etwa OLG Hamm, Beschluss vom 19.05.2016, I-27 W 27/16; OLG Köln, Beschluss vom 21.07.2014, I-2 Wx 191/14 und OLG München, Beschluss vom 06.02.2013, 31 Wx 8/13, alle juris; vgl. auch *Görner* in Rowedder/Pentz, GmbHG, 7. Aufl. 2022, § 40 Rdnr. 56 m. w. N.; *Servatius* in Noack/Servatius/Haas/Servatius, GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 40 Rdnr. 79a).

25 Dabei steht der Beschwerdebefugnis der Gesellschaft nach Ansicht des Senats auch § 59 Abs. 2 FamFG, wonach dann, wenn ein Beschluss nur auf Antrag erlassen werden kann und der Antrag zurückgewiesen worden ist, die Beschwerde nur dem Antragsteller zusteht, nicht entgegen. Hiervon müssen auch alle im vorausgegangenen Absatz zitierten Entscheidungen der OLG ausgegangen sein, auch wenn eine ausdrückliche Befassung mit dieser Frage dort nicht erfolgt ist.

26 Vorliegend wurde die verfahrensgegenständliche Gesellschafterliste über eine Notarin als Botin durch C zum Registergericht eingereicht, was die Verfahrensbevollmächtigten der Gesellschaft in der Beschwerdeschrift vom 14.06.2022 (a. a. O.) nochmals bekräftigt haben. Diese bloße Einreichung der verfahrensgegenständlichen Gesellschafterliste aufgrund gesetzlicher Verpflichtung eröffnete jedoch lediglich das – nicht amtswegig einzuleitende – Verfahren bei dem Registergericht nach § 9 HRV über die Auf-

nahme der Gesellschafterliste in den dafür bestimmten Registerordner. Diese Einreichung ist damit zum einen kein auf den Erlass eines Beschlusses nach § 38 Abs. 1 S. 1 FamFG gerichteter Antrag. Zum anderen ist sie auch kein an das Registergericht gerichteter Antrag (Anmeldung) auf Eintragung in das Handelsregister, dem statt durch Beschlussfassung nach § 38 Abs. 1 Satz 1 FamFG nach § 38 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. § 382 Abs. 1 S. 1 FamFG durch Eintragung das Handelsregister stattgegeben werden könnte, da nach allgemeiner Auffassung die in den Registerorder aufgenommene Gesellschafterliste keine Eintragung in das Register im Sinne von § 382 Abs. 1, § 395 FamFG darstellt (vgl. etwa OLG Brandenburg, Beschluss vom 14.04.2021, 7 W 89/20, beck-online m. w. N.; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18.03.2019, I-3 Wx 53/18, juris). Bereits diese formalen Erwägungen sprechen hier gegen eine Anwendung von § 59 Abs. 2 FamFG (von einem anderen Verständnis von § 59 Abs. 2 FamFG im Zusammenhang mit der Gesellschafterliste ausgehend: Brandenburgisches OLG, Beschluss vom 21.07.2021, 7 W 67/21, juris, das etwa eine Beschwerdebefugnis für einen Gesellschafter, der die Gesellschafterliste nicht eingereicht hat, mit der Begründung verneint, dass er weder den Antrag nach § 59 Abs. 2 FamFG gestellt habe noch einen solchen hätten stellen können; auch der BGH, Beschluss vom 01.03.2011, II ZB 6/10, juris und OLG Düsseldorf, a. a. O., führen § 59 Abs. 2 FamFG im Zusammenhang mit einer Beschwerdebefugnis eines die Gesellschafterliste einreichenden Notars an und legen dabei dar, dass die Beschwerdebefugnis des Notars nicht alleine aus § 59 Abs. 2 FamFG folge, um dann eingehend die Frage von dessen Rechtsbeeinträchtigung nach § 59 Abs. 1 FamFG zu prüfen; die Frage grundsätzlichen Anwendbarkeit von § 59 Abs. 2 FamFG wird dort nicht vertieft).

27 Darüber hinaus spricht gegen eine Anwendung von § 59 Abs. 2 FamFG zulasten derjenigen Gesellschaft, für die eine Gesellschafterliste eingereicht wird und für deren Beschwerdebefugnis im Falle der Zurückweisung der Aufnahme der betreffenden Gesellschafterliste auch der Umstand, dass sich nach herrschender Auffassung der Anspruch des Gesellschafters auf seine korrekte Eintragung in die Gesellschafterliste der GmbH und damit auf Einreichung einer entsprechend aktualisierten bzw. berichtigten Gesellschafterliste alleine gegen die Gesellschaft, nicht aber gegen den Geschäftsführer richtet (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 08.11.2022, II ZR 91/21 und die dortigen vielfältigen Nachweise, juris Rdnr. 15 ff.). Dabei ist diese Verpflichtung dann gemäß § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG durch ihren Geschäftsführer (bzw. ihren Liquidator, vgl. etwa *Müller* in MünchKomm-GmbHG, 4. Aufl. 2022, § 69 Rdnr. 31 m. w. N., beck-online) zu erfüllen, der auch im Falle der Verletzung seiner entsprechenden Pflicht gemäß § 40 Abs. 3 GmbHG alleine haftet (zum Streitstand, ob es sich dabei um eine höchstpersönliche Verpflichtung handelt: BGH, a. a. O. Rdnr. 22). Wenn letztlich die Gesellschaft aber durch ihren Gesellschafter zur Einreichung einer Gesellschafterliste im Klageweg durch Urteil verpflichtet werden kann, dann spricht auch dies dafür, dass sich letztlich grundsätzlich auch die Gesellschaft selbst gegen eine Entscheidung des Registergerichts, mit der dieses die Aufnahme einer von ihrem Geschäftsführer (bzw. Liquidator) eingereichten Gesellschafterliste abgelehnt hat, durch Beschwerde wenden können muss.

28 Letztlich wird hier im Ergebnis auch nichts anderes gelten können als bei den nach § 78 GmbHG – zwangsgeldbewährt nach § 79 GmbHG – den Geschäftsführer treffenden Anmeldepflichten für eine GmbH, wo auch die Gesellschaft selbst als beschwerdebefugt gelten kann, so etwa im Falle der von dem Geschäftsführer vorgenommenen und zurückgewiesenen Anmeldung eines neuen Geschäftsführers (vgl. etwa KG, Beschluss vom 07.07.2015, 22 W 15/15, beck-online Rdnr. 26).

29 2. Die Beschwerde der Gesellschaft ist unbegründet.

30 Das Registergericht hat die verfahrensgegenständliche Gesellschafterliste im Ergebnis zu Recht nicht in den Registerordner der Gesellschaft aufgenommen.

31 a) Allerdings ist zunächst darauf hinzuweisen, dass der Hinweis des Registergerichts auf § 16 Abs. 3 GmbHG und dabei darauf, dass „die Korrektur“ nur mit Zustimmung desjenigen erfolge, gegen dessen Berechtigung sich der Widerspruch richte oder aufgrund einer einstweiligen Verfügung durch ein materiell erkennendes Gericht und hier weder eine einstweilige Verfügung noch die Zustimmung der derzeitigen Gesellschafterin vorliege, die Entscheidung des Registergerichts nicht trägt.

32 Vorliegend wird ersichtlich nicht die Zuordnung eines Widerspruchs zu einer zum Registerordner aufgenommenen Gesellschafterliste nach § 16 Abs. 3 Satz 4 GmbHG begehrt. Die Verfahrensbevollmächtigten der Gesellschaft haben vielmehr deutlich gemacht, dass es nicht um die Zuordnung eines Widerspruchs, sondern um die Aufnahme der von C eingereichten verfahrensgegenständlichen Gesellschafterliste in den Registerordner geht. Dabei haben sie unter Bezugnahme auf das Urteil des BGH vom 17.12.2013 (II ZR 21/12, beck-online) mehrfach darauf hingewiesen, dass mit der verfahrensgegenständlichen Gesellschafterliste – auch wenn diese Inhaltlich mit der bereits am 24.10.2017 in den Registerordner aufgenommenen Gesellschafterliste übereinstimmt – eine Korrektur der zuletzt in den Registerordner aufgenommenen Gesellschafterliste erfolgen solle; in diesem Zusammenhang haben sie auch auf das Schreiben vom 28.10.2021 an den Geschäftsführer der E GmbH und die dort erklärte Absicht verwiesen, dass „C als eingesetzter Liquidator der A GmbH“ beabsichtige, die verfahrensgegenständliche Gesellschafterliste zum Handelsregister einzureichen.

33 In dem vorgenannten Urteil vom 17.12.20213 hat der BGH entsprechend entschieden, dass der Geschäftsführer zu einer Korrektur einer unrichtigen, von einem Notar nach § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG eingereichten Gesellschafterliste befugt sei (in diesem Sinn auch bereits Senat, Beschluss vom 22.11.2010, 20 W 333/10, juris Rdnr. 36, 37), wobei der Geschäftsführer dem Betroffenen vor der Einreichung einer korrigierten Gesellschafterliste Gelegenheit zur Stellungnahme geben müsse. Aber auch, wenn der Betroffene der Korrektur widerspreche, ändere das nichts an der Berechtigung des Geschäftsführers, bei Fehlern für eine Berichti-

gung der Gesellschafterliste zu sorgen, solange nicht der Betroffene im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes erreiche, dass dem Geschäftsführer die Einreichung einer geänderten Gesellschafterliste untersagt werde. Die Gesellschaft sei also nicht darauf verwiesen, die Löschung eines Scheingesellschafters durch Klage zu erzwingen, wenn der Notar nach § 40 Abs. 2 GmbHG eine veränderte Gesellschafterliste eingereicht habe. Dass nach § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG die Geschäftsführer unverzüglich nach Wirksamkeit einer Veränderung eine Gesellschafterliste einzureichen haben, könne vor diesem Hintergrund nicht dahin verstanden werden, dass sie nur in Fällen einer Veränderung und nicht auch zur Korrektur tätig werden dürften. Ein Anlass für den Geschäftsführer, eine korrigierte Gesellschafterliste einzureichen, bestehe nur, wenn er die veränderte Gesellschafterliste für unrichtig halte. Dann bestehe in der Regel Streit um den Gesellschafterstand.

34 Nachdem vorliegend eine gerichtliche Untersagung der Einreichung der verfahrensgegenständlichen Gesellschafterliste nicht bekannt geworden ist, bestünde unter Beachtung dieser grundlegenden Ausführungen des BGH also jedenfalls grundsätzlich zur Korrekturzwecken die Möglichkeit der Einreichung auch einer Gesellschafterliste, die inhaltlich mit einer zu einem früheren Zeitpunkt in den Registerordner aufgenommenen Gesellschafterliste identisch ist. Insofern würde es sich dabei auch um einen anderen Sachverhalt handeln, als etwa im Fall, der dem Beschluss des KG vom 13.03.2020 (22 W 53/19, juris) zugrunde lag; unter anderem dort hat das KG die Auffassung vertreten, dass die Aufnahme einer älteren Gesellschafterliste, die denselben Inhalt wie die letzte im Registerordner aufgenommenen Gesellschafterliste hat, genauso wenig infrage komme wie die Aufnahme einer späteren Gesellschafterliste, die gegenüber der zuletzt in den Registerordner aufgenommenen Gesellschafterliste keine Veränderung ausweist.

35 b) Auf die gerade unter II. 2. a) dargelegte Möglichkeit der Einreichung einer „Korrekturliste“ kann sich die Gesellschaft vorliegend jedoch schon ausfolgendem Grund nicht berufen:

36 Das Registergericht hat zur weiteren Begründung der Nichtaufnahme der verfahrensgegenständlichen Gesellschafterliste darauf hingewiesen, dass die „Liste von einem nicht mehr amtierenden Geschäftsführer (gemeint wohl: Liquidator) unterschrieben eingereicht“ worden sei. Wenn man davon ausgeht, dass dieser Hinweis des Registergerichts wohl kaum Ergebnis einer Prüfung sein dürfte, ob C noch immer Liquidator der Gesellschaft ist, sondern vielmehr alleine auf dem Umstand beruhen dürfte, dass C als Liquidator bereits seit dem 30.09.2021 aus dem Registerblatt der Gesellschaft gelöscht und dort aktuell wie auch bereits zum Zeitpunkt der Einreichung und Unterzeichnung der verfahrensgegenständlichen Gesellschafterliste durch C D als alleiniger Geschäftsführer der Gesellschaft eingetragen ist, geht dieser Hinweis des Registergerichts in die richtige Richtung.

37 Nach der Rechtsprechung des BGH darf das Registergericht, obwohl es die Gesellschafterliste lediglich entgegennimmt und verwahrt und dabei keine inhaltliche Prüfpflicht hat, jedenfalls prüfen, ob die Gesellschafterliste den formalen Anforderungen des § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG entspricht und bei entsprechenden Beanstandungen deren Aufnahme in den Registerordner verweigern (vgl. etwa BGH, Beschlüsse vom 17.12.2013, II ZB 6/13, Rdnr. 7, 8 und vom 20.09.2011, II ZB 17/10, Rdnr. 10 m. w. N., alle beck-online; so auch bereits Senat, a. a. O., allerdings bei den formalen Anforderungen sogar von einer Prüfpflicht ausgehend).

38 Zu diesen formalen Anforderungen an die Einreichung der Gesellschafterliste gehört es auch, dass die Gesellschafterliste im Falle des hier nur in Frage kommenden § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG von einem einreichungsberechtigten Geschäftsführer (bzw. Liquidator) erstellt und unterschrieben worden ist (vgl. etwa auch BGH, Beschluss vom 17.12.2013, II ZB 6/13, Rdnr. 9).

39 Dabei schließt sich der Senat der Auffassung an, dass die Liste in diesem Fall dann auch grundsätzlich von dem aus dem Registerblatt ersichtlichen Geschäftsführer (bzw. Liquidator) unterschrieben und eingereicht worden sein muss (vgl. KG, Beschlüsse vom 12.06.2018, a. a. O., und vom 14.10.2022, 22 W 43/22, alle juris; dem folgend etwa auch *Oetker* in Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2021, § 40 GmbHG Rdnr. 20; GmbHG; *Görner* in Rowedder/Pentz, GmbH-Gesetz, § 40 Rdnr. 49; *Krafka* in Krafka, Registerrecht, 11. Aufl. 2019, Rdnr. 1105; *Servatius* in Noack/Servatius/Haas, GmbHG, § 40 Rdnr. 75a, alle beck-online). Auch wenn die Eintragung als Geschäftsführer (oder Liquidator) im Registerblatt nur deklaratorisch wirkt, stellt diese Registereintragung nach Ansicht des Senats für die vom Registergericht im Rahmen seiner Prüfungstätigkeit als Verwahrstelle zur Aufnahme der Gesellschafterlisten und der damit verbundenen erheblichen Vielzahl von Einreichungsvorgängen ein geeignetes formales Kriterium dar, mit dem das Registergericht in kurzer Zeit beurteilen kann, ob die neu eingereichte Liste die zu stellenden förmlichen Anforderungen des § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG erfüllt. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass es keine Vermutung gibt, dass eingetragene Geschäftsführer (oder Liquidatoren) in einer erheblichen Anzahl nicht (mehr) die jeweiligen Ämter innehaben.

40 Darüber hinaus hat bereits das KG in seinem Beschluss vom 12.06.2018 (a. a. O.) darauf hingewiesen, dass mit der Einführung des § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG und der Änderung des § 40 GmbHG durch das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vom 23.10.2008 (BGBl. I, S. 2026) die Prüfung der Richtigkeit des Gesellschafterbestands auf die Geschäftsführer übergegangen sei (bzw. im Anwendungsbereich des § 40 Abs. 2 GmbHG auf die Notare) und das Registergericht selbst von einer (umfassenden) Prüfung ausgeschlossen sei, mit der Folge, dass das Registergericht auch in Bezug auf die Berechtigung zur Einreichung der Gesellschafterliste grundsätzlich keine umfassende Prüfung durchführen müsse, sondern allein nach formalen Aspekten entscheiden dürfe. Dem schließt sich der Senat an.

41 Vorliegend hat nicht der alleine eingetragene Geschäftsführer der Gesellschaft D die verfahrensgegenständliche

Gesellschafterliste eingereicht, sondern der am 30.09.2021 aus dem Registerblatt als Liquidator gelöschte C, mit der Folge, dass das Registergericht die Aufnahme der von ihm eingereichten und unterschrieben Gesellschafterliste zu Recht zurückgewiesen hat.

42 Aber auch, wenn man von diesem zuvor aufgestellten Grundsatz dann eine Ausnahme machen will, wenn ein Sachverhalt vorliegt, in dem es für das Registergericht ohne Weiteres zum einen offenkundig ist, dass der im Registerblatt eingetragene Geschäftsführer (oder Liquidator) tatsächlich nicht mehr im Amt ist und zum anderen, dass die die neue Gesellschafterliste einreichende Person tatsächlicher und nur (noch) nicht eingetragener Geschäftsführer (oder Liquidator) der betroffenen Gesellschaft ist – so etwa in einem hier in Bezug auf eine etwaige Liquidatorenstellung des C offensichtlich nicht gegebenen Fall des § 16 Abs. 1 Satz 2 GmbHG –, ergibt sich vorliegend kein anderes Ergebnis, da eine solche Offenkundigkeit nicht festgestellt werden kann.

43 Dabei kann es nicht nur auf die Frage ankommen, ob der Beschluss des B vom 30.08.2021 über seine eigene Bestellung zum Liquidator und die Abberufung von C als Liquidator der Gesellschaft trotz der am 30.09.2021 erfolgten Aufnahme der diesen als alleinigen Gesellschafter der Gesellschaft ausweisenden Gesellschafterliste in deren Registerorder möglicherweise deswegen unwirksam war, da – wie die Verfahrensbevollmächtigten der Gesellschaft meinen – B unter Mithilfe des amtierenden Notars in einem krassen Verstoß gegen den Grundsatz von Treu und Glauben die Gesellschafterliste der Gesellschaft zu seinen Gunsten verändert habe, sodass die Legitimationswirkung des § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG entfallen sei. Unabhängig davon, ob diese Ansicht – die auch von dem Brandenburgischen OLG und dem LG Stadt 3 in deren von den Verfahrensbevollmächtigten der Gesellschaft in Bezug genommenen Hinweisen im Kern so geteilt wird – trotz des Umstands, dass noch nicht rechtskräftig darüber entschieden worden ist, ob die Geschäftsanteile des B überhaupt wirksam eingezogen worden sind und auch nicht ohne Weiteres evident ist, dass deren Einziehung wirksam war und dies damit auch B bewusst sein musste, zutrifft, kann hier nicht unberücksichtigt bleiben, dass am 01.10.2021 die letzte Gesellschafterliste in den Registerordner der Gesellschaft aufgenommen worden ist, die nunmehr die E GmbH als alleinige Gesellschafterin der Gesellschaft ausweist. Diese hat nachfolgend die zwei Beschlüsse der Gesellschaft gefasst, mit der zunächst am 02.10.2.021 D als weiterer Liquidator bestellt worden ist und sodann am 25.10.2021 die Fortsetzung der Gesellschaft unter Abberufung von B und D als Liquidatoren sowie die Bestellung des D zum alleinigen Geschäftsführer der Gesellschaft beschlossen worden sind. Jedenfalls insoweit ist nicht ohne Weiteres offensichtlich, dass für die Gesellschaft insbesondere bei der letzten Beschlussfassung nicht die unter dem Vorbehalt von Treu und Glauben stehende formelle Legitimationswirkung des § 16 Abs. 1 GmbHG (vgl. hierzu etwa BGH, Urteile vom 20.11.2018, II ZR 12/17, Rdnr. 42 ff., 73 und vom 02.07.2019, II ZR 406/17, Rdnr. 42, alle beck-online) galt, nach der im Verhältnis zur Gesellschaft im Fall der Veränderung in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligung als Inhaber eines Geschäftsanteiles nur gilt, wer als solcher in der im Handelsregister (also im Registerordner) aufgenommenen Gesellschafterliste eingetragen ist. Ein Fall, wie er dem BGH bei seinem Urteil vom 02.07.2019 (a. a. O.) zugrunde lag, wo sich die dortige Gesellschaft deshalb nicht auf die Legitimationswirkung – an die im Übrigen auch das Registergericht bei seinen Prüfungen gebunden ist (vgl. Senat, Beschluss vom 04.11.2016, 20 W 269/16, juris) – berufen konnte, da sie selbst durch unredliches Verhalten die Aufnahme der Gesellschafterliste im Handelsregister deswegen herbeigeführt hatte, weil sie, obwohl ihr nach Einziehung eines Geschäftsanteils durch eine einstweilige Verfügung untersagt worden war, eine neue Gesellschafterliste, die den von der Einziehung Betroffenen nicht mehr als Gesellschafter auswies, bei dem Registergericht zur Aufnahme in das Handelsregister eingereicht hatte, liegt hier ersichtlich nicht vor. Aber auch sonstige Gründe, die hier ausnahmsweise aufgrund von Treu und Glauben dazu führen könnten, dass dann letztlich die am 25.10.2021 gefassten Beschlüsse ohne Weiteres als offensichtlich unwirksam angesehen werden müssten, sind hier nicht erkennbar. Letztlich ist auch nicht einmal eine gerichtliche Anfechtung etwa des Gesellschafterbeschlusses vom 25.10.2021 bekannt geworden.

44 Gerade der Umstand einer Vielzahl und nicht ohne Weiteres offensichtlich zu beantwortender Fragen – hier etwa zur Einziehung der Geschäftsanteile des B, der Wirksamkeit nachfolgend gefasster Gesellschafterbeschlüsse durch verschiedene Gesellschafter verbunden mit der Frage, ob zu den verschiedenen Beschlusszeiten jeweils die Legitimationswirkung des § 16 Abs. 1 Satz GmbHG bestand oder aber (ggf. nur bei einem Teil der Beschlüsse) wegen Treu und Glauben aufgehoben war – spricht dafür, dass das Registergericht bei der Prüfung, ob die eingereichte Gesellschafterliste von einem einreichungsberechtigten Geschäftsführer (bzw. Liquidator) erstellt und unterschrieben worden ist, grundsätzlich formal auf die aktuelle Eintragung im Registerblatt abstellen darf.

45 Dabei sind die M GmbH und die O GmbH als etwaige tatsächliche Gesellschafter der Gesellschaft auch nicht rechtlos gestellt. Abgesehen davon, dass sie sich gegen eine weitere Verfügung durch die E GmbH durch einen Widerspruch gemäß § 16 Abs. 3 Satz 3 bis 5 GmbHG schützen können, haben sie die Möglichkeit, im Zivilprozess Rechtsschutz etwa durch eine einstweilige Regelung der Ausübung der Gesellschafterrechte zu suchen oder aber durch prozessuale Geltendmachung ihres etwaigen Anspruchs auf ihre korrekte Eintragung in die Gesellschafterliste und auf Einreichung einer entsprechend aktualisierten bzw. berichtigten Gesellschafterliste gegen die Gesellschaft (vgl. etwa BGH, Urteil vom 08.11.2022, ebenda, und Urteil vom 17.12.2013, II ZR 21/12, a. a. O. Rdnr. 39).

46 Der Senat hält es nach § 81 Abs. 1 Satz 2 FamFG für angemessen, von der Erhebung von Gerichtskosten für das Verfahren der Beschwerde abzusehen, nachdem eine endgültige Klärung der Frage, ob C noch vertretungsberechtigter Liquidator der Gesellschaft ist, im vorliegenden

Verfahren nicht erfolgt ist und eine derartige Entscheidung auch im Rahmen der Kostenentscheidung nicht abschließend erfolgen kann.

47 Der Senat hat die Rechtsbeschwerde nach § 70 Abs. 2 Nr. 1 FamFG wegen grundsätzlicher Bedeutung im Hinblick auf die entscheidungserhebliche und für eine Vielzahl von Fällen relevante Frage – bei deren abweichender Beantwortung die vorliegende Entscheidung für die Gesellschaft möglicherweise günstiger ausgefallen wäre – zugelassen, ob das Registergericht bei der Prüfung der formalen Anforderungen nach § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG wegen der Zuständigkeit des Listeneinreichers maßgeblich auf die Eintragung im Registerblatt abstellen darf. Diese Frage wird zwar bislang – soweit ersichtlich – in der obergerichtlichen Rechtsprechung nur von dem KG in den hier vom Senat zitierten Beschlüssen aufgeworfen und im Sinne der hier getroffenen Entscheidung des Senats beantwortet. Trotzdem ist die getroffene Entscheidung – schon vor dem Hintergrund der lediglich deklaratorischen Wirkung der Registereintragung des Geschäftsführers (bzw. Liquidators) einer GmbHG – nicht ohne Zweifel. Davon abgesehen, erachtet es etwa *Heidinger* (MünchKomm-GmbHG, 4. Aufl. 2023, § 40 Rdnr. 367) schon für fraglich, ob im Rahmen der formalen Prüfung die Zuständigkeit des Listeneinreichers – was im Einzelfall sehr schwierig sei – geprüft werden könne; lediglich eine überhaupt nicht oder von einem zweifelsfrei Unzuständigen unterschriebene Liste könne als formell fehlerhafte „Nichtliste“ abgelehnt werden. Der Senat kann auch nicht erkennen, dass der BGH die maßgebliche Frage bereits in seinem Beschluss vom 17.12.2013 (II ZB 6/13, a. a. O. Rdnr. 9) mit seinen folgenden dortigen Darlegungen beantwortet hat:

> „Das formale Prüfungsrecht des Registergerichts ist insoweit aber auf die Prüfung beschränkt, ob es sich bei der Person, die eine geänderte Gesellschafterliste zur Aufnahme in das Handelsregister einreicht, um eine der in § 40 Abs. 1 und 2 GmbHG genannten Personen, d. h. um einen Geschäftsführer der Gesellschaft oder einen Notar handelt, der an den Veränderungen mitgewirkt hat, denen die geänderten Eintragungen entsprechen. Ist dies offensichtlich nicht der Fall, weil die Liste von einem Dritten eingereicht wurde, kann das Registergericht die Liste zurückweisen. Die Frage der formalen Einreichungszuständigkeit lässt sich durch das Registergericht in kurzer Zeit zweifelsfrei klären und durch die Prüfung des Registergerichts kann verhindert werden, dass in das Handelsregister Listen aufgenommen werden, die von offensichtlich Unbefugten eingereicht wurden und bei denen eine hohe Wahrscheinlichkeit besteht, dass sie die wahre Rechtslage nicht wiedergeben und deshalb zu berichtigen sind.“

ANMERKUNG:

Von Notarassessor Dr. **Christian Linke**, München

1. Sachverhalt

Zunächst sei an dieser Stelle der äußerst skurrile, nicht ohne Weiteres nachvollziehbare Sachverhalt, den auch das Gericht offenbar nicht zur Gänze aufklären konnte, deutlich vereinfacht zusammengefasst:

Gesellschafter der GmbH waren nach der (notariellen) Gesellschafterliste vom 26.05.2014 K und B zu jeweils 50 %. Mit Gesellschafterbeschluss des K vom 17.04.2015 wurde der Geschäftsanteil des B aufgrund dessen Pfändung eingezogen. Die nachfolgende (Geschäftsführer-) Gesellschafterliste vom 02.06.2015 wies K als alleinigen Gesellschafter aus. Infolge mehrerer Anteilsabtretungen wies die (notarielle) Gesellschafterliste vom 17.10.2017 schließlich die M-GmbH zu 80 % und die O-GmbH zu 20 % als Gesellschafter aus. Diese beschlossen die Liquidation der GmbH. Als Liquidator wurde am 03.09.2020 C im Handelsregister eingetragen. B hatte zwischenzeitlich am 17.01.2018 ein landgerichtliches Urteil erwirkt, das die Nichtigkeit des Gesellschafterbeschlusses über die Einziehung seines Geschäftsanteils feststellte. Allerdings war gegen das Urteil Berufung eingelegt worden, über die im Zeitpunkt der hier zu besprechenden Entscheidung des OLG Frankfurt a. M. noch nicht entschieden war. Unter im Einzelnen nicht näher bekannten Umständen wollte B offenbar vollendete Tatsachen schaffen und so dem langwierigen Gerichtsverfahren zuvorkommen: Unter Erklärung, der alleinige Gesellschafter der GmbH zu sein, fasste B am 30.08.2021 zu notarieller Urkunde einen Gesellschafterbeschluss, mit dem C als Liquidator abberufen und B zum neuen Liquidator bestellt wurde. Eine unter Bezugnahme auf die Urkunde vom 30.08.2021 auf den 23.09.2021 datierte (notarielle) Gesellschafterliste wies schließlich B als alleinigen Gesellschafter aus. Die Einzelheiten sind hier unklar. Der Beschwerdeführer vermutet eine Beteiligung des Notars. Der Liquidatorwechsel wurde am 30.09.2021 ins Handelsregister eingetragen. Infolge einer ebenfalls am 30.08.2021 vor demselben Notar beurkundeten Abtretung sämtlicher Geschäftsanteile an die E-GmbH (bescheinigt mit ebenfalls auf den 23.09.2021 datierter notarieller Gesellschafterliste) wurde schließlich die Fortsetzung der GmbH beschlossen und deren Sitz nach Frankfurt a. M. verlegt. Die M-GmbH und die O-GmbH, die von diesen Vorgängen jeweils erst mit Handelsregistereintragung Kenntnis erlangten, versuchten sich nun mit Einreichung der aus ihrer Sicht zutreffenden verfahrensgegenständlichen Gesellschafterliste zu wehren: Diese wurde von C als Liquidator unterzeichnet und entspricht der Gesellschafterliste vom 17.10.2017. Sie weist die M-GmbH zu 80 % und die O-GmbH zu 20 % als Gesellschafter aus.

Das AG hat mit Beschluss vom 01.06.2022 den Antrag auf Aufnahme dieser Gesellschafterliste zurückgewiesen. Es hat dies zum einen mit der Einreichung der Gesellschafterliste durch einen nicht mehr amtierenden Geschäftsführer (bzw. Liquidator) begründet. Zum anderen hat es

für die „Korrektur“ einer Liste auf die Möglichkeit eines Widerspruchs nach § 16 Abs. 3 GmbHG verwiesen.

2. Entscheidung

Das OLG Frankfurt a. M. hat die Beschwerde gegen den Beschluss des AG zurückgewiesen. Anders als dieses erachtet es zwar im Einklang mit der Rechtsprechung des BGH[1] den Geschäftsführer (bzw. Liquidator) als zu einer Korrektur einer unrichtigen, von einem Notar nach § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG eingereichten Gesellschafterliste berechtigt, auch wenn diese inhaltlich mit einer zu einem früheren Zeitpunkt aufgenommenen Gesellschafterliste identisch ist. Anders sei dies nur zu beurteilen, wenn eine gerichtliche Untersagung der Einreichung der Gesellschafterliste bekannt geworden ist. Dass nach § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG die Geschäftsführer unverzüglich nach Wirksamkeit einer Veränderung eine Gesellschafterliste einzureichen haben, könne nicht dahin gehend verstanden werden, dass sie nur in Fällen einer Veränderung und nicht auch zur Korrektur tätig werden dürfen.[2] Die Beteiligten seien daher diesbezüglich nicht auf die Möglichkeit eines Widerspruchs gemäß § 16 Abs. 3 GmbHG beschränkt.

Das OLG Frankfurt a. M. hält es jedoch bei einer vom Geschäftsführer einzureichenden Gesellschafterliste für erforderlich, dass „die Liste (...) grundsätzlich von dem aus dem Registerblatt ersichtlichen Geschäftsführer (bzw. Liquidator) unterschrieben und eingereicht“[3] worden ist. Die Registereintragung stelle ein geeignetes formales Kriterium dar, mit dem das Registergericht in kurzer Zeit beurteilen könne, ob die neu eingereichte Liste die zu stellenden förmlichen Anforderungen des § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG erfüllt. Damit schließt sich das OLG Frankfurt a. M. im Ergebnis der Auffassung des KG[4] an. Es lässt jedoch ausdrücklich offen, ob von diesem Grundsatz eine Ausnahme zu machen ist, wenn für das Registergericht ohne Weiteres zum einen offenkundig ist, dass der im Registerblatt eingetragene Geschäftsführer (bzw. Liquidator) tatsächlich nicht mehr im Amt ist und zum anderen, dass die die neue Gesellschafterliste einreichende Person tatsächlicher und nur (noch) nicht eingetragener Geschäftsführer (bzw. Liquidator) ist.[5]

3. Würdigung

Der Entscheidung des OLG Frankfurt a. M. ist zuzustimmen. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf die gegenüber dem KG deutlich differenziertere Beurteilung der für die Listeneinreichung erforderlichen formalen Einreichungszuständigkeit.

a) Korrektur einer unrichtigen Gesellschafterliste

Im Gegensatz zur Ausganginstanz hält das OLG Frankfurt a. M. den Geschäftsführer (bzw. Liquidator) einer GmbH für berechtigt, fehlerhafte – auch notarielle – Gesellschafterlisten durch Einreichung einer neuen Gesellschafterliste zu korrigieren, auch wenn diese inhaltlich mit einer zu einem früheren Zeitpunkt aufgenommenen Gesellschafterliste identisch ist. Dies entspricht nicht nur der inzwischen gefestigten Rechtsprechung des BGH,[6] sondern auch dem Willen des Gesetzgebers und überzeugt zudem aus teleologischen Gründen.[7] Anders als im Aktienrecht (§ 67 Abs. 5 AktG) enthält § 40 GmbHG zwar keine ausdrückliche Regelung für den Fall, dass ein Geschäftsführer eine Änderung der Gesellschafterliste vornehmen möchte, weil er der Ansicht ist, eine Eintragung sei zu Unrecht erfolgt. Ausweislich des Regierungsentwurfs des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) hat der Gesetzgeber eine entsprechende Befugnis des Geschäftsführers dennoch stillschweigend vorausgesetzt und angenommen, dass sich bereits aus der allgemeinen Sorgfaltspflicht des Geschäftsführers eine Pflicht ergebe, in diesem Fall – wie in § 67 Abs. 5 AktG ausdrücklich formuliert – den Betroffenen vor Veranlassung der Berichtigung Möglichkeit zur Stellungnahme zu geben.[8] Entsprechend geht auch der BGH von einer solchen Pflicht des Geschäftsführers aus. Wenn der Betroffene der Korrektur widerspricht, ändert dies jedoch nichts an der Berechtigung des Geschäftsführers, eine korrigierte Gesellschafterliste einzureichen, solange nicht der Betroffene im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes erreicht, dass dem Geschäftsführer die Einreichung einer geänderten Gesellschaferliste untersagt wird.[9] Die Korrekturbefugnis des Geschäftsführers auch auf notarielle Gesellschafterlisten zu erstrecken, überzeugt, da aufgrund der besonderen Bedeutung der mit der Aufnahme der Gesellschafterliste eintretenden Publizitätswirkungen bei der Aufnahme der Liste keine Verzögerungen eintreten dürfen.[10] Wenn die Korrektur der unrichtigen notariellen Gesellschafterliste wieder über den Notar veranlasst werden müsste, läge darin ein zeitraubender Umweg, zumal die Gesellschaft einen dazu unwilligen Notar – wenn überhaupt – nur im Wege der Beschwerde (§ 15 Abs. 2 BNotO)

1 Grundlegend BGH, Urteil vom 17.12.2013, II ZR 21/12, MittBayNot 2014, 174.

2 Rdnr. 33 der besprochenen Entscheidung.

3 Rdnr. 39 der besprochenen Entscheidung.

4 KG, Beschluss vom 12.06.2018, 22 W 15/18, MittBayNot 2019, 285; Beschluss vom 12.10.2022, 22 W 43/22, MittBayNot 2024, 74.

5 Rdnr. 42 der besprochenen Entscheidung.

6 BGH, Urteil vom 17.12.2013, II ZR 21/12, MittBayNot 2014, 174; Beschluss vom 07.02.2017, II ZR 28/15, BeckRS 2017, 104221; Urteil vom 02.07.2019, II ZR 406/17, MittBayNot 2020, 170; Urteil vom 10.11.2020, II ZR 211/19, MittBayNot 2021, 398.

7 Habersack/Casper/Löbbe/*Paefgen*, GmbHG, 3. Aufl. 2021, § 40 Rdnr. 144; Noack/Servatius/Haas/*Servatius*, GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 40 Rdnr. 38.

8 BT-Drucks. 16/6140, S. 44.

9 BGH, Urteil vom 17.12.2013, II ZR 21/12, MittBayNot 2014, 174, 178.

10 BGH, Beschluss vom 17.12.2013, II ZB 6/13, NJW 2014, 2026; *D. Mayer*, ZIP 2009, 1037, 1039; *ders.*, MittBayNot 2014, 24, 26; MünchKomm-GmbHG/*Heidinger*, 2. Aufl. 2016, § 40 Rdnr. 277.

zur Einreichung einer korrigierten Liste zwingen könnte.[11] Die eigene Korrekturbefugnis des Notars bleibt jedoch neben der des Geschäftsführers unberührt.[12]

b) Formale Zuständigkeit des Einreichenden

Im Hinblick auf die formale Einreichungszuständigkeit des Geschäftsführers schließt sich das OLG Frankfurt a. M. im Ergebnis der vom Verfasser erst jüngst besprochenen Auffassung des KG[13] an und fordert, dass der die (Geschäftsführer-)Gesellschafterliste Einreichende grundsätzlich als Geschäftsführer (bzw. Liquidator) im Handelsregister eingetragen ist. Dabei übernimmt das Gericht jedoch nicht die inhaltlich überschießende Begründung des KG.[14] Entscheidend ist nach Auffassung des OLG Frankfurt a. M. vielmehr, dass die Registereintragung ein geeignetes formales Kriterium darstellt, mit dem das Registergericht in kurzer Zeit beurteilen kann, ob die neu eingereichte Liste die zu stellenden förmlichen Anforderungen des § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG erfüllt. Es zeigt sich jedoch für Ausnahmen von diesem Grundsatz offen, wenn für das Registergericht ohne Weiteres offenkundig ist, dass die die neue Gesellschafterliste einreichende Person tatsächlicher und nur (noch) nicht eingetragener Geschäftsführer (bzw. Liquidator) ist.

Dies entspricht der überzeugenden Auffassung, wonach die von der als Geschäftsführer agierenden Person eingereichte Gesellschafterliste aufzunehmen ist, wenn diese entweder (1) durch Eintragung im Handelsregister oder (2) anderweitig ausreichend sicher als Geschäftsführer ausgewiesen ist.[15] Nach der aus der gesetzlichen Konzeption der Gesellschafterliste hergeleiteten Rechtsprechung des BGH ist das Registergericht nämlich auf die Prüfung beschränkt, ob es sich bei der die Gesellschafterliste einreichenden Person in formaler Hinsicht um eine der in § 40 Abs. 1 und Abs. 2 GmbHG genannten Personen handelt. Der BGH spricht insoweit von formaler Einreichungszuständigkeit. Diese lasse sich durch das Registergericht in kurzer Zeit zweifelsfrei klären. Das Registergericht könne die Liste daher (nur) zurückweisen, wenn diese von einem Dritten bzw. sonst offensichtlich Unbefugten eingereicht worden sei und eine hohe Wahrscheinlichkeit bestehe, dass sie die wahre Rechtslage nicht wiedergibt und deshalb zu berichtigen ist. Etwaige Zweifel, ob der Geschäftsführer oder Notar zur Einreichung der von ihm unterzeichneten Liste im konkreten Fall befugt ist, könnten dagegen im Registerverfahren nicht ohne Weiteres geklärt werden.[16] Der BGH begründet die Beschränkung des Prüfungsrechts auf die formale Einreichungszuständigkeit folglich damit, dass sich diese durch das Registergericht in kurzer Zeit zweifelsfrei klären lässt.[17] Er beschränkt die formale Einreichungszuständigkeit in seiner Entscheidung jedoch nicht auf die Registereintragung des Einreichenden. Eine zügige Klärung der formalen Einreichungszuständigkeit ist vielmehr im Grundsatz auch ohne Registereintragung denkbar, so etwa im Erbfall nach einem Alleingesellschafter-Geschäftsführer bei entsprechendem Erbnachweis. Nach zutreffender Auffassung und verbreiteter Registerpraxis kann in dieser Konstellation ein neuer Geschäftsführer durch die Erben bereits vor deren Aufnahme in die Gesellschafterliste bestellt werden und sodann eine die Erben als neue Gesellschafter ausweisende Gesellschafterliste einreichen.[18] Im verfahrensgegenständlichen Sachverhalt war jedoch aufgrund einer Vielzahl nur schwer und gerade nicht offensichtlich zu beantwortender Fragen – etwa der Wirksamkeit der Einziehung der Geschäftsanteile des B sowie einer Vielzahl nachfolgender Gesellschafterbeschlüsse – nicht davon auszugehen, dass C ausreichend sicher als Liquidator ausgewiesen ist.

Die M-GmbH und die O-GmbH als vom Vorgehen des B vermeintlich überrumpelte – und ggf. tatsächliche – Gesellschafter sind gleichwohl nicht schutzlos gestellt. Mit einem Widerspruch gemäß § 16 Abs. 3 Sätze 3-5 GmbHG können sie sich gegen eine weitere Anteilsabtretung durch den derzeitigen Listengesellschafter schützen. Zudem haben sie die Möglichkeit, ihren Anspruch auf Einreichung einer berichtigten Gesellschafterliste im zivilprozessualen Erkenntnisverfahren durchzusetzen.[19]

Das OLG Frankfurt a. M. hat aufgrund der grundsätzlichen Bedeutung der Sache die Rechtsbeschwerde zugelassen. Soweit ersichtlich, ist diese jedoch nicht eingelegt worden und die Entscheidung in Rechtskraft erwachsen. Eine höchstrichterliche Entscheidung zu den Anforderungen an die formale Einreichungszuständigkeit des die Gesellschafterliste Einreichenden bleibt daher abzuwarten.

11 Schönenberg-Wessel/Plottek/Sikora/*Meier*, BNotO, 2023, § 15 Rdnr. 46; BeckOK-BNotO/*Sander*, Stand: 01.02.2024, § 15 Rdnr. 126.

12 *Herrler*, NZG 2011, 536, 538; *D. Mayer*, MittBayNot 2014, 114, 116; *Tebben*, RNotZ 2008, 441, 453.

13 KG, Beschluss vom 12.10.2022, 22 W 43/22, MittBayNot 2024, 74; bereits Beschluss vom 12.06.2018, 22 W 15/18, MittBayNot 2019, 285.

14 Ausführlich hierzu *Linke*, MittBayNot, 2024, 75.

15 *Linke*, MittBayNot, 2024, 75, 79.

16 BGH, Beschluss vom 17.12.2013, II ZB 6/13, NJW 2014, 2026, 2026 f.

17 BGH, Beschluss vom 17.12.2013, II ZB 6/13, NJW 2014, 2026, 2027.

18 Hierzu *Heidinger*, ZNotP 2012, 449, 459 sowie jüngst *Linke*, MittBayNot 2023, 181, 181 f.; ferner *Kemper*, notar 2023, 189, 194 f.

19 BGH, Beschluss vom 08.11.2022, II ZR 91/21, NZG 2023, 784, 791; KG, Beschluss vom 10.07.2019, 2 W 16/19, NZG 2019, 913; Noack/Servatius/Haas/*Servatius*, GmbHG, § 40 Rdnr. 82.

INTERNATIONALES PRIVATRECHT

17. Keine internationale Notzuständigkeit deutscher Gerichte bei einem Verfahren zur Anordnung einer Nachlasspflegschaft vor den Gerichten des Staates Vatikanstadt

OLG München, Beschluss vom 12.06.2024, 33 Wx 270/23 e

EuErbVO Art. 4, 10, 11

LEITSÄTZE:

1. **Eine Notzuständigkeit nach Art. 11 EuErbVO ist nicht deswegen begründet, weil ein Verfahren über die Anordnung einer Nachlasspflegschaft zur Ermittlung der Erben des Erblassers vor den Gerichten des Staates Vatikanstadt zu führen ist.**
2. **Ist ein Verfahren über die Anordnung einer Nachlasspflegschaft zur Ermittlung der Erben vor den Gerichten des Staates Vatikanstadt zu führen, so begründet dies keine Notzuständigkeit nach Art. 11 EuErbVO.**

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Der am (...) 1927 in M am I geborene Erblasser wurde im Jahr 1977 zum Erzbischof von München und Freising geweiht und im Jahr 1982 Kardinalpräfekt der Kongregation für die Glaubenslehre im Vatikan. Er war von seiner Wahl am 19.04.2005 an bis zu seinem Amtsverzicht am 28.02.2013 Papst und damit Oberhaupt der römisch-katholischen Kirche sowie das Staatsoberhaupt des Staates Vatikanstadt. Als emeritierter Papst zog der Erblasser am 02.05.2013 in das Vatikankloster M E in den Vatikanischen Gärten der Vatikanstadt, wo er am (...) 2022 verstarb.

2 Der Beschwerdeführer beantragte am 16.01.2023 bei dem AG München – Nachlassgericht – die Anordnung einer Nachlasspflegschaft zur Ermittlung des bzw. der Erben des Erblassers und begründete dies mit einem von ihm gegen den Erblasser angestrengten zivilgerichtlichen Verfahren vor dem LG Traunstein, 5 O 1304/22, welches nach dem Tod des Erblassers gegen die – jedenfalls dem Beschwerdeführer unbekannten – Erben fortgeführt werden solle. Mit Beschluss vom 04.08.2023 wies das Nachlassgericht diesen Antrag als unzulässig zurück mit der Begründung, dass es zur Entscheidung hierüber bereits international nicht zuständig sei. Im Übrigen sei der Antrag aber auch unbegründet.

3 Hiergegen richtet sich die Beschwerde des Beschwerdeführers vom 28.09.2023. In der Beschwerdebegründung vom 18.10.2023 stimmte der Beschwerdeführer dem Nachlassgericht zwar darin zu, dass die Voraussetzungen einer internationalen Zuständigkeit des AG München nach Art. 10 EuErbVO nicht vorliegen, jedenfalls wenn man der Auffassung sei, dass Passiva nicht zum Nachlassvermögen im Sinne von Art. 10 Abs. 2 EuErbVO gehören. Jedoch habe das Nachlassgericht übersehen, dass nach Art. 11 EuErbVO eine internationale Notzuständigkeit des AG München bestehe.

4 Das Nachlassgericht hat der Beschwerde mit Beschluss vom 26.10.2023 nicht abgeholfen und die Akten mit Verfügung vom selben Tag dem Senat zur Entscheidung vorgelegt. Mit Verfügung vom 08.11.2023 übermittelte das Nachlassgericht dem Senat im Nachgang zur Akte die Beschwerdebegründung vom 18.10.2023 mit dem Hinweis, dass diese der zuständigen Richterin erst an diesem Tag vorgelegt worden sei und führte u. a. aus, dass und aus welchen Gründen es eine Notzuständigkeit des AG München für nicht gegeben erachte.

5 Das Geburtshaus des Erblassers in M am I wurde im Frühjahr 2006 durch eine kirchliche Stiftung aus Privatbesitz erworben. Das ehemalige Eigenheim des Erblassers in P, welches dieser Ende 1970 bezogen hatte, übertrug der Erblasser im August 2010 an das „Institut Papst B (...)".

6 Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten wird vollumfänglich auf den Akteninhalt Bezug genommen.

7 II. Die zulässige Beschwerde bleibt in der Sache ohne Erfolg. Das Nachlassgericht hat den Antrag mit Beschluss vom 04.08.2023 im Ergebnis zutreffend als unzulässig zurückgewiesen.

8 1. Der Senat kann sogleich in der Sache entscheiden. Zwar hat sich das Nachlassgericht in seiner Nichtabhilfeentscheidung nicht mit dem Beschwerdevorbringen des Beschwerdeführers hinsichtlich einer etwaigen internationalen Notzuständigkeit der deutschen Gerichte gemäß Art. 11 EuErbVO auseinandergesetzt, sondern lediglich pauschal auf die im angefochtenen Beschluss genannten Gründe Bezug genommen, da es ersichtlich davon ausgegangen ist, dass die Beschwerde nicht begründet worden war. Nachdem die Entscheidung des Nachlassgerichts im Ergebnis jedoch nicht zu beanstanden ist und es überdies auch im Rahmen seiner Verfügung vom 08.11.2023 bereits dargelegt hat, dass und aus welchen Gründen es eine Notzuständigkeit nach Art. 11 EuErbVO nicht für gegeben erachte, war eine Aufhebung der Nichtabhilfeentscheidung und Zurückverweisung an das Nachlassgericht zur erneuten Entscheidung unter Berücksichtigung des Beschwerdevorbringens vorliegend nicht erforderlich.

9 2. Wie das Nachlassgericht im Ergebnis zutreffend ausgeführt hat, ist das AG München vorliegend bereits international nicht zuständig.

10 a) Der Erblasser hatte seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Zeitpunkt seines Todes bereits durchgehend jedenfalls seit dem Jahr 2005 zweifelsohne im Staat Vatikanstadt. Eine internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte gemäß Art. 4 EuErbVO scheidet daher aus.

11 b) Eine internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte nach Art. 10 EuErbVO ist im gegenständlichen Verfahren ebenfalls nicht gegeben.

12 aa) Es kann in diesem Zusammenhang dahingestellt bleiben, ob der Erblasser durch den Erwerb der vatikanischen Staatsangehörigkeit oder mit seiner Wahl zum Papst im Jahr 2005 – zugleich als Staatsoberhaupt des Staates Vatikanstadt – die deutsche Staatsangehörigkeit verloren hat, wie das Nachlassgericht und auch der Beschwerdeführer in

Übereinstimmung mit einer im Schrifttum geäußerten Ansicht (*Renner*, ZAR 2005, 282 ff.) meinen, oder ob vielmehr in Übereinstimmung mit einer anderen Ansicht (*Barz*, BayVBl 2006, 210 ff.) davon auszugehen ist, dass der Erblasser auch nach seinem Amtsantritt im Vatikan weiterhin deutscher Staatsangehöriger geblieben ist. Denn im Ergebnis kommt es hierauf nicht entscheidungserheblich an.

13 bb) Wie das Nachlassgericht zutreffend erkannt hat, wäre weitere Voraussetzung für eine internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte nach Art. 10 Abs. 1 EuErbVO neben der deutschen Staatsangehörigkeit des Erblassers im Zeitpunkt seines Todes oder eines gewöhnlichen Aufenthalts in Deutschland binnen der letzten fünf Jahre vor Anrufung des Gerichts jedenfalls kumulativ in beiden Fällen die Belegenheit von Nachlassvermögen in dem betreffenden Mitgliedsstaat. Daran fehlt es vorliegend.

14 Positives Nachlassvermögen des Erblassers befindet sich nicht in Deutschland, denn sowohl das Elternhaus des Erblassers in M als auch dessen ehemaliger Wohnsitz in P gehörten gerichtsbekannt jedenfalls im maßgeblichen Zeitpunkt des Erbfalls nicht zum Nachlass des Erblassers. Passiva hingegen zählen nicht zum Nachlassvermögen im Sinne des Art. 10 Abs. 2 EuErbVO (vgl. MünchKomm-BGB/*Dutta*, 9. Aufl. 2024, Art. 10 EuErbVO Rdnr. 5).

15 c) Auch die Voraussetzungen einer Notzuständigkeit (forum necessitatis) nach Art. 11 EuErbVO liegen nicht vor.

16 aa) Zwar können die Gerichte eines Mitgliedsstaates in Ausnahmefällen in einer Erbsache entscheiden, wenn es nicht zumutbar ist oder sich als unmöglich erweist, ein Verfahren in einem Drittstaat, zu dem die Sache einen engen Bezug aufweist, einzuleiten oder zu führen.

17 Ausweislich Erwägungsgrund 31 EuErbVO erweist sich eine Verfahrenseinleitung bzw. -führung etwa dann als rechtlich oder tatsächlich unmöglich, wenn nach dem Recht des betreffenden Staates keine Zuständigkeit besteht – ggf. auch bei fehlender Gerichtsbarkeit wegen breiterer Gewährung von Immunität – oder weil die Rechtspflege wegen Krieg, Bürgerkrieg, Besatzung oder aufgrund einer Naturkatastrophe in einem eigentlich zuständigen Staat still steht (Burandt/Rojahn/*Burandt*/*Schmuck*, Erbrecht, 4. Aufl. 2022, Art. 11 EuErbVO Rdnr. 1). Darüber hinaus kann eine entsprechende Unmöglichkeit in einem sog. „gescheiterten Staat" gegeben sein, der seine grundlegenden Funktionen nicht mehr erfüllen kann (vgl. MünchKomm-FamFG/*Rauscher*, 3. Aufl. 2019, Art. 11 EuErbVO Rdnr. 4).

18 Auch die rechtliche oder tatsächliche Unzumutbarkeit der Verfahrenseinleitung oder -führung wäre geeignet, eine entsprechende Notzuständigkeit nach Art. 11 EuErbVO zu begründen. Eine solche könnte beispielsweise dann vorliegen, wenn die zu erwartende Entscheidung absehbar gegen den ordre public des potenziell nach Art. 11 EuErbVO zuständigen Staates verstößt, was sich aus Verfahrensrecht (rechtliches Gehör), vor allem aber aus dem angewendeten materiellen Recht (Ungleichbehandlung wegen Geschlecht, Religion, Staatsangehörigkeit) ergeben kann, oder wenn mit einer absehbar gravierend überlangen Verfahrensdauer, korruptionsgeneigten Gerichten, fehlender Gewähr eines fairen Verfahrens oder auch mit persönlichen Risiken im Fall der Einreise in den Gerichtsstaat (politische Verfolgung, ggf. auch Strafverfolgung) oder erheblich belastenden gerichtlichen und außergerichtlichen Kosten (Kommunikation, Reise, Vertretung am Gerichtsort, Gerichtskosten, Verwaltungskosten) zu rechnen wäre (MünchKomm-FamFG/*Rauscher*, Art. 11 EuErbVO Rdnr. 5).

19 bb) Die genannten Voraussetzungen liegen hier indes ersichtlich nicht vor. Auch wenn es sich bei dem Staat Vatikanstadt zweifellos um einen Drittstaat im Sinne des Art. 11 EuErbVO handelt, ist weder die Einleitung noch die Führung des gegenständlichen Verfahrens in diesem Drittstaat unzumutbar oder gar unmöglich im Sinne der Vorschrift. Eine entsprechende – rechtliche oder tatsächliche – Unmöglichkeit behauptet der Beschwerdeführer schon nicht.

20 Anhaltspunkte für eine Unzumutbarkeit der Verfahrenseinleitung oder -führung zur Anordnung einer Nachlasspflegschaft zur Ermittlung des bzw. der Erben des Erblassers vor den Gerichten des Staates Vatikanstadt in der oben beschriebenen oder in vergleichbarer Art und Weise sind weder vorgetragen noch ersichtlich. Allein die Tatsache, dass es sich beim Staat Vatikanstadt um eine absolute Monarchie mit der Folge fehlender Gewaltenteilung handelt, macht die Einleitung und Durchführung erbrechtlicher Verfahren – allein um ein solches geht es im vorliegenden Fall – nicht unzumutbar, auch wenn es sich bei dem Erblasser um den emeritierten Papst handelt. Denn dort existieren vier unabhängige, aber assoziierte und funktionsfähige Gerichte, bestehend aus Einzelrichtern (1. Instanz), Gerichtshof (2. Instanz), Appellationsgericht mit sechs Richtern (3. Instanz) und Kassationshof, besetzt mit drei Richtern (4. Instanz), welche die Judikative des Staates Vatikanstadt sicherstellen. Dem Beschwerdeführer drohen bei der Einleitung und Durchführung des allein gegenständlichen erbrechtlichen Verfahrens zur Erbenermittlung hinsichtlich des Erblassers, welche er bislang noch nicht einmal versucht hat, weder erkennbare Rechtsverletzungen noch Ungleichbehandlungen oder andere persönliche Risiken. Auch wenn der Beschwerdeführer eine Prozessführung vor den deutschen Gerichten bevorzugen würde, steht die internationale Zuständigkeit in erbrechtlichen Verfahren nicht zu seiner Disposition, zumal es sich bei Art. 11 EuErbVO um eine Notzuständigkeit in absoluten Ausnahmesituationen handelt (BeckOKG-EuErbVO, Art. 11 Rdnr. 8).

21 3. Da es aus den genannten Gründen vorliegend bereits an einer internationalen Zuständigkeit deutscher Gerichte fehlt, kommt es auf die Frage der örtlichen Zuständigkeit des AG München für die gegenständliche Anordnung der Nachlasspflegschaft nicht mehr entscheidungserheblich an.

22 Gleiches gilt für die Frage der Begründetheit des Antrags des Beschwerdeführers auf Bestellung eines Nachlasspflegers zur Erbenermittlung.

(...)

BEURKUNDUNGS- UND NOTARRECHT

18. Zum Verbot der systematischen Beurkundung mit vollmachtlosen Vertretern

BGH, Beschluss vom 08.07.2024, NotSt(Brfg) 3/23
(Vorinstanz: OLG Köln, Beschluss vom 11.10.2023, 36 Not 6/23)

BeurkG § 17 Abs. 1 und 2a
BNotO § 14 Abs. 1 und 3

LEITSATZ:

Soweit die Richtlinien der Notarkammer für die Amtspflichten und sonstigen Pflichten ihrer Mitglieder vorsehen, dass eine systematische Beurkundung mit vollmachtlosen Vertretern in der Regel unzulässig ist, kann dies nicht als ein über die gesetzliche Regelung des § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 1 BeurkG hinausgehendes Verbot verstanden werden. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf die Gestaltung des Beurkundungsverfahrens, soweit der Schutzzweck des § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 1 BeurkG, die Verbesserung des Verbraucherschutzes durch die notarielle Verfahrensgestaltung, betroffen ist. Insoweit verbleibt es bei dem bereits in der gesetzlichen Regelung des § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 1 BeurkG angelegten grundsätzlichen Verbot, Verbraucher durch einen vollmachtlosen Vertreter, der keine Vertrauensperson ist, vertreten zu lassen.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 Die Parteien streiten über die Berechtigung einer Disziplinarverfügung.

2 Die Klägerin ist Rechtsanwältin und wurde im Jahr 1995 zur Notarin bestellt unter Zuweisung des Amtssitzes in Rheine, wo sie seitdem tätig ist. Am 17.10.2019, 25.03.2021, 22.04.2021, 28.04.2021 und 03.05.2021 beurkundete sie jeweils einen Grundstückskaufvertrag, wobei für die Stadt Rheine als Verkäuferin jeweils eine Mitarbeiterin der Klägerin als vollmachtlose Vertreterin auftrat. Am 16.12.2020 beurkundete die Klägerin einen Kaufvertrag über Teileigentum, wobei für die Stadt Rheine als Käuferin eine Mitarbeiterin der Klägerin als vollmachtlose Vertreterin auftrat. Die Stadt Rheine hatte zuvor jeweils um diese Verfahrensweise gebeten. In allen Fällen lag vor der Beurkundung mindestens ein Vertragsentwurf vor.

3 Der Beklagte erlangte von diesen Vorgängen im Rahmen einer ordentlichen Geschäftsprüfung der Amtsgeschäfte der Klägerin Kenntnis und leitete ein Disziplinarverfahren gegen die Klägerin ein, mit dem er dieser vorwarf, durch den systematischen Einsatz eines vollmachtlosen Vertreters aufseiten der Stadt Rheine gegen die Grundsätze einer ordnungsgemäßen Gestaltung des Beurkundungsverfahrens (§ 17 Abs. 1 BeurkG, § 14 Abs. 1, Abs. 3 Satz 2 BNotO) verstoßen zu haben. Der Beklagte wertete die Vorgänge – gemeinsam mit weiteren, für das gerichtliche Verfahren nicht relevanten Vorwürfen – als einheitliches Dienstvergehen und verhängte eine Geldbuße i. H. v. 2.500 €.

4 Die hiergegen hinsichtlich der genannten Vorwürfe erhobene Anfechtungsklage der Klägerin hat Erfolg gehabt. Nach Auffassung des OLG verstieß der jeweilige Einsatz einer Mitarbeiterin der Klägerin als vollmachtlose Vertreterin der Stadt Rheine nicht gegen die Amtspflichten eines Notars. Das OLG hat die Disziplinarverfügung des Beklagten daher abgeändert und das Bußgeld wegen der verbleibenden, von der Klägerin nicht in Abrede gestellten Vorwürfe auf 1.750 € festgesetzt. Hiergegen wendet sich der Beklagte mit seinem Antrag auf Zulassung der Berufung, mit dem er sein Ziel der Abweisung der Anfechtungsklage weiterverfolgt.

5 II. Der Antrag auf Zulassung der Berufung ist zulässig, bleibt in der Sache aber ohne Erfolg. Ein Grund zur Zulassung der Berufung (§ 109 BNotO i. V. m. § 64 BDG i. V. m. § 124a Abs. 5 Satz 2, § 124 Abs. 2 VwGO) liegt nicht vor. Weder bestehen ernstliche Zweifel an der Richtigkeit des angefochtenen Urteils (§ 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO) noch hat der Beklagte eine grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache (§ 124 Abs. 2 Nr. 3 VwGO) aufgezeigt.

6 1. Ernstliche Zweifel an der Richtigkeit des angefochtenen Urteils im Sinne des § 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO sind nur gegeben, wenn der Antragsteller im Zulassungsverfahren einen einzelnen tragenden Rechtssatz oder eine einzelne erhebliche Tatsachenfeststellung mit schlüssigen Gegenargumenten infrage gestellt hat und sich dies auf die Richtigkeit des Ergebnisses auswirken kann (st. Rspr., zum Beispiel Senat, Beschluss vom 11.07.2022 NotZ(Brfg) 7/21, NJOZ 2022, 1179 Rdnr. 8 m. w. N.). Die hier angegriffene Entscheidung begegnet keinen solchen Bedenken.

7 a) Der Notar hat sein Amt getreu seinem Eid zu verwalten. Er hat nicht eine Partei zu vertreten, sondern die Beteiligten unabhängig und unparteiisch zu betreuen (§ 14 Abs. 1 BNotO). Der Achtung und des Vertrauens, die dem notariellen Amt entgegengebracht werden, hat sich der Notar durch sein Verhalten innerhalb und außerhalb des Amtes würdig zu zeigen. Er hat jedes Verhalten zu vermeiden, das den Anschein eines Verstoßes gegen seine Amtspflichten erzeugt, insbesondere durch den Anschein der Abhängigkeit oder Parteilichkeit (§ 14 Abs. 3 BNotO). Im Beurkundungsverfahren soll der Notar den Willen der Beteiligten erforschen, den Sachverhalt klären, die Beteiligten über die rechtliche Tragweite des Geschäfts belehren und ihre Erklärungen klar und unzweideutig in der Niederschrift wiedergeben. Dabei soll er darauf achten, dass Irrtümer und Zweifel vermieden sowie unerfahrene und ungewandte Beteiligte nicht benachteiligt werden (§ 17 Abs. 1 BeurkG). Das Beurkundungsverfahren ist entsprechend zu gestalten, weshalb der Notar bei Verbraucherverträgen darauf hinwirken soll, dass die rechtsgeschäftlichen Erklärungen des Verbrauchers von diesem persönlich oder durch eine Vertrauensperson vor dem Notar abgegeben werden (vgl. § 17 Abs. 2a Satz 1, Satz 2 Nr. 1 BeurkG).

8 Nach den – die gesetzlichen Pflichten freilich lediglich konkretisierenden (vgl. Senat, Beschlüsse vom 20.07.2015, NotSt(Brfg) 3/15, NJW-RR 2016, 442 Rdnr. 15 und vom 11.05.2009 NotZ(Brfg) 17/08, NJW-RR 2009, 1419 Rdnr. 14) – Richtlinien für die Amtspflichten und sonstigen Pflichten

der Mitglieder der für die Klägerin zuständigen Westfälischen Notarkammer vom 09.06.1999 (KammerReport der Westfälischen Notarkammer vom 23.06.2000 und vom 12.12.2000, zuletzt geändert durch Beschluss der Kammerversammlung vom 19.04.2023, KammerReport Ausgabe 3/2023 vom 13.06.2023) hat der Notar das Beurkundungsverfahren so zu gestalten, dass die vom Gesetz mit dem Beurkundungserfordernis erfolgten Zwecke erreicht werden, insbesondere die Schutz- und Belehrungsfunktion der Beurkundung gewahrt und der Anschein der Abhängigkeit oder Parteilichkeit vermieden wird. In der Regel unzulässig ist die systematische Beurkundung mit vollmachtlosen Vertretern (II. 1. a) der Richtlinien). Diese weit formulierte Bestimmung kann indessen nicht als ein über die gesetzliche Regelung hinausgehendes Verbot verstanden werden (vgl. Senat, Beschlüsse vom 20.07.2015 und vom 11.05.2009, jew. a. a. O.). Dies gilt insbesondere im Hinblick auf die Gestaltung des Beurkundungsverfahrens, soweit der Schutzzweck des § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 1 BeurkG, die Verbesserung des Verbraucherschutzes durch die notarielle Verfahrensgestaltung, betroffen ist. Insoweit verbleibt es bei dem bereits in der gesetzlichen Regelung des § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 1 BeurkG angelegten grundsätzlichen Verbot, Verbraucher durch einen vollmachtlosen Vertreter, der keine Vertrauensperson ist, vertreten zu lassen.

9 Dementsprechend ist die Regelung nach einer Stellungnahme der Westfälischen Notarkammer dergestalt auszulegen, dass es unter dem Gesichtspunkt des Schutzes der belehrungsbedürftigen Beteiligten auch zukünftig geschäftserfahrenen Beteiligten, die nicht belehrungsbedürftig seien, nicht verwehrt sei, sich auch systematisch vollmachtlos vertreten zu lassen. Zu beachten sei allerdings auch die Verhandlungsfunktion der Beurkundung, sodass es sinnvoll sein dürfte, dass beispielsweise eine Kommune durch eine Person vertreten werde, die Sachkenntnis habe, sodass Einzelheiten des Vertrages während der Beurkundung verhandelt werden könnten. Solle für den belehrungsbedürftigeren Vertragspartner im Einzelfall ein vollmachtloser Vertreter auftreten, dürfte es sich anbieten, zuvor einen Vertragsentwurf zu versenden und die Vertragsparteien aufzufordern, Änderungswünsche mitzuteilen (vgl. KammerReport der Westfälischen Notarkammer vom 15.09.2000, S. 39).

10 b) Nach diesen Grundsätzen ist es unter den Umständen des vorliegenden Einzelfalles nicht zu beanstanden, dass das OLG die von der Klägerin in sechs Fällen vorgenommene Beurkundung unter Einsatz einer eigenen Mitarbeiterin als vollmachtloser Vertreterin der Stadt Rheine nicht als Dienstvergehen gewertet hat. Hierbei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass bei den in Rede stehenden Verträgen die Stadt, eine Körperschaft des öffentlichen Rechts, beteiligt war. Im Einzelnen:

11 aa) Gegen die ihr gegenüber der Stadt Rheine obliegende Schutzpflicht hat die Klägerin nicht verstoßen. Die Stadt hat ihre vollmachtlose Vertretung durch einen Mitarbeiter der Klägerin selbst beantragt und im Vorfeld des Beurkundungstermins jeweils einen Vertragsentwurf zur Prüfung erhalten. Im Unterschied zum schutzbedürftigen Verbraucher (vgl. § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 1 BeurkG; BT-Drucks. 14/9266, S. 50 f.) ist sie als geschäftserfahrene Kommune in der Regel nicht belehrungsbedürftig (vgl. *Brambring*, DNotI-Report 1998, 184, 185; *Winkler*, BeurkG, 21. Aufl., § 17 Rdnr. 39; *ders.*, MittBayNot 1999, 2, 15; *Frenz* in Frenz/Miermeister, BNotO, 5. Aufl., § 17 BeurkG Rdnr. 33; *Weingärtner/Wöstmann*, Richtlinienempfehlungen BNotK/Richtlinien der Notarkammern, 2004, S. 199; vgl. auch *Vollhardt*, Sonderbeilage zu MittBayNot Heft 4/1999, S. 7, 11, zu der entsprechenden Bestimmung in der Richtlinie der Landesnotarkammer Bayern). Etwas anderes macht auch der Beklagte nicht geltend.

12 bb) Unter den Umständen des Streitfalles im Ergebnis nicht maßgeblich beeinträchtigt war auch die Verhandlungsfunktion der konkreten Beurkundungsverfahren. Zwar ist es grundsätzlich sinnvoll, dass sich auch eine Kommune im Beurkundungstermin durch eine Person vertreten lässt, die Sachkenntnis hat, sodass Einzelheiten des Vertrages während der Beurkundung verhandelt werden können (vgl. KammerReport der Westfälischen Notarkammer, a. a. O.; vgl. auch *Sandkühler* in Arndt/Lerch/Sandkühler, BNotO, 8. Aufl., § 14 Rdnr. 217; *Hagen*, RNotZ 2001, 40 f.) und dem anwesenden Vertragspartner der Kommune nicht nur die Wahl bleibt, den Vertrag so zu akzeptieren, wie er vorbereitet war, oder den Vertrag jedenfalls in diesem Termin nicht abzuschließen (vgl. *Strauß* in BeckOK-BNotO, Stand: 01.02.2024, RLEmBNotK II Rdnr. 42). Doch schließt dies nicht aus, im Einzelfall eine Beurkundung auch unter Einsatz eines vollmachtlosen Vertreters vorzunehmen, wenn der Verhandlungsfunktion im Vorfeld hinreichend Rechnung getragen und der Sachverhalt geklärt wurde. Hiervon ist unter den Umständen des Streitfalles auszugehen, da den Vertragsparteien in allen – insgesamt lediglich sechs – Fällen zuvor mindestens ein Vertragsentwurf, in einem Fall sogar vier Vertragsentwürfe zur Prüfung zugeleitet wurden.

13 Zu Recht hat das OLG in diesem Zusammenhang zudem darauf hingewiesen, dass auch ein Vertreter der Stadt größeren Änderungen am zuvor vereinbarten Vertragstext im Regelfall aufgrund der internen Weisungen ohne vorherige Rücksprache mit den zuständigen Gremien nicht zustimmen könne, sodass auch bei Anwesenheit eines Vertreters der Stadt bei entsprechendem Änderungsbedarf nur die Anberaumung eines neuen Beurkundungstermins bleibe. Insofern unterscheiden sich die Entscheidungsstrukturen der öffentlichen Hand regelhaft maßgeblich von denen einer privaten geschäftserfahrenen Vertragspartei wie etwa einem Bauträgerunternehmen.

14 cc) Anders als der Beklagte meint, hat die Klägerin in den konkreten Beurkundungsvorgängen nicht dadurch den Anschein der Abhängigkeit von oder der Parteilichkeit zugunsten der Stadt Rheine erweckt, dass sie dieser planmäßig ihre eigenen Mitarbeiter als vollmachtlose Vertreter zur Verfügung gestellt und damit eine kostenlose Serviceleistung erbracht habe. Dieser Vorwurf erscheint angesichts der absoluten Zahl der fraglichen Beurkundungsvorgänge – sechs über einen Zeitraum von rund 18 Monaten – fernliegend. Im Übrigen hatte die Stadt die Bestimmung des beurkundenden Notars in allen Fällen ihren Vertragspartnern überlassen, sodass die Beauftragung der Klägerin nicht etwa von

einem durch eine „kostenlose Serviceleistung“ erkauften Wohlwollen der Stadt, sondern von der Auswahlentscheidung von deren Vertragspartnern abhing. Hieran ändert der Umstand nichts, dass nach dem Vortrag des Beklagten – mit einer Ausnahme – auch die anderen in der Stadt Rheine ansässigen Notare dieser ihre Mitarbeiter als vollmachtlose Vertreter zur Verfügung stellen.

15 dd) Auf die vom OLG bejahte und vom Beklagen verneinte Frage, ob eine Amtspflichtverletzung der Klägerin auch deshalb ausscheidet, weil die fraglichen Beurkundungen in die Zeit der Corona-Pandemie fielen und die Beurkundung mit Mitarbeitern der Klägerin als vollmachtlose Vertreter der Stadt der wünschenswerten Reduzierung sozialer Kontakte dienten, kommt es hiernach nicht mehr an.

16 2. Wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache (§ 124 Abs. 2 Nr. 3 VwGO) ist die Berufung zuzulassen, wenn es im konkreten Fall auf eine Tatsachen- oder Rechtsfrage ankommt, die über den von der ersten Instanz entschiedenen Fall hinausgeht und an deren Klärung im Interesse der Einheit oder Fortbildung des Rechts auch für vergleichbare Fälle ein Interesse besteht. Klärungsbedürftig ist eine Rechtsfrage nur, wenn sie zweifelhaft ist, also über Umfang und Bedeutung einer Rechtsvorschrift Unklarheiten bestehen. Dies ist der Fall, wenn die Rechtsfrage vom BGH bisher nicht entschieden ist und von einigen Oberlandesgerichten unterschiedlich beantwortet wird oder wenn in der Literatur unterschiedliche Meinungen vertreten werden. Um die grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache ordnungsgemäß darzulegen (§ 124a Abs. 4 Satz 4 VwGO), ist es erforderlich, die durch das angefochtene Urteil aufgeworfene Rechtsfrage konkret zu benennen sowie ihre Klärungsbedürftigkeit und ihre Bedeutung für eine unbestimmte Vielzahl von Fällen im Einzelnen aufzuzeigen. Dabei müssen insbesondere auch Ausführungen dazu gemacht werden, aus welchen Gründen, in welchem Umfang und von welcher Seite die Rechtsfrage umstritten ist (st. Rspr., zum Beispiel Senat, Beschluss vom 19.07.2021 NotSt(Brfg) 1/21, NJW 2022, 70 Rdnr. 26 m. w. N.). Zudem ist die Entscheidungserheblichkeit für den konkreten Rechtsstreit darzulegen (Senat, Beschluss vom 22.03.2021 NotZ(Brfg) 9/20, NJOZ 2021, 762 Rdnr. 23 m. w. N.).

17 Der Beklagte macht mit seinem Zulassungsantrag lediglich geltend, dass die Frage, ob die von der Klägerin praktizierte Vorgehensweise der wiederholten Beurkundung von Verträgen der Stadt Rheine mit Mitarbeitern des Notariats als vollmachtlose Vertreter der Stadt geeignet sei, den Anschein der Abhängigkeit und Parteilichkeit zu erwecken, für alle weiteren Notare bedeutsam sei, welche auf die gleiche Art und Weise Beurkundungen für die Stadt vorgenommen hätten oder vornehmen wollten. Dies genügt nach den oben aufgezeigten Grundsätzen jedoch nicht, um eine Grundsatzbedeutung darzulegen.

18 Dessen ungeachtet ist die Rechtslage nach den vorstehenden Ausführungen unter II. 1. auch nicht unklar; der Zulassungsgrund der Grundsatzbedeutung daher auch in der Sache nicht gegeben.

(...)

ANMERKUNG:

Von Notar a. D. **David Sommer**, München

Die vom BGH im Rahmen eines Nichtannahmebeschlusses getroffene Entscheidung kann nur dem Einzelfall geschuldet gewesen sein. Schade ist, dass die Entscheidung gleichwohl mit einem irreführenden apodiktischen amtlichen Leitsatz versehen wurde. Dazu im Einzelnen:

1. Sachverhalt

Der Sachverhalt ist schnell zusammengefasst: Eine Notarin hat nach einem Disziplinarverfahren eine Geldbuße über 2.500 € erhalten, u. a. weil sie sechs Verträge zwischen Ende 2019 und Mitte 2021 mit ihren Mitarbeitern als vollmachtlose Vertreter für eine Stadt beurkundet hat.

2. Verfahrensgang

Für die Einordnung der Entscheidung ist die Betrachtung des Verfahrensgangs von besonderer Bedeutung: Nur gegen die genannten Vorwürfe in der Disziplinarverfügung hat die Notarin geklagt. Das OLG Köln hat der Klage stattgegeben und das wegen eines einheitlichen Dienstvergehens verhängte Bußgeld auf 1.750 € reduziert. Die Berufung wurde nicht zugelassen, § 109 BNotO, § 64 BDG, § 124 Abs. 2 VwGO. Gegen dieses erstinstanzliche Urteil des OLG Köln wendet sich nun der Beklagte, laut Vorinstanz der Präsident des zuständigen LG, mit einem Antrag auf Zulassung der Berufung. Zu prüfen hatte der BGH daher, ob die Berufung zuzulassen war, also insbesondere ob ernstliche Zweifel an der Richtigkeit des Urteils bestanden oder die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hatte. Beides verneint der BGH.

3. Zugrunde liegende Normen

Ferner seien die zugrunde liegenden berufsrechtlichen Normen kurz dargestellt: § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 1 BeurkG verlangt bei Verbraucherverträgen, dass die rechtsgeschäftlichen Erklärungen des Verbrauchers von diesem persönlich oder von einer Vertrauensperson vor dem Notar abgegeben werden. Diese besondere Verbraucherschutzvorschrift war aufseiten der Stadt ersichtlich nicht betroffen, da unabhängig von der im Einzelfall zu prüfenden Einordnung der Stadt als Unternehmerin[1] diese jedenfalls nie als Verbraucherin zu schützen ist, sondern anderenfalls hoheitlich tätig wird. Zu vergegenwärtigen ist stets, dass § 17 Abs. 2a Satz 2 BeurkG lediglich eine besondere Ausprägung der beurkundungsverfahrensrechtlichen Grundmaxime aus § 17 Abs. 2a Satz 1 BeurkG darstellt, der vom Notar unabhängig vom Vorliegen eines Verbrauchervertrags eine derartige Verfahrensgestaltung verlangt, dass die Beurkundungsverfahrenszwecke und damit auch der Schutz der vor Benachteiligung unerfahrener und ungewandter Beteiligter gewahrt bleiben. Von größerer Relevanz ist Ziffer II. 1 der Richtlinien, im konkreten Fall der Richtlinien für die Amtspflichten und sonstigen Pflichten der Mitglieder der Westfälischen Notarkammer, die insoweit den Richtlinien für die Amtspflichten

1 Vgl. hierzu ausführlich BeckOGK-BeurkG/*Regler*, Stand: 01.09.2024, § 17 Rdnr. 171 m. w. N.

und sonstigen Pflichten der Mitglieder der LNotK Bayern nach § 67 Abs. 2 BNotO entsprechen. Diese sehen u. a. vor, dass die systematische Beurkundung mit vollmachtlosen Vertretern in der Regel unzulässig ist.

4. Rechtsaktsqualität der Richtlinien

An dieser Stelle lohnt es, noch weiter aus dem konkreten Sachverhalt für eine grundsätzlichere Betrachtung herauszuzoomen: Die jeweiligen Richtlinien der Notarkammern werden als Satzungen ebendieser auf der Grundlage von § 67 Abs. 2 BNotO erlassen. Diese Satzungsgrundlage definiert diejenigen berufsrechtlichen Pflichten aus der BNotO, die durch die Richtlinien näher bestimmt und dabei auch ausgestaltet werden dürfen.[2] Eine entsprechende Kompetenz enthält das BeurkG nicht. Ziffer II. 1 der Richtlinien der Notarkammern beruht dabei auf § 67 Abs. 2 Satz 3 Nr. 1 und 2 BNotO, also dem Schutz der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit. Gemäß dem u. a. in Bezug genommenen § 14 Abs. 3 Satz 2 BNotO ist dabei bereits der bloße Anschein der Abhängigkeit oder Parteilichkeit zu vermeiden. § 67 Abs. 2 BNotO wurde durch das Dritte Gesetz zur Änderung der BNotO und anderer Gesetze vom 31.8.1998 geschaffen. Im Gesetzesentwurf der Bundesregierung heißt es in Bezug auf § 67 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2, § 14 Abs. 3 BNotO, dass die entsprechende Satzungsermächtigung „den Notarkammern die Möglichkeit [gebe], die gestellten Anforderungen zu konkretisieren. Gegenstand einer solchen näheren Regelung können etwa auch die Sicherstellung der Grundsätze des § 14 Abs. 3 bei der Ausgestaltung notarieller Verfahren zum Beispiel im Hinblick auf § 17 BeurkG – (sic!) sein".[3] Diesen vom Gesetzgeber vorgesehenen Konnex zwischen dem Verbot des Anscheins von Abhängigkeit und Parteilichkeit und der Gestaltung des Beurkundungsverfahrens übersieht der BGH in vorliegendem Beschluss.

5. Richtlinien können zwar nicht das BeurkG ausgestalten …

Nun zurück zum Fall: Entsprechend den Ausführungen im vorstehenden Absatz ist die Feststellung des BGH im Grundsatz richtig, dass die Richtlinien nicht die Pflichten aus § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 1 BeurkG näher ausgestalten, also konkrete Vorgaben zu Verbraucherverträgen, Vertrauenspersonen oder Hinwirkungspflichten machen können. Dafür fehlt schlicht die Rechtsgrundlage. Eine solche Konkretisierung des § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 1 BeurkG enthalten die Richtlinien auch nicht. Missverständlich mag insofern sein, dass in Ziffer II. 1 der Richtlinien im ersten Satz erst am Satzende auf die Vermeidung des Anscheins von Abhängigkeit und Parteilichkeit abgestellt wird, zuvor aber auf die Schutz- und Belehrungsfunktion des Beurkundungsverfahrens.

6. … aber sehr wohl die BNotO

Zu kurz greift der BGH gleichwohl, wenn er in Bezug auf das Richtlinienverbot der systematischen Beurkundung mit vollmachtlosen Vertretern lapidar feststellt, dass „[d]iese weit formulierte Bestimmung […] indessen nicht als ein über die gesetzliche Regelung [gemeint ist § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 1 BeurkG] hinausgehendes Verbot verstanden werden" kann. Präziser hat der BGH bei den beiden in diesem Zusammenhang zitierten Vorentscheidungen formuliert. So sei nach Beschluss vom 11.05.2009[4] „zu beachten, dass sich die Satzungsgewalt der Notarkammern darin erschöpft, bereits **in der BNotO** [Hervorhebung durch den Verfasser] angelegte Berufspflichten zu konkretisieren". Der BGH stellt dann später fest, dass es durchaus Aufgabe der Richtlinie ist, abstrakte Verbote mit konkretisierten Vorgaben auszugestalten.[5] Noch konkreter und auch inhaltlich im Bereich von Ziffer II. 1 der Richtlinien wird der BGH in seinem Beschluss vom 20.07.2015, in dem er zunächst das vorzitierte Zitat wiederholt, um sodann festzuhalten, dass ein mit gesetzlichen Vorschriften unvereinbares Verhalten auch ohne Richtlinienbestimmung berufsrechtswidrig bleibt, ebenso wie ein vom Gesetz zugelassenes Verhalten auch durch eine Richtlinienbestimmung nicht als Verstoß gegen Berufsrecht deklariert werden kann.[6] Auch in diesem Nichtannahmebeschluss gelangt der BGH allerdings nicht zu einer Differenzierung zwischen Pflichten aus der BNotO und aus dem BeurkG, sondern vermengt beides. Letztlich kam es damals aber nicht auf diese Unterscheidung an, weil schon ein Verstoß gegen § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 1 BeurkG vorlag und die zur Verteidigung herangezogenen großzügigeren Richtlinien als für diesen Zweck nicht tauglich eingestuft wurden.[7]

7. Konsequenzen für den vorliegenden Fall

Demnach hätte sich der BGH im konkreten Fall nicht darauf beschränken dürfen, einen Verstoß gegen § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 1 BeurkG auszuschließen. Vielmehr hätte er wie in der Vorinstanz das OLG Köln[8] weiter prüfen müssen, ob das gerügte systematische Beurkunden mit vollmachtlosen Vertretern im Sinne der vorstehend zitierten Gesetzesbegründung einen Verstoß gegen die Richtlinienkonkretisierung des § 14 Abs. 3 Satz 2 BNotO, also gegen das Gebot zur Vermeidung bereits des Anscheins von Abhängigkeit und Parteilichkeit, darstellt. Die systematische vollmachtlose Vertretung ist abstrakt geeignet, einer Vertragsseite einen Vorteil zu verschaffen, also den Anschein der Parteilichkeit zu wecken. Vorteilhaft mag aus Beteiligtensicht bereits sein, Kosten, Zeit und Aufwand eines Notartermins zu sparen, auch wenn das OLG

2 Hierzu im Detail der leider nur an anderer Stelle in der besprochenen Entscheidung zitierte Vollhardt mit überzeugender Begründung, Sonderbeilage zu MittBayNot Heft 4/1999, Teil B.

3 BR-Drucks. 890/95, S. 31.

4 NotZ(Brfg) 17/08, NJW-RR 2009, 1419 Rdnr. 14.

5 BGH, a. a. O.

6 NotSt(Brfg) 3/15, NJW-RR 2016, 442 Rdnr. 15.

7 BGH, a. a. O. Rdnr. 11.

8 Urteil vom 11.10.2023, 36 Not 6/23; allerdings prüft das OLG Köln in der Sache nicht konsequent an § 14 Abs. 3 BNotO orientiert, sondern stellt nur die fehlende Benachteiligung der Stadt anhand von § 17 Abs. 2a Satz 2 BeurkG fest.

Köln insoweit richtigerweise vom „Genuss der maßgeblichen Beurkundungsverhandlung“ spricht.[9] Dies gilt umso mehr, wenn sich der Beteiligte nicht um einen Vertreter kümmern muss, sondern der Notar ihm diesen anbietet.[10] Noch mehr prägt aber einen etwaigen Anschein der Parteilichkeit, wenn der Notar im Termin Änderungswünsche der anwesenden Vertragsseite nicht einer Verhandlung zuführen kann, sondern er die anwesende Vertragsseite auf eine bedingungslose Akzeptanz des Entwurfs oder auf einen erneuten Termin verweisen muss. Zudem entsteht selbst bei Akzeptanz des Entwurfs kein Vertrag, sondern dieser wird erst mit Genehmigung der vollmachtlosen Vertretung wirksam. Irrelevant für die Beurteilung eines Verstoßes gegen die Richtlinien ist daher das Argument bereits des OLG Köln und des BGH, dass die Notarin gegen keine gegenüber der Stadt obliegende Schutzpflicht (insbesondere aus § 17 Abs. 2a Satz 2 BeurkG) verstoßen habe, weil es gerade um den möglicherweise entstehenden Anschein der Parteilichkeit zulasten der anderen Vertragsseite geht.[11]

Nur im Hinblick auf den konkreten Einzelfall und nur im Ergebnis richtig sind die Ausführungen, dass keine maßgebliche Beeinträchtigung vorliege.[12] Die ausführliche Sachverhaltsklärung und Aushandlung eines Vertrags im Vorfeld kann im Einzelfall durchaus einen sachlichen Grund darstellen, der einer vollmachtlosen Vertretung die verbotene Systematik nimmt, die gemeinhin in der Rechtsprechung als planmäßig und missbräuchlich definiert wird.[13] Hieran sind strenge Maßstäbe zu stellen, da die Beurkundungsverhandlung naturgemäß der Kulminationspunkt jeglicher Verhandlungen im Vorfeld ist. Die Übersendung nur eines Entwurfs wie bei den meisten gerügten Fällen genügt diesem Anspruch hingegen nicht. Die hypothetische Betrachtung der Beurkundungssituation mit anwesendem Vertreter der Stadt, der aufgrund von Weisungen ebenfalls keine Änderungen am Vertrag vornehmen lassen dürfte, führt vielleicht zu einer vergleichbar schlechten Verhandlungssituation des anderen Vertragsteils in der Beurkundungsverhandlung, aber zu einer gänzlich anderen Außenwirkung im Hinblick auf das Verbot des Anscheins der Abhängigkeit und Parteilichkeit aus § 14 Abs. 3 BNotO. Im hypothetischen Fall ist es nämlich der Vertreter der Stadt, der Vertragsänderungen im Hinblick auf seine eingeschränkte Verhandlungsmacht ablehnen wird, nicht aber der Notar. Zu kurz greift das OLG Köln bei seiner Aussage, dass „unproblematisch“ Änderungen möglich bleiben, solange sie nicht gravierend sind, weil der präsente Urkundsbeteiligte immer das (Kosten-)Risiko der Nichtgenehmigung trägt.[14] Auch die in der Vorinstanz als Argument herangezogene fehlende Verfügbarkeit von Mitarbeitern kann kein sachlicher Grund für die Aufspaltung sein, weil man damit die Einhaltung der Richtlinien ins Belieben eines Beteiligten stellen würde.[15]

Erst unter Einbeziehung des Charakters der Stadt als öffentlichrechtliche Körperschaft mit der entsprechenden Bindung an Recht und Gesetz ist meines Erachtens im konkreten Fall das Ergebnis des BGH richtig: Die Stadt darf Verträge nicht nach Belieben aushandeln, sondern ist insbesondere kommunalrechtlich festgelegt.[16] Hierauf kann der Notar verweisen, ohne dass ein Anschein der Parteilichkeit oder Abhängigkeit entsteht. Dies gilt umso mehr, je größer die Pflichtenbindung der Stadt wird, also insbesondere bei hoheitlicher Tätigkeit. Daher ist das Verfahren der Notarin nicht missbräuchlich, sondern von ihrer Verfahrenshoheit gedeckt.

Entgegen der Meinung des BGH exkulpiert die Notarin im Übrigen nicht schon, dass jeweils der andere Vertragsteil den Notar frei wählen durfte.[17] Das mag dazu führen, dass kein Anschein der Abhängigkeit entsteht, besagt aber nichts über einen Anschein der Parteilichkeit im Hinblick auf das spätere Verhalten. Auch dass alle anderen Notare in der betreffenden Stadt mit einer Ausnahme ebenfalls ihre Mitarbeiter für vollmachtlose Beurkundungen zur Verfügung stellen, führt zu keiner anderen Betrachtung im Hinblick auf einen etwaigen Anschein der Parteilichkeit für den jeweiligen Vertragsteil.

Wenn man nicht schon aufgrund der Gesetzesbindung der Stadt eine systematische vollmachtlose Vertretung mit der Folge eines Anscheins von Abhängigkeit oder Parteilichkeit verneinen würde, hätte man zudem im konkreten Fall noch einbeziehen müssen, dass es sich um sechs Einzelfälle über 18 Monate verteilt handelte, die zudem zum Teil noch in die Zeit der Beschränkungen der Pandemie fielen.[18]

Im Ergebnis bleibt eine richtige Entscheidung mit falscher Begründung und irreführendem Leitsatz.

9 OLG Köln, a .a. O. Rdnr. 30.

10 Der BGH spricht insoweit von einer „kostenlosen Serviceleistung“, Rdnr. 14.

11 Rdnr. 11 der besprochenen Entscheidung; OLG Köln, a .a. O. Rdnr. 26.

12 Rdnr. 12 der besprochenen Entscheidung.

13 BeckOK-BNotO/*Strauß*, Stand: 01.08.2024, RLEmBNotK II. Das nach § 14 Abs. 3 BNotO zu beachtende Verhalten Rdnr. 39.

14 OLG Köln, a. a. O. Rdnr. 31.

15 In einer vergleichbaren Fallkonstellation mit Aufspaltung in Angebot und Annahme so bereits richtigerweise BGH, Beschluss vom 28.08.2019, NotSt(Brfg) 1/18, MittBayNot 2020, 489 Rdnr. 53 ff. mit Anm. *Sandkühler*.

16 Im anderen Kontext sah der BGH den Anschein der Abhängigkeit und Parteilichkeit, wenn ein Notar regelmäßig in den Räumlichkeiten einer Kommune Urkundstätigkeiten vornimmt: BGH, Beschluss vom 22.03.2021, NotSt(Brfg) 4/20, MittBayNot 2021, 616 mit zutr. Anm. *Raff*.

17 Rdnr. 14 der besprochenen Entscheidung.

18 Hierzu ausführlicher OLG Köln, a. a. O. Rdnr. 27 f.

19. Zum Aufforderungsverfahren

OLG Dresden, Endurteil vom 09.02.2024, Not 2/23

BNotO § 5a Satz 2, § 7 Abs. 7 Satz 2 Nr. 3

LEITSÄTZE:

1. **Nach § 7 Abs. 7 Satz 2 Nr. 3 BNotO braucht der aufzufordernde Notarassessor den dreijährigen Anwärterdienst nicht vor Ablauf der Bewerbungsfrist geleistet zu haben; vielmehr genügt es in systematischer Auslegung (vgl. § 5a Satz 2 BNotO), dass der Anwärterdienst bis zum Besetzungszeitpunkt absolviert ist.**
2. **Die der Justizverwaltung nach § 4 BNotO abverlangte individuelle Bedürfnisprüfung umfasst die Feststellung, ob die Lebensfähigkeit der wieder zu besetzenden Notarstelle gesichert erscheint.**
3. **Für die Frage, welcher Notarassessor aufzufordern ist, kommt es nicht auf den Zeitpunkt des angegriffenen Aufforderungsbescheides, sondern auf denjenigen des festgelegten Stichtags an.**

AUS DEN GRÜNDEN:

1 Der klagende Notarassessor wendet sich gegen einen Bescheid des Beklagten mit Aufforderungen zur Bewerbung auf Notarstellen in M(...) und R(...) sowie mit der Androhung der Entlassung.

2 Der Kläger wurde zum 01.10.2019 zum Notarassessor ernannt. Mit Schreiben vom 26.01.2023 beantragte er eine Beurlaubung bis zum 30.09.2023, da er zur Betreuung seines Kindes ins Ausland ziehen müsse. Mit Bescheid vom 22.02.2023 lehnte die Notarkammer (...) den Antrag bestandskräftig ab. Seit 01.05.2023 ist er Notariatsverwalter der Notarstelle mit Amtssitz in R(...). Im Sächsischen Justizministerialblatt Nr. 5/2022 vom 31.05.2022 hat der Beklagte u. a. Notarstellen mit Amtssitz in M(...) (...) und in R(...) (yyy) bei einer Bewerbungsfrist bis zum 22.06.2022 ausgeschrieben. Dabei wurde darauf hingewiesen, dass eine Besetzung zum 01.10.2022 vorgesehen ist und deshalb Bewerbungen von Notarassessorinnen und Notarassessoren entgegengesehen wird, die zu diesem Stichtag ihre dreijährige Mindestanwärterdienstzeit vollendet haben. Bewerbungen sind nicht eingegangen. Der Beklagte leitete daraufhin ein Aufforderungsverfahren nach § 7 Abs. 7 Satz 2 Nr. 3 BNotO ein und hörte mit Schreiben vom 20.10.2022 den Kläger und den Notarassessor T(...) H(...), der seit 01.10.2020 Geschäftsführer der Notarkammer (...) ist, hierzu an. Mit E-Mail vom 07.10.2022 bekundete Rechtsanwalt und Notar B(...) aus Nordrhein-Westfalen sein Interesse an der Notarstelle in R(...). Mit Bescheid vom 04.05.2023 forderte der Beklagte den Kläger auf, sich binnen einer Frist von einem Monat ab Zustellung dieses Bescheides auf die Notarstelle mit Amtssitz in M(...) (Ziffer I.) oder die Notarstelle mit Amtssitz in R(...) (Ziffer II.) zu bewerben. Ziffer III. räumte dem Kläger ein Wahlrecht zwischen diesen beiden Notarstellen ein. In Ziffer IV. drohte der Beklagte dem Kläger die Entlassung aus dem Dienst als Notarassessor im Freistaat Sachsen für den Fall der Nichtbewerbung innerhalb der Frist eines Monats ab Zustellung dieses Bescheids an.

3 Gegen den dem Kläger am 10.05.2023 zugestellten Bescheid erhob der Kläger beim OLG Dresden mit Schriftsatz vom 27.05.2023 Anfechtungsklage, die er mit Schriftsatz vom 14.08.2023 begründete.

4 Der Kläger hält die Voraussetzungen für ein Aufforderungsverfahren nach § 7 Abs. 7 Satz 2 Nr. 3 BNotO nicht für gegeben. Zum Zeitpunkt des Ablaufs der Bewerbungsfrist am 21.06.2022 habe er den dreijährigen Anwärterdienst noch nicht abgeleistet gehabt, sodass er nicht zur Bewerbung aufgefordert werden durfte. Zur Auslegung der Eingriffsnorm dürfe § 5a Satz 2 BNotO nicht erweiternd herangezogen werden. Eine Wiederbesetzung der ausgeschriebenen Notarstellen sei wegen zu geringen, rückläufigen Urkundenaufkommens an der jeweiligen Notarstelle nicht erforderlich. Der Kläger macht weiter geltend, sein in Polen lebendes Kind erfordere eine Versorgung, die einen hinreichenden Grund für ihn darstelle, die Bewerbung zu unterlassen. Auch seien zum Zeitpunkt des angegriffenen Aufforderungsbescheides vom 04.05.2023 nicht alle bestellungsreifen Notarassessoren in die Auswahl einbezogen worden. Die Stellen hätten wegen weiterer Besetzungsmöglichkeiten erneut ausgeschrieben und das Aufforderungsverfahren deshalb abgebrochen werden müssen.

5 Der Kläger beantragt,

den Bescheid des Sächsischen Staatsministeriums der Justiz und für Demokratie, Europa und Gleichstellung vom 04.05.2023, 3835 E-III 2-(...)/2022 und 3835 E-III 2-(...)/2022, aufzuheben.

6 Der Beklagte beantragt, die Klage abzuweisen.

7 Der Beklagte vertritt die Auffassung, der Kläger sei wirksam zur Bewerbung aufgefordert und ermessensfehlerfrei ausgewählt worden. Maßgeblich sei, dass zu dem nach § 5a Satz 2 BNotO bestimmten Besetzungszeitpunkt als festgelegtem Stichtag die dreijährige Anwärterzeit erfüllt sei. Nach der erforderlichen amtsbereichsbezogenen Betrachtung bestehe ein Bedürfnis zur Wiederbesetzung der beiden Notarstellen, zumal stellenbezogene Aspekte dem nicht entgegenstünden. Der Kläger, der sich auf die zugleich ausgeschriebenen Notarstellen in D(...) beworben habe, sei uneingeschränkt dienstfähig. Die Entscheidung sei verhältnismäßig. Ein milderes Mittel zur Besetzung der Stellen habe mangels weiterer Bewerbungen und Bewerbungszusagen nicht zur Verfügung gestanden.

8 Die Klage ist unzulässig, soweit sie sich gegen Ziffer III. des Bescheids vom 04.05.2023 wendet, wodurch dem Kläger ein ihn nicht belastendes Wahlrecht eingeräumt wird. Hinsichtlich Ziffer I., II. und IV. ist die Klage zulässig und teilweise begründet. Gegen Ziffer I. und IV. des Bescheids vom 04.05.2023 dringt sie durch. Hinsichtlich Ziffer II. hat sie nur insoweit Erfolg, als der Fristbeginn aufzuheben war.

9 A. Die Klage ist als Anfechtungsklage statthaft, § 111b Abs. 1 Satz 1 BNotO i. V. m. § 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO. Der Kläger strebt die Aufhebung des Bescheids des Beklagten vom 04.05.2023 an. Die darin enthaltenen Aufforderungen

zur Bewerbung (Ziffer I. und II.) mit der Androhung der Entlassung (Ziffer IV) stellen jeweils einen ihn belastenden Verwaltungsakt dar.

10 Zwar ist die Aufforderung zur Stellenbewerbung keine abschließende Anordnung und kann nicht erzwungen werden. Ihr kommt gleichwohl ein unmittelbar regelnder Gehalt zu (BeckOK-BNotO/*Sommer*, Stand: 01.08.2023, § 7 Rdnr. 92). Denn der ausgewählte Assessor kann sich nur noch auf eine der angebotenen Stellen bewerben und ist aufgrund der Sperrwirkung der Aufforderung von allen anderen Stellen ausgeschlossen (BeckOK-BNotO/*Sommer*, § 7 Rdnr. 89; HK-Notarrecht/*Kobitzsch*, § 7 BNotO Rdnr. 24; Diehn, BNotO, § 7 Rdnr. 47; zweifelnd *Schlick*, ZNotP 2009, 450, 453 f.). Vor allem beschwert ihn bei einem Zwangsbesetzungsverfahren mittelbar, dass seine Weigerung die Entlassung zur Folge haben kann. Auch der Androhung der Entlassung aus dem Anwärterdienst kommt ein eigenständiger Regelungsgehalt zu, weil der Rechtsschutz gegen eine Entlassungsverfügung zu spät käme (Schippel/Bracker/*Bracker*, BNotO, § 7 Rdnr. 113).

11 Nicht belastender Natur ist hier dagegen Ziffer III., die dem Kläger ein Wahlrecht hinsichtlich beider Stellen einräumt. Die Anfechtungsklage ist auch im Übrigen zulässig, insbesondere form- und fristgerecht nach Zustellung des Bescheids des Beklagten vom 04.05.2023 gegen diesen erhoben worden, § 74 Abs. 1 Satz 2, § 57 Abs. 2, § 68 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 VwGO, § 222 Abs. 2 ZPO, § 188 Abs. 2 BGB, § 111c Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BNotO. Der Senat ist sachlich zuständig, weil es sich um eine verwaltungsrechtliche Notarsache handelt, § 111 Abs. 1 BNotO.

12 B. Ziffer I. – Notarstelle (...)

Die Klage ist hinsichtlich Ziffer I. des Bescheides vom 04.05.2023 begründet. Die an den Kläger ergangene Aufforderung zur Bewerbung auf die Notarstelle mit Amtssitz in M(...) (...) ist rechtswidrig und beeinträchtigt ihn in seinen Rechten.

13 I. Der Bescheid vom 04.05.2023 ist in Ziffer I. rechtswidrig. Nach § 7 Abs. 7 Satz 2 Nr. 3 BNotO kann ein Notarassessor entlassen werden, wenn er nach Ableistung des dreijährigen Anwärterdienstes sich ohne hinreichenden Grund um eine ihm von der Landesjustizverwaltung angebotene Notarstelle nicht bewirbt, die zuvor ausgeschrieben worden ist und die mangels geeigneter Bewerbungen nicht besetzt werden konnte. Die Entscheidung, von der danach vorausgesetzten Möglichkeit der Aufforderung zur Bewerbung Gebrauch zu machen, steht im Ermessen des Beklagten. Bei seiner Entscheidung, diesen Weg zu beschreiten, hat der Beklagte hier ermessensfehlerhaft gehandelt.

14 1. Allerdings scheitert entgegen der Auffassung des Klägers das Aufforderungsverfahren nicht daran, dass sein dreijähriger Anwärterdienst, den er am 01.10.2019 begonnen hatte, zum Zeitpunkt der Ausschreibung am 31.5.2022 und zum Zeitpunkt des Ablaufs der Bewerbungsfrist im Stellenausschreibungsverfahren am 21.06.2022 noch nicht beendet war. Beides verlangt die Vorschrift nicht. Vielmehr muss danach das Ende des Anwärterdienstes vor der Nichtbewerbung liegen. Dem Gesetzeswortlaut lässt sich entgegen der Auffassung des Klägers nicht entnehmen, dass für die Nichtbewerbung auf das Ende der Bewerbungsfrist – hier am 21.06.2022 – abzustellen ist. Es genügt in systematischer Auslegung (vgl. § 5a Satz 2 BNotO), dass der aufzufordernde Notarassessor den dreijährigen Anwärterdienst zum Besetzungszeitpunkt geleistet hat (BeckOK-BNotO/*Sommer*, § 7 Rdnr. 86).

15 Zwar soll nach § 5a Satz1 BNotO im Stellenbesetzungsverfahren zum hauptberuflichen Notar nur bestellt werden, wer bei Ablauf der Bewerbungsfrist einen dreijährigen Anwärterdienst als Notarassessor geleistet hat und sich im Anwärterdienst des Landes befindet, in dem er sich um die Bestellung bewirbt. § 5a Satz 2 BNotO räumt jedoch der Landesjustizverwaltung die Möglichkeit zur Bestimmung ein, dass der dreijährige Anwärterdienst erst zum Zeitpunkt der Bestellung geleistet sein muss. Dieses Bestimmungsrecht hat der Beklagte mit der Ausschreibung im Sächsischen Justizministerialblatt Nr. 5/2022 vom 31.05.2022 und dem Hinweis auf die geänderte Verwaltungspraxis wirksam ausgeübt. Stichtag der voraussichtlichen Besetzbarkeit der Stelle war hier der 01.10.2022. Das Bestimmungsrecht aus § 5a Satz 2 BNotO würde unterlaufen, wenn die Nichtbewerbung stets auf den Ablauf der Bewerbungsfrist nach § 5a Satz 1 BNotO bezogen bzw. mit dem Kläger davon ausgegangen würde, dass § 5a BNotO nur im Rahmen einer regulären Ausschreibung, nicht aber im Aufforderungsverfahren gelte. Dann könnten sich Anwärter, die ihren Dienst nach Ablauf der Bewerbungsfrist bis zum Zeitpunkt der voraussichtlichen Bestellung beenden, bewerben, wären aber unberechtigterweise vor einer Zwangsbewerbung geschützt.

16 Auch die Gesetzesbegründung zu § 7 Abs. 7 Satz 2 Nr. 3 BNotO (BT-Drucks. 11/6007, S. 12) bringt nicht zum Ausdruck, dass der Anwärterdienst vor dem Ablauf der Bewerbungsfrist enden müsse. Die Aussage, von Notarassessoren, die den Anwärterdienst durchlaufen haben, solle verlangt werden können, dass sie sich um eine von der Landesjustizverwaltung angebotene Notarstelle, die anderweit nicht besetzt werden konnte, bewerben, ist auch damit vereinbar, dass der Anwärterdienst nach der Bewerbungsfrist zum Zeitpunkt der Bestellung endet. Dass die Begründung des Regierungsentwurfs zu § 5a BNotO (BT-Drucks. 19/26828, S. 112) darauf abstellt, der abweichende Zeitpunkt müsse vor demjenigen der Bestellung liegen, ist unerheblich, weil dies im klaren Gesetzeswortlaut wonach der Anwärterdienst „erst“ zum Zeitpunkt der Bestellung geleistet sein muss, keinen Niederschlag gefunden hat.

17 Der Zweck von § 7 Abs. 7 Satz 2 Nr. 3 BNotO besteht darin, die Besetzung von Notarämtern auch in wirtschaftlich strukturschwächeren Gebieten zur flächendeckenden Versorgung mit notariellen Leistungen erzwingen zu können (BT-Drucks. 11/6007, S. 12; Frenz/Miermeister/*Baumann*, BNotO, 5. Aufl. 2020, § 7 Rdnr. 55). Das erfordert nicht, dass der Anwärterdienst schon bei Ablauf der Bewerbungsfrist und nicht erst zum Besetzungszeitpunkt geleistet ist. Unabhängig davon, dass § 5a Satz 2 BNotO einer faktischen Verlängerung der Mindestanwärterdienstzeit entgegenwirken soll, wird der Anwärterdienst dadurch jedenfalls nicht verkürzt, sodass keine Ausnahme von der Regel vorliegt,

dass Notarassessoren erst nach drei Jahren Anwärterdienst zum Notar bestellt werden dürfen.

18 Das Ende des Anwärterdienstes muss demnach vor der Nichtbewerbung im Sinne von § 7 Abs. 7 Satz 2 Nr. 3 BNotO liegen, die allerdings nicht auf den Ablauf der Bewerbungsfrist bezogen sein muss, sondern für die auch – wie hier – der Zeitpunkt der Bestellung maßgeblich sein kann.

19 2. Ein Aufforderungsverfahren nach § 7 Abs. 7 Satz 2 Nr. 3 BNotO darf nach dem aufgezeigten Normzweck nur bei Vorliegen einer entsprechenden Nachfrage nach notariellen Diensten durchgeführt werden (*Schlick*, ZNotP 2009, 450, 453; BeckOK-BNotO/*Sommer*, § 7 Rdnr. 92). Dass eine Bedürfnisprüfung vorzunehmen ist, legt § 4 Satz 1 BNotO ausdrücklich und verfassungsrechtlich bedenkenfrei (BVerfGE 17, 371) als Grundsatz fest. Sie hat sich an den Erfordernissen einer geordneten Rechtspflege auszurichten. Das Abstellen hierauf begrenzt das der Landesjustizverwaltung eingeräumte weite Organisationsermessen, das von den Gerichten lediglich darauf nachgeprüft werden kann, ob die Behörde die gesetzlichen Grenzen des Ermessens überschritten oder von ihrem Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch gemacht hat (vgl. BGHZ 67, 348; BGHZ 73, 54). Dies ist indessen hier der Fall, weil die Rechtspflege für eine nicht lebensfähige Notarstelle nicht geordnet ist.

20 a) Nach § 4 BNotO sind insbesondere das Bedürfnis nach einer angemessenen Versorgung der Rechtsuchenden mit notariellen Leistungen und die Wahrung einer geordneten Altersstruktur des Notarberufs zu berücksichtigen. Das Bedürfnis der Rechtsuchenden nach notariellen Leistungen ist in erster Linie aus den bisher von den Notaren vorgenommenen Beurkundungsgeschäften zu entnehmen.

21 (1) Dabei ist – entgegen der Auffassung des Klägers – das Versorgungsbedürfnis im jeweiligen Amtsbereich (§ 10a BNotO) maßgebend (BGH, ZNotP 2023, 389; DNotZ 1980, 177; Schippel/Eschwey/*Eschwey*, BNotO, 11. Aufl., § 4 Rdnr. 12 f.).

22 Die Zuweisung eines bestimmten Amtssitzes hat nicht zur Folge, dass die Tätigkeit des Notars auf die dort anfallenden Notariatsgeschäfte beschränkt ist. Vielmehr erstreckt sich sein räumlicher Tätigkeitsbereich regelmäßig auf den Amtsgerichtsbezirk, in dem der Amtssitz liegt. Es ist deshalb auch sachdienlich, jedenfalls aber nicht ermessensfehlerhaft, von dem Bedarf des betreffenden Amtsgerichtsbezirkes bei der Bedürfnisprüfung auszugehen (vgl. BGH, DNotZ 1973, 171; 1980, 704; 1981, 307, 309; 1982, 372).

23 Dementsprechend stellt auch der Senat in ständiger Rechtsprechung darauf ab, dass die „geordnete Rechtspflege“ nicht von der vakanten Notarstelle, sondern von der Gesamtheit aller Notariate im AG-Bezirk bestimmt wird. Damit geht einher, dass sich die Entscheidung nach § 4 BNotO nicht an einzelnen Notarstellen des fraglichen Bezirks, sondern am dortigen Durchschnittsnotariat orientieren kann (so bereits der Senat mit Beschluss vom 06.10.1999, DSNot 13/99, S. 8).

24 (2) Die Landesjustizverwaltung hat dabei insbesondere die aus dem Gleichbehandlungsgebot folgende Bindung durch ständige Verwaltungsübung zu beachten (st. Rspr.; vgl. u. a. BGH, DNotZ 1982, 372 und 1985, 507). Sie besteht beim Beklagten darin, eine frei werdende Notarstelle in der Regel zur Wiederbesetzung auszuschreiben, wenn das durchschnittliche bereinigte Urkundenaufkommen im betreffenden Amtsbereich den oberen Versorgungsrichtwert von 1.400 bereinigten Urkunden/Jahr erreicht oder übersteigt. Fallen im Amtsbereich weniger als durchschnittlich 1.200 bereinigte Urkunden/Jahr an, wird eine frei werdende Notarstelle in der Regel eingezogen. Im Korridor zwischen 1.200 und 1.400 Urkunden/Jahr müssen die Gründe für eine Wiederbesetzung umso gewichtiger sein, je näher das Urkundenaufkommen an der unteren Grenze von 1.200 bereinigten Urkunden liegt.

25 (3) Die Entwicklung des Geschäftsanfalls der bereinigten Urkunden/Jahr in den vier D(...) Notariaten weist sowohl im Durchschnitt 2018-2022 mit 1.690,54 (bis 2023: 1.648,41) als auch im Durchschnitt 2020-2022 mit 1.597,13 bereinigten Urkunden (bis 2023: 1.557,29) ein Überschreiten des oberen Versorgungsrichtwerts auf. Im Jahr 2023 lag der Durchschnitt bei 1.437,78 bereinigten Urkunden.

Jahr	Amtsbereich Döbeln gesamt		Amtsbereich Döbeln Durchschnitt	ausgeschriebene Notarstelle in M(...)	
2017	7.403,12		1.850,78		
2018	7.378	seit 2018	1.844,50	1.341,60	seit 2018
2019	7.267,12		1.816,78	1.070	
2020	6.651,72		1.662,93	303,70	
2021	6.272,20		1.568,05	247,60	
2022	6.241,72	Rückgang 1.136,28	1.560,43	321,80	Rückgang 1.090,80
2023	5.751,12	1.626,88	1.437,78	399,30	942,30

26 Die Wiederbesetzung der bestehenden, frei gewordenen Stelle in M(...) würde demnach den Erfordernissen einer geordneten Rechtspflege nicht dadurch widersprechen, dass nach dem durchschnittlichen Urkundenaufkommen im gesamten Amtsgerichtsbezirk Döbeln nur so viele Notarstellen besetzt wären, wie gerade noch oder nicht mehr lebensfähig wären (BGH, DNotZ 2004, 887).

27 Allerdings ist die Tendenz der letzten Jahre stark rückläufig. Das durchschnittliche bereinigte Urkundenaufkommen betrug im Jahr 2017 1.850,78 und im Jahr 2022 1.560, 43 (2023: 1.437,78). Das gesamte Urkundenaufkommen im Amtsbereich ist damit binnen fünf Jahren um 1.130,92 (2017-2021) bzw. 1.136,28 (2018-2022) und von 2018 bis 2023 um 1.626,88 gesunken.

28 b) (1) In einer solchen amtsbereichsbezogenen Betrachtung darf sich die Bedürfnisprüfung indes hier nicht erschöpfen. Aus der wesentlichen Bedeutung, die dem Amtssitz (§ 10 BNotO) für die Ausübung des Notaramts zukommt, ergibt sich, dass (auch) der Amtssitz als Anknüpfungsmaßstab der Bedürfnisprüfung herangezogen werden kann.

Dementsprechend stellt der Beklagte darauf ab, dass stellenbezogene Aspekte einer Wiederbesetzung jedenfalls nicht nachhaltig entgegenstehen dürfen. Zu Unrecht nimmt er jedoch im Streitfall unter diesem Gesichtspunkt eine ausreichende Nachfrage nach notariellen Dienstleistungen an.

29 Bei den „Erfordernissen einer geordneten Rechtspflege" im Sinne von § 4 BNotO hat der Beklagte auch die Lebensfähigkeit des jeweiligen örtlichen Notariats zu berücksichtigen (BGH, DNotZ 1999, 251). Die Ausübung des ihm eingeräumten Organisationsermessens nach § 4 BNotO hat die subjektiven Rechte von Amtsinhabern insoweit zu wahren, als jedem Notar zur Erfüllung seiner öffentlichen Aufgabe als unabhängiger und unparteiischer Berater ein Mindestmaß an wirtschaftlicher Unabhängigkeit zu gewährleisten ist (BGH, DNotZ 1996, 902). So vertritt auch der Senat unverändert die Auffassung, die von der Justizverwaltung abverlangte individuelle Bedürfnisprüfung erfordere, dass die Lebensfähigkeit der wieder zu besetzenden Notarstelle gesichert erscheint (Senat, ZNotP 2001, 283).

30 (2) Daraus ergibt sich auch, dass hier die nach Erlass des Aufforderungsbescheids vom 04.05.2023 eingetretenen Änderungen der tatsächlichen Verhältnisse in Form des aktuellen Urkundenaufkommens zu berücksichtigen sind. Der maßgebliche Zeitpunkt für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage richtet sich nach dem materiellen Recht (st. Rspr; vgl. BVerwGE 120, 246, 250; 130, 113 Rdnr. 10). Zwar darf die Rechtsstellung des Klägers auf ein Anfechtungsbegehren hin nicht deshalb zu seinen Ungunsten verändert werden können, weil ihm eine ggf. zukommende Rechtsstellung zunächst vorenthalten wurde. Nachträglich eingetretene Veränderungen der tatsächlichen Verhältnisse sind aber materiellrechtlich jedenfalls zu berücksichtigen, wenn die ausgeschriebene Notarstelle die Mindestvoraussetzung einer Lebensfähigkeit nicht mehr oder weiterhin nicht erfüllt (vgl. BGH, DNotZ 1999, 251; DNotZ 1996, 173). Die Besetzung einer solchen Stelle, deren wirtschaftliche Grundlage nicht mehr gewährleistet ist, kann über das Zwangsbewerbungsverfahren nicht weiterverfolgt werden.

31 (3) Dies ist hier der Fall. Der Geschäftsanfall an der seit Anfang 2020 in Verwaltung befindlichen Stelle ist seither in den vier Jahren 2020-2023 konstant auf einen Stand von durchschnittlich 318,10 bereinigten Urkunden pro Jahr gesunken. Der Beklagte zieht selbst als unteren Richtwert durchschnittlich 1.200 bereinigte Urkunden/Jahr heran, bei dessen Unterschreitung im Amtsbereich eine frei werdende Notarstelle in der Regel eingezogen wird. Hier bezieht sich die Unterschreitung zwar auf die Notarstelle, nicht den Amtsbereich. Der Senat hat aber keine Zweifel daran, dass die Notarstelle bei einem jahrelangen durchschnittlichen Urkundenaufkommen von 318,10/Jahr nicht ertragsfähig ist. Die für die Leistungen des Notars in Rechnung gestellten Gebühren müssen abzüglich der Umsatzsteuer mehr als die jährlich wachsenden Personal- und Sachkosten abwerfen (Frenz/Miermeister/*Baumann*, BNotO, § 7 Rdnr. 56). Dies ist hier bei der Anzahl der bereinigten Urkunden, die seit vier Jahren unter einem Drittel des unteren Richtwerts liegt, nicht der Fall, sodass kein wirtschaftlich tragfähiges Urkundenaufkommen vorliegt.

32 Zwar ist der Jahresdurchschnitt zuletzt leicht angestiegen (2023: 399,30 gegenüber 2022: 321,80). Eine Trendumkehr ist bei diesem durchweg geringen Urkundenaufkommen jedoch weder nachhaltig ersichtlich noch ausreichend. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Rückgang an der ausgeschriebenen Notarstelle um 1.090,80 Urkunden in den Jahren 2018-2022 dem Rückgang des Urkundenaufkommens im Amtsbereich um 1.136,28 im Wesentlichen entspricht. Dies spiegelt einen Rückgang der Nachfrage wider, die nicht bei den anderen Notariaten des Amtsbereichs zu einem signifikanten Anstieg geführt hat, sondern aus dem Amtsbereich abgeflossen ist, wie auch der Beklagte annimmt (...).

33 Die Aufarbeitung von Rückständen und die im Wesentlichen personellen Verbesserungen mögen nach dem vom Notariatsverwalter G(...) in seinem Bericht zum Stichtag 30.06.2023, ebenso wie schon von der Notariatsverwalterin Marschall im Bericht vom 07.12.2021, gezeichneten positiven Bild die Voraussetzungen für eine wirtschaftliche Amtsführung ausbauen; sie erreichen sie aber immer noch nicht und kommen ihr auch nicht merklich näher. Das belegt das vom Notariatsverwalter G(...) mit Stand zum 31.07.2023 gemeldete und mit Stand 31.12.2023 erreichte Aufkommen von 249,20 bzw. 399,30 bereinigten Urkunden. So gelangt auch die Notarkammer in der Auskunft vom 07.12.2022 zu dem Ergebnis, an den wirtschaftlichen Verhältnissen der Notarstelle habe sich keine wesentliche Veränderung ergeben.

34 (4) Unzutreffend führt der Beklagte an, dass eine Einziehung der ausgeschriebenen Notarstelle zu einer Überlastung der anderen Notarstellen führen würde (...). Zwar würde sich rein rechnerisch bei einer Einziehung der Fünfjahresschnitt 2018-2022 auf 2.254,05 und der Dreijahresschnitt 2020-2022 auf 2.129,51 € erhöhen. Dies wären nach dem Vorbringen des Beklagten landesweite Spitzenwerte, die nach seiner Auffassung eine Überlastung zur Folge hätten. Eine solche Betrachtung lässt indessen die stark rückläufige Tendenz und ihre Kanalisierung an der ausgeschriebenen Stelle außer Acht. Die berechnete Steigerung ergibt sich nur, wenn man auch für diese Notarstelle denselben Durchschnittswert (siehe oben) zugrunde legt und sodann umlegt auf die anderen Notariate. Tatsächlich aber ist der Geschäftsanfall an der in Rede stehenden Stelle seit vier Jahren deutlich niedriger und liegt bei durchschnittlich 318,10 für die Jahre 2020-2023. Die Umlage eines solchen Aufkommens auf die anderen drei Notariate würde diese nur mit jährlich ca. 110 Urkunden durchschnittlich belasten, was verkraftbar wäre.

35 Das weitere Notariat in M(...) träfe es dabei möglicherweise etwas stärker. Allerdings war auch dort in den Jahren 2018-2021 nur ein Anstieg von 175 Urkunden trotz eines Rückgangs von knapp 1.100 bereinigten Urkunden an der anderen Notarstelle zu verzeichnen. Die ortsnahe Versorgung der Bevölkerung war daher bislang nicht gefährdet. Dies dürfte auch bei einem weiteren Anstieg des aufgezeigten Ausmaßes nicht zu befürchten sein. Alle drei Notariate haben bereits in den letzten vier Jahren fast das gesamte Urkundenaufkommen bewältigt, als die ausgeschriebene

und verwaltete Stelle durchschnittlich nur 318,10/Jahr aufwies. Dahinstehen kann deshalb, ob bei dem weiteren Notar in M(...) auswärtige Geschäfte den berücksichtigungsfähigen Anteil von 10 % der gesamten Urkundsgeschäfte übersteigen und in diesem Maße abzuziehen wären (vgl. BGH, DNotZ 1980, 177).

36 C. Ziffer II. – Notarstelle yyy

Überwiegend ohne Erfolg bleibt die Klage hinsichtlich Ziffer II. des Bescheides vom 04.05.2023. Die Aufforderung an den Kläger, sich auf die Notarstelle mit Amtssitz in R(...) zu bewerben, ist rechtmäßig und verletzt ihn nicht in seinen Rechten. Lediglich der Fristbeginn ist aufzuheben; die Monatsfrist zur Aufforderung läuft nicht ab Zustellung des Bescheides.

37 I. 1. Die Notarstelle in R(...) war ausgeschrieben worden und konnte mangels geeigneter Bewerbungen nicht besetzt werden. Zum maßgeblichen Stichtag am 01.10.2023 hatte der Kläger seine dreijährige Anwärterzeit beendet (siehe oben B. I. 1.). Die Funktionsfähigkeit der Rechtspflege erfordert die Wiederbesetzung dieser Stelle.

38 a) Die beiden Notariate im Amtsbereich A(...) weisen ein durchschnittliches bereinigtes Urkundenaufkommen von 1.394,88 für die Jahre 2018-2022 (bis 2023: 1.319,20) auf. Damit wird der Korridor zwischen dem unteren und dem oberen Versorgungsrichtwert nicht verlassen. Dies gilt auch für den Dreijahreszeitraum 2020-2022 bei durchschnittlich 1.256,58 bereinigten Urkunden. Erst die jüngste Entwicklung für das Jahr 2023 (940,85 bereinigte Urkunden) führt dazu, dass in dem Dreijahreszeitraum 2021-2023 bei einem durchschnittlichen bereinigten Urkundenaufkommen von 1.106,53 der untere Versorgungsrichtwert nicht erreicht wird. Die wirtschaftliche Grundlage der beiden Notariate wird indessen auch damit nicht infrage gestellt. Ein Verstoß gegen die Erfordernisse einer geordneten Rechtspflege lässt sich demnach nicht daraus herleiten, dass nach dem durchschnittlichen Urkundenaufkommen im gesamten Amtsgerichtsbezirk A(...) nur so viele Notarstellen besetzt wären, wie gerade noch oder nicht mehr lebensfähig wären (BGH, DNotZ 2004, 887).

Jahr	Amtsbereich A... Durchschnitt		Notarstelle in R(...)	
2017	1.662,25		1.107,50	
2018	1.651,60	seit 2018	1.556.50	seit 2018
2019	1.553,05		1.275	
2020	1.391		1.440,70	
2021	1.226,40		1.287	
2022	1.152,36	Rückgang 499,24	1.010,50	Rückgang 546
2023	940,85	710,75	771,30	785,20

39 Der Senat verkennt nicht, dass das durchschnittliche bereinigte Urkundenaufkommen im Amtsbereich seit dem Jahr 2022 unter den unteren Versorgungsrichtwert sank. Seit längerem ist die Tendenz rückläufig. Das durchschnittliche bereinigte Urkundenaufkommen betrug im Jahr 2017 1.662,25 und im Jahr 2022 1.152,35. Im Amtsbereich A(...) ist damit das durchschnittliche Urkundenaufkommen binnen fünf Jahren um 435,85 (2017-2021) bzw. 499,24 (2018-2022) gesunken. Diese Entwicklung hat sich im Jahr 2023 verfestigt, da der Durchschnittswert 940,85 bereinigte Urkunden betrug, was einem Rückgang um 710,75 Urkunden seit dem Jahr 2018 entspricht.

40 b) Im Falle des Amtssitzes als Anknüpfungsmaßstab der Bedürfnisprüfung stehen stellenbezogene Aspekte hier einer Wiederbesetzung nicht nachhaltig entgegen. Das erforderliche Mindestmaß an wirtschaftlicher Unabhängigkeit ist bei einem Urkundenaufkommen der letzten drei Jahre von durchschnittlich 1.022,93 bzw. der letzten fünf Jahre von durchschnittlich 1.156,90 gewahrt. So hält auch die Ländernotarkasse diese stärkere Stelle im Amtsbereich für sich genommen für wirtschaftlich tragfähig (...). Sie hat sich nur deshalb dafür ausgesprochen, die Stelle nicht wiederzubesetzen, weil Stellen im Umfeld auf Quersubventionierung angewiesen seien. Zwar kam es an dieser Notarstelle zu einem Rückgang um 276,60 im Jahr 2022 und während der Notariatsverwaltung durch den Kläger seit dem 01.05.2023 um weitere 239,20 im Jahr 2023. Die Aufwärtsentwicklung von 2017 bis 2020 um 333,20 Urkunden im Jahr zeigt indessen, dass die Notarstelle so viel Potential besitzt, dass das Urkundenaufkommen über den gesamten Korridor der Versorgungsrichtwerte hinweg angehoben werden kann.

41 c) Indem der Beklagte in den Blick nimmt, dass angesichts des vollendeten 62. Lebensjahres der im Amtsbereich verbleibenden Notarin ein Ausscheiden aus dem Amt ansteht, wahrt er nach § 4 Satz 2 BNotO zur Ordnung der Rechtspflege eine geordnete Altersstruktur. Diese wird insbesondere durch die Bestellung von Notarassessoren zu Notaren gewahrt, da dies in der Regel zu einer Absenkung des Durchschnittsalters der Notare führt (BGH, DNotZ 2004, 230).

42 Angesichts des Umstandes, dass die verbleibende Amtsträgerin das 62. Lebensjahr vollendet hat, kann der Beklagte im weiten Rahmen seines Ermessens auch fehlerfrei annehmen, dass eine Einziehung der ausgeschriebenen Notarstelle zu einer Überlastung führen würde (...). Dann würden sich der Fünfjahresschnitt 2018-2022 auf 2.789,76 und der Dreijahresschnitt 2020-2022 auf 2.513,17 Urkunden erhöhen. Eine Kanalisierung des Rückgangs an der ausgeschriebenen Stelle ist hier im Unterschied zu M(...) nicht zu verzeichnen. Der Fünfjahresdurchschnitt 2018-2022 ergibt für den Amtsbereich den Wert von 1.394,88, der von dem Wert von 1.313,96 für die ausgeschriebene Notarstelle nicht so weit entfernt ist, dass die Verlagerung des Urkundenaufkommens auf die im Amtsbereich allein in Betracht kommende andere Notarstelle nicht zu erkennbaren Kapazitätsproblemen führen würde. Der Bedarf der Bevölkerung an notariellen Leistungen könnte deshalb möglicherweise nicht mehr ortsnah gedeckt werden.

43 Diesen Gesichtspunkten in der Ermessensabwägung gegenüber dem aufgezeigten Rückgang des Geschäftsanfalls und dem Regelfall der Verwaltungspraxis den Vorzug zu geben, erweist sich als ebenso wenig ermessensfehlerhaft wie die Ablehnung, die Grenzen des Amtsbereichs nach § 10a Abs. 1 Satz 2 BNotO abweichend festzulegen.

Vom Senat ist dies angesichts des weiten Organisationsermessens des Beklagten nicht weitergehend zu prüfen, zumal die Akten der vormaligen Notarin bei dem Notar mit Amtssitz in Werdau nur deshalb verwahrt wurden, weil dieser als einziger im Umkreis dazu bereit war.

44 2. a) Die Fortsetzung des Aufforderungsverfahrens erweist sich auch nicht als unverhältnismäßig. Der Zweck von § 7 Abs. 7 Satz 2 Nr. 3 BNotO, die Besetzung von Notarämtern auch in wirtschaftlich strukturschwächeren Gebieten zur flächendeckenden Versorgung mit notariellen Leistungen erzwingen zu können, wird durch die Zwangsbewerbung gefördert. Nachdem auf die Ausschreibung keine Bewerbung eingegangen war, durfte der Beklagte das Aufforderungsverfahren einleiten und musste es in der Folge auch nicht abbrechen. Als milderes Mittel war nicht eine erneute Ausschreibung zu wählen. Eine Besetzung der Notarstelle war dadurch nicht schonender zu erreichen. Der Beklagte verlangt zum Abbruch des Aufforderungsverfahrens nach seiner Verwaltungsübung eine Bewerbungszusage. Ob er dies ständig so praktiziert, kann dahinstehen, weil die Frage, ob der Weg des Aufforderungsverfahrens beschritten wird, nicht dem Organisationsermessen der Landesjustizverwaltung unterliegt, sondern eine reine Verfahrensfrage darstellt (OLG Köln, Beschluss vom 29.02.2008, 2 VA (Not) 14/07, juris Rdnr. 21). Auch im Einzelfall erforderlich ist das Aufforderungsverfahren indessen, wenn konkrete Aussichten fehlen, dass sich geeignete Notarassessoren auf die Stelle bewerben (OLG Köln, Beschluss vom 29.02.2008, 2 VA (Not) 14/07, juris Rdnr. 22).

45 b) Hier liegen solche Anhaltspunkte nicht vor. Notarassessor O(...) hatte sich auf die Stelle in R(...) nicht beworben. Seine Aussage, er werde sich „letztlich nicht gegen den Antritt der Notarstelle wehren, wenn er für keine der anderen Notarstellen ausgewählt“ werde (...), verdeutlicht, dass er zwischen freiwilliger Bewerbung und Zwangsbewerbung unterschied. Dass er sich gegen eine Aufforderung nach § 7 Abs. 7 Satz 2 Nr. 3 BNotO nicht wehren werde, bietet aber keine Wahrscheinlichkeit für eine freiwillige Bewerbung auf die damit verbundene Notarstelle und rechtfertigt keinen Abbruch des laufenden Aufforderungsverfahrens.

46 c) Rechtsanwalt und Notar C(...) B(...) aus K(...) hat mit E-Mail vom 07.10.2022 nur sein Interesse an einer Notarstelle bekundet. Dem kommt keine Rechtsverbindlichkeit zu. Für einen Abbruch des Aufforderungsverfahrens genügt dies nicht.

47 Unabhängig davon stünde einem solchen Abbruch auch der Regelvorrang der „Landeskinderklausel“ nach § 5a Satz 1 BNotO entgegen. Der Regelvorrang zugunsten der Notarassessoren im Dienst des jeweiligen Bundeslandes soll sicherstellen, dass die Länder für eine den Erfordernissen einer geordneten Rechtspflege entsprechende Zahl von Notaren und die hohe Qualität des hauptberuflichen Notariats Sorge tragen können (BVerfG, DNotZ 2005, 473 Rdnr. 26). Würden nicht im Regelfall bei der Besetzung von Notarstellen Bewerber aus dem Anwärterdienst des jeweiligen Landes berücksichtigt, könnte den Notarassessoren, die entsprechend dem prognostizierten Bedarf eingestellt und ausgebildet wurden, keine berufliche Perspektive in Gestalt einer zeitnahen Bestellung zum Notar geboten werden (Senat, Beschluss vom 06.12.2002, DSNot 41/02). Das würde den qualifizierten Nachwuchs des landeseigenen Notariats und damit die Funktionsfähigkeit der vorsorgenden Rechtspflege infrage stellen. Den Notarassessoren erwächst damit ein Anwartschaftsrecht hinsichtlich des Notaramts, das die Landesjustizverwaltung aufgrund ihrer Fürsorgepflicht zu berücksichtigen hat (BVerfG, DNotZ 2005, 473 Rdnr. 27; BGH, DNotZ 2010, 467 Rdnr. 9). Hieraus folgt für die Justizverwaltung das Erfordernis einer vorausschauenden Personalplanung, um zu gewährleisten, dass genügend Notarassessoren für die Besetzung der Notarstellen zur Verfügung stehen.

48 Selbst wenn eine Bedarfsprognose im konkreten Fall nicht den Regelvorrang des landesangehörigen Notarbewerbers erfordert, hat hier der landesfremde Interessent beim Eignungsvergleich das Nachsehen. Dem Ergebnis des Zweiten juristischen Staatsexamens kommt eine besondere Aussagekraft beim fachlichen Eignungsvergleich der Bewerber als Nachweis der Leistungsfähigkeit zu (BGH, NJW-RR 2006, 55; DNotZ 2014, 307 Rdnr. 11). Dem Beklagten ist es vor diesem Hintergrund nicht verwehrt, im Ausgangspunkt den zwei Notenstufen, mit denen Rechtsanwalt und Notar B(...) (Gesamtnote „ausreichend“, 6 Punkte) hinter den Kläger (Gesamtnote „vollbefriedigend“, 9,46 Punkte) zurückfällt, bzw. der einen Notenstufe gegenüber der Zugangsvoraussetzung zum sächsischen Notarassessorendienst ein starkes Gewicht beizumessen (vgl. BGH, ZNotP 2002, 119).

49 II. 1. Ein ausreichender Grund, der den Kläger an einer Bewerbung gehindert hat, ist weder dargetan noch ansonsten ersichtlich. Der Kläger hat, wie er mit Schreiben vom 23.01.2023 angezeigt hat, ein nunmehr zehnjähriges, in W(...) lebendes Kind. Er hat aber seine Dienstbereitschaft zu erkennen gegeben, indem er sich auf die auch im Mai 2022 ausgeschriebene Stelle in D(...) beworben hat. Entsprechendes gilt für sein mit Schreiben vom 19.01.2023 geäußertes Anliegen, ihm müsse die Verwaltung der Notarstelle mit Amtssitz in Zwickau übertragen werden. Seit 01.05.2023 ist er als Notariatsverwalter der Notarstelle in R(...) tätig. Als Notariatsverwalter unterliegt er grundsätzlich den gleichen berufsrechtlichen Pflichten, u. a. zur Amtsbereitschaft, wie der auf Lebenszeit bestellte Notar (Frenz/Miermeister/*Wilke*, BNotO, § 57 Rdnr. 2 f.; Diehn, BNotO, § 57 Rdnr. 4 f.). Gegen wirtschaftliche Risiken wäre er durch die Gewährung von Einkommensergänzung abgesichert. Zudem könnte er nach § 48b Abs. 1 Nr. 1 BNotO das Amt zur tatsächlichen Betreuung des Kindes vorübergehend niederlegen. Der Kläger hat nicht dargelegt, aus welchen konkreten Gründen er in R(...) eine tatsächliche Betreuung seines Kindes zwar als Notariatsverwalter, gleichwohl aber nicht als Notar gewährleisten könnte. Die Aufklärungsplicht des Gerichts reicht indessen nicht weiter als die Mitwirkungspflicht der Prozessbeteiligten.

50 2. Von seinem Auswahlermessen hat der Beklagte im Aufforderungsbescheid vom 04.05.2023 fehlerfrei Gebrauch gemacht. Zum Stichtag am 01.10.2022 hatten allein der Kläger sowie Notarassessor T(...) H(...) den dreijährigen

Anwärterdienst abgeleistet (Bescheid vom 04.05.2023, S. 24). Damit wurden diejenigen Notarassessoren erfasst, die sich auch freiwillig mit Erfolg auf die Notarstelle hätten bewerben können (Frenz/Miermeister/*Baumann*, BNotO, § 7 Rdnr. 55). Notarassessor T(...) H(...) wurde jedoch mit Wirkung zum 01.10.2020 voraussichtlich bis zum 31.10.2024 zum Geschäftsführer der Notarkammer (...) bestellt. Wegen dieser vertraglichen Bindung hatte er einen hinreichenden Grund zur Nichtbewerbung.

51 Ohne Erfolg sieht der Kläger ein Ermessendefizit darin, dass nicht alle Notarassessoren in die Auswahl einbezogen worden seien, die zum Zeitpunkt des angegriffenen Aufforderungsbescheides vom 04.05.2023, auf den für die maßgebliche Sach- und Rechtslage abzustellen sei, bestellungsreif waren. Der Beklagte hat zu Recht den ursprünglich vorgesehenen Besetzungszeitpunkt am 01.10.2022 als nach § 5a Satz 2 BNotO bestimmten Stichtag herangezogen.

52 Die behördliche Entscheidung darf bei der Auswahl der Bewerber um eine Notarstelle nicht auf die bei ihrem Erlass bestehende Sachlage abstellen (BGH, DNotZ 1994, 333; DNotZ 1996, 173; BVerwGE 39, 135; BVerwGE 61, 176, 192). Entsprechendes gilt bei der Auswahl derjenigen, die zur Bewerbung aufgefordert werden. Hierfür einen Stichtag auf den Besetzungszeitpunkt, zu dem der Anwärterdienst abgeleistet sein muss, festzulegen, zieht einen im Hinblick auf § 5a Satz 2 BNotO sachverhalts- und verfahrensorientierten Zeitpunkt heran, der die Aufgeforderten nicht unverhältnismäßig beeinträchtigt. Die Stichtagsregelung dient der redlichen Gestaltung des Verfahrens und gewährleistet auch, dass Aufgeforderte nicht die Verfahrensdauer hinauszögern, sodass weitere Notarassessoren in die Bewerbungsreife hineinwachsen. Es liefe der Funktionsfähigkeit einer geordneten vorsorgenden Rechtspflege zuwider, wenn die Organisationshoheit der Justizverwaltung in Abhängigkeit vom Verhalten der Bewerber stünde (BGH, DNotZ 1996, 173).

53 D. Rechtswidrig ist der Bescheid hinsichtlich des Beginns der einmonatigen Bewerbungsfrist in Ziffer I., II. und IV. Demnach beginnt diese Frist ab Zustellung des Bescheids, die hier am 10.05.2023 erfolgte. Vor einer Entlassung ist der Kläger zwar während des Verfahrens durch die aufschiebende Wirkung der Anfechtungsklage geschützt. Nach § 111b Abs. 4 BNotO endet sie abweichend von § 80b VwGO mit der Unanfechtbarkeit des Verwaltungsaktes.

54 Mit Eintritt der Bestandskraft des Verwaltungsakts nach rechtskräftigem Abschluss des Gerichtsverfahrens könnte sich der Kläger aber nicht mehr bewerben, soweit sich die Aufforderung als rechtmäßig erweist (Notarstelle in R[...], Ziffer II. des Bescheides). Denn durch die Anordnung des Bescheides wäre die Frist unheilbar hier bereits am 10.06.2023 abgelaufen. Die sofortige Entlassung aus dem Dienst als Notarassessor wäre nach Ziffer IV. möglich. Sinn und Zweck der Anfechtbarkeit der Aufforderung und Androhung – nicht erst und nur der Entlassung – ist aber der effektive Rechtsschutz (vgl. zu einer Überlegungsfrist Diehn, BNotO, § 7 Rdnr. 45 f.). Er ist nur gewahrt, wenn dem Kläger mit dem Verlust eines solchen Prozesses nicht auch zwangsläufig sein öffentlichrechtliches Dienstverhältnis als Notarassessor entzogen werden kann. Vielmehr muss ihm die Möglichkeit verbleiben, noch nach gerichtlicher Klärung der Rechtmäßigkeit der Aufforderung und Androhung durch eine Bewerbung den angedrohten Schritt der Entlassung zu vermeiden.

55 Ziffer IV. des Bescheides ist in Gänze aufzuheben, weil die Frist, nach deren Ablauf gemäß der Androhung die Entlassung aus dem Dienst als Notarassessor erfolgen werde, mit der Androhung als Verwaltungsakt untrennbar verbunden ist, sodass sie nicht selbstständig anfechtbar ist und infolge des Anfechtungsbegehrens nicht durch das Gericht ersetzt werden kann.

(...)

ANMERKUNG:

Von Notarassessor **Christoph Draxinger**, München

1. Sachverhalt

Im Urteil vom 09.02.2024 entschied das OLG Dresden[1] über die Rechtmäßigkeit einer Aufforderung. Der klagende Notarassessor wurde aufgefordert, sich auf zwei Notarstellen (X und Y) zu bewerben, wobei ihm hierbei noch ein Wahlrecht eingeräumt worden war. Sollte er dem nicht nachkommen, wurde ihm die Entlassung aus dem Anwärterdienst angedroht, mithin das Aufforderungsverfahren eingeleitet und ein entsprechender Bescheid erlassen.

2. Allgemeines zu § 7 Abs. 7 Satz 2 Nr. 3 BNotO

Zunächst bewegt sich das OLG Dresden innerhalb bekannter Pfade der zwar wenigen vorhandenen Rechtsprechung und Literaturstimmen, die aber im Grundsatz nicht streitig sind.

Das OLG Köln[2] geht übereinstimmend mit der Literatur[3] von der Verfassungsmäßigkeit des Aufforderungsverfahrens aus. Dies scheint auch vom Kläger nicht angezweifelt worden zu sein, als das OLG Dresden auf die Frage der Verfassungsmäßigkeit nicht eingeht. In der Vergangenheit war im Rahmen des § 7 Abs. 7 Satz 2 Nr. 3 BNotO fraglich, zu welchem Zeitpunkt der dreijährige Anwärterdienst abgeleistet werden musste. In Betracht kamen der Zeitpunkt der Ausschreibung, des Ablaufs der Bewerbungsfrist oder der Besetzung. In der BNotO wurde zur Bestellung als Notar folgendes Regel-Ausnahme-Verhältnis festgelegt: Zwar soll nach § 5a Satz 1 BNotO zum hauptberuflichen Notar nur bestellt werden, wer bei Ablauf der Bewerbungsfrist einen dreijährigen Anwärterdienst als Notarassessor geleistet hat. Nach Satz 2 kann die Landesjustizverwaltung aber bestimmen, dass der dreijährige Anwärterdienst erst zum Zeitpunkt der Bestellung geleistet sein muss. Ist dies der Fall, so ist es bereits im Sinne einer einheitlichen Rechtsanwendung nur sach-

1 OLG Dresden, Urteil vom 09.02.2024, Not 2/23, MittBayNot 2024, 600 (In diesem Heft).

2 OLG Köln, Beschluss vom 29.02.2008, 2 VA (Not) 14/07, BeckRS 2008, 7011.

3 *Baumann* in Frenz/Miermeister, Bundesnotarordnung, 5. Aufl. 2020, § 7 Rdnr. 56.

gerecht, dass auch im Aufforderungsverfahren auf diesen Zeitpunkt abgestellt wird. Da die Landesjustizverwaltung im entschiedenen Sachverhalt von der Möglichkeit des § 5a Satz 2 BNotO Gebrauch gemacht hatte, stellte das OLG Dresden für die Frage des relevanten Zeitpunktes folgerichtig auf den Besetzungszeitpunkt und nicht auf den Ablauf der Bewerbungsfrist ab.

Nach dem Tatbestand des § 7 Abs. 7 Satz 2 Nr. 3 BNotO kommt eine Entlassung nur dann in Betracht, wenn die Nichtbewerbung ohne einen hinreichenden Grund unterbleibt. Ein solcher liegt immer dann vor, wenn es dem Notarassessor unzumutbar ist, das Notaramt an dem betreffenden Amtssitz anzutreten. Ausreichende Gründe liegen neben schwerer, aber heilbarer Erkrankung auch vor, wenn der Notarassessor eine Aufgabe übernommen hat, die ihn vorübergehend unabkömmlich macht. Befindet er sich in Elternzeit, kann die mit der Kinderbetreuung verbundene Unabkömmlichkeit nur dann hinreichender Grund einer Nichtbewerbung sein, wenn der Notarassessor sich nicht zeitgleich auf andere Notarstellen bewirbt, anderenfalls wäre sein Verhalten widersprüchlich.[4] Das OLG Dresden führt zur Kindesbetreuung auch noch die Möglichkeit der vorübergehenden Niederlegung nach § 48b Abs. 1 Nr. 1 BNotO an. Liegt ein hinreichender Grund vor, so scheidet der Notarassessor als Adressat einer Aufforderung von vornherein aus.[5]

3. Ermessen der Landesjustizverwaltung

Bemerkenswert sind die Ausführungen des OLG Dresden zum Ermessen der Landesjustizverwaltung. Dass diese an den verschiedenen Weggabelungen des Aufforderungsverfahrens mehrfach ihr Ermessen ausüben muss, versteht sich bereits aus dem Wortlaut.

Das Ermessen ist dabei stets im Lichte des Normzwecks auszuüben. § 7 Abs. 7 Satz 2 Nr. 3 BNotO soll sicherstellen, dass die Besetzung von Notarstellen auch in wirtschaftlich strukturschwächeren Gebieten zur flächendeckenden Versorgung mit notariellen Leistungen erzwungen werden kann. Angesichts der möglichen Konsequenzen für den aufgeforderten Bewerber ist stets zu prüfen, ob nicht ein milderes Mittel zur Stellenbesetzung vorhanden ist.

Bereits die Entscheidung von der Möglichkeit der Aufforderung Gebrauch zu machen, steht im Ermessen der Landesjustizverwaltung.[6] Dies setzt sich dann bei der Beschreitung dieses Weges auf den verschiedenen Ebenen fort.

a) Bedürfnisprüfung

Aufgrund des o. g. Normzwecks darf nach der herrschenden Meinung in Rechtsprechung und Literatur[7] ein Aufforderungsverfahren nur dann durchgeführt werden, wenn überhaupt eine entsprechende Nachfrage nach notariellen Amtsgeschäften besteht. Deren generelle Notwendigkeit wird bereits durch § 4 BNotO normiert und besteht unabhängig von der Frage, ob es letztlich zu einer Aufforderung kommt. Das Bedürfnis der Rechtsuchenden nach den o. g. Leistungen ist primär den vorgenommenen Beurkundungsgeschäften zu entnehmen. Hierbei hat die Landesjustizverwaltung anhand der bisherigen Urkundszahlen eine Prognoseentscheidung zu treffen. Im Rahmen der Bedürfnisprüfung steht der Landesjustizverwaltung aber ein weites Organisationsermessen zu. Als Bezugspunkt ist nicht die vakante Notarstelle, sondern der jeweilige Amtsbereich im Sinne des § 10a BNotO maßgeblich. Selbstverständlich hat die Landesjustizverwaltung eine bei der Stellenbesetzung entstandene ständige Verwaltungsübung zu beachten. Dabei muss das subjektive Recht des (künftigen) Amtsinhabers gewahrt werden, „als jedem Notar zur Erfüllung seiner öffentlichen Aufgabe als unabhängiger und unparteiischer Berater ein Mindestmaß an wirtschaftlicher Unabhängigkeit zu gewährleisten ist“.[8]

Das OLG Dresden prüft daher im Rahmen der Klage gegen die Aufforderung das Bedürfnis durch Betrachtung des Urkundsaufkommens zur Feststellung, ob danach die Lebensfähigkeit der ausgeschriebenen Notarstelle gesichert erscheint. Ist die wirtschaftliche Grundlage einer Notarstelle nicht mehr gewährleistet, so darf nach zutreffender Ansicht der Richter kein Zwangsbewerbungs- bzw. Aufforderungsverfahren durchgeführt werden. Gleichzeitig verweist das Gericht darauf, dass ein Bewerber durch die Gewährung von Einkommensergänzung gegen wirtschaftliche Risiken abgesichert sei. Die fehlende Ertragsfähigkeit wurde vom OLG Dresden hinsichtlich der zu besetzenden Notarstellen unterschiedlich beurteilt. Auffällig war jedoch, dass die Lebensfähigkeit nicht alleine deshalb in Frage gestellt wurde, weil das bereinigte Urkundsaufkommen unter dem Richtwert lag, der bereits eine Einziehung nahelegen würde. Das OLG lässt also erkennen, dass nur in Extremfällen von einer fehlenden Lebensfähigkeit ausgegangen werden kann. Urkundszahlen, die eine Einziehung rechtfertigen würden, reichen demnach für eine derartige Schlussfolgerung, also den Ausschluss des Aufforderungsverfahrens, nicht aus. Die Besetzbarkeit auf freiwilliger Basis ist also keine Voraussetzung für die Aufrechterhaltung einer Notarstelle.[9]

Man kann daher festhalten, dass die Landesjustizverwaltung keine Stellen ausschreiben und somit auch zwangsweise besetzen darf, die offensichtlich nicht lebensfähig sind und die Bedürfnisprüfung als ermessensfehlerhaft erscheinen lassen. Das bloße – nahezu mit jeder Notarstelle einhergehende – wirtschaftliche Risiko oder auch nur erwartbare anfängliche Schwierigkeiten dürften jedenfalls bei Einkommensergänzungsmöglichkeiten nicht ausreichen.

4 *Sommer* in BeckOK-BNotO, Stand: 01.08.2024, § 7 Rdnr. 90.

5 Diehn, Bundesnotarordnung, 2. Aufl. 2019, § 7 Rdnr. 43.

6 OLG Köln, Beschluss vom 29.02.2008, 2 VA (Not) 14/07, BeckRS 2008, 7011.

7 *Sommer* in BeckOK-BNotO, § 7 Rdnr. 90.

8 BGH, Beschluss vom 18.09.1995, NotZ 46/94, DNotZ 1996, 902.

9 OLG Köln, Beschluss vom 29.02.2008, 2 VA (Not) 14/07, BeckRS 2008, 7011.

b) Keine Notwendigkeit einer erneuten Ausschreibung

Das OLG Dresden hat – wie bereits das OLG Köln[10] – auch zu Recht entschieden, dass kein generelles Erfordernis einer erneuten Ausschreibung der Notarstelle existiert. Eine solche käme als milderes Mittel nur dann in Betracht, wenn sich die Stellenbesetzung dann als wahrscheinlich darstellt und ohne größere zeitliche Verzögerung erfolgen kann. Bloße Interessensbekundungen reichen daher nicht aus. Erforderlich sei vielmehr eine verbindliche Zusage oder jedenfalls aussichtsreiche Bewerbung. Offen bleibt dabei, wie eine solche verbindliche Zusage ausgestaltet sein soll, wenn selbst eine Bewerbung bis zur Aushändigung der Ernennungsurkunde zurückgenommen werden kann.

c) Auswärtige Bewerber

Nach der zutreffenden Entscheidung des OLG Dresden und der dies bejahenden Ansicht in der Literatur[11] steht die sog. „Landeskinderklausel“ nach § 5a Satz 1 BNotO einem Abbruch des Aufforderungsverfahrens bei auswärtigen Bewerbern entgegen. Hingegen hatte das OLG Köln noch entschieden, dass es zwar legitim sei, im Rahmen des § 6 BNotO den Vorrang für landeseigene Notarassessoren zu beachten, dieser aber einen völligen Ausschluss geeigneter landesfremder Bewerber nicht zulasse. Auch diese auf den ersten Blick konträren Entscheidungen werden dem § 7 Abs. 7 Satz 2 Nr. 3 BNotO als Ermessensnorm gerecht. Das OLG Dresden stellt auf den Zweck der „Landeskinderklausel“ ab. Durch den dadurch geschaffenen Regelvorrang soll den Bewerbern des jeweiligen Bundeslandes ein Anwartschaftsrecht hinsichtlich einer Notarstelle im jeweiligen Bundesland erwachsen. Nur so kann gewährleistet werden, dass stets genügend landeseigene Bewerber für den notariellen Dienst vorhanden sind. Die Justizverwaltung hat daher eine vorausschauende Personalplanung vorzunehmen und für eine ausreichende Anzahl an Notarassessoren zu sorgen. Die Bedarfsprognose erfordert daher einen Regelvorrang des landesangehörigen Bewerbers. Ist ein auswärtiger Bewerber vorhanden, muss aber ein Eignungsvergleich mit dem bestgeeignetsten und somit aufzufordernden landeseigenen Notarassessor durchgeführt werden. Vor dem Hintergrund einer einheitlichen Rechtsanwendung muss der Eignungsvergleich entsprechend dem normalen Bewerbungsverfahren durchgeführt werden. Demnach ist auch hier der von der Rechtsprechung aufgestellte Maßstab anzuwenden, wonach grundsätzlich der o. g. Regelvorrang besteht. Nur bei auffälligen und erheblichen Leistungsunterschieden sind auswärtige Bewerber auch nach dem Prinzip der Bestenauslese zu bevorzugen.[12]

Fehlt es an einem besser geeigneten (auswärtigen) Bewerber, so ist die Tatbestandsvoraussetzung des § 7 Abs. 7 Satz 2 Nr. 3 BNotO erfüllt, so dass das Aufforderungsverfahren weiter zu betreiben ist.

d) Auswahlermessen

Auch hinsichtlich der Anzahl der aufzufordernden Notarassessoren geht das OLG Dresden von einem Auswahlermessen der Landesjustizverwaltung aus. So können gleichzeitig mehrere Notarassessoren unter Androhung ihrer Entlassung aufgefordert werden. Die Aufforderung entfaltet für zeitlich nachgelagerte freiwillige Bewerbungen eine vorübergehende Sperrwirkung.[13] Allerdings darf die Landesjustizverwaltung die Stelle nur demjenigen Notarassessor zuweisen, der auch in einem normalen Bewerbungsverfahren unter Berücksichtigung aller bewerbungsreifen Notarassessoren eine erfolgreiche Bewerbung abgegeben hätte.[14] Im Umkehrschluss muss es daher auch zulässig sein, nur den Notarassessor aufzufordern, der sich erfolgreich auf die Notarstelle hätte bewerben können.

Ob der Landesjustizverwaltung darüber hinaus ein Ermessen zusteht, den Notarassessor trotz Vorliegens der Voraussetzungen nicht zu entlassen, ist fraglich. Dafür dürfte der klare Wortlaut des § 7 Abs. 7 Satz 2 BNotO sprechen, der anders als Satz 1 als „Kann“-Vorschrift ausgestaltet ist. Allerdings dürfte sich diese Frage in der Praxis nicht stellen, da die Tatbestandsebene genügend Möglichkeiten zur Würdigung des Einzelfalles und zur Abwägung bietet.

e) Ergebnis

Die Entscheidung des OLG Dresden macht deutlich, dass es sich bei dem Aufforderungsverfahren um eine praxistaugliche Möglichkeit handelt, die ausgeschriebenen Notarstellen zu besetzen. Die einschneidenden Rechtsfolgen garantieren eine hohe Erfolgsquote. Dennoch lässt die Norm als Ermessensvorschrift an zahlreichen Stellen genügend Platz zur umfassenden Würdigung und Einbeziehung des Einzelfalles.

10 OLG Köln, Beschluss vom 29.02.2008, 2 VA (Not) 14/07, BeckRS 2008, 7011.

11 *Baumann* in Frenz/Miermeister, Bundesnotarordnung, § 7 Rdnr. 56: „Daher ist das Zwangsbewerbungsverfahren verfassungsrechtlich nur vertretbar, wenn in allen Besetzungsverfahren, nicht nur im Zwangsbesetzungsverfahren nach Abs. 1 die landesintern ausgebildeten Notarassessoren bevorzugt werden und nach dem `Regelvorrang` die externe Besetzung nur im Ausnahmefall Anwendung findet“.

12 BGH, Beschluss vom 18.07.2011, NotZ (Brfg) 1/11, BeckRS 2011, 20018.

13 *Baumann* in Frenz/Miermeister, Bundesnotarordnung, § 7 Rdnr. 55.

14 *Baumann* in Frenz/Miermeister, Bundesnotarordnung, § 7 Rdnr. 57.

KOSTENRECHT

20. Notarkosten bei Übergabe eines an Familienangehörigen verpachteten Betriebs

BGH, Beschluss vom 22.02.2024, V ZB 65/22 (Vorinstanz: OLG München, Beschluss vom 09.11.2022, 32 Wx 443/22 Kost)

GNotKG § 48 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1

LEITSATZ:

Der Anwendung des Bewertungsprivilegs des § 48 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GNotKG steht eine Verpachtung des übergebenen land- oder forstwirtschaftlichen Betriebs durch den Erwerber jedenfalls dann nicht entgegen, wenn das Pachtverhältnis mit einem nahen Familienangehörigen (hier: Ehemann) begründet wird und der Erwerber den Betrieb mit dem Pächter in Arbeitsteilung gemeinschaftlich bewirtschaftet.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Der Beteiligte zu 2 (nachfolgend Notar) beurkundete einen Übergabevertrag, mit dem die Mutter der Beteiligten zu 1 an diese (nachfolgend Kostenschuldnerin) eine landwirtschaftliche Hofstelle nebst zugehörigem Grund übertrug. Das Anwesen war an den Ehemann der Kostenschuldnerin verpachtet. Dieser hatte der Kostenschuldnerin eine umfassende Vollmacht zur Vornahme sämtlicher landwirtschaftlicher Geschäfte sowie eine entsprechende Bankvollmacht erteilt. Der Notar stellte der Kostenschuldnerin unter dem 01.02.2021 10.000,07 € in Rechnung. Als Geschäftswert der Hofübergabe legte er den Verkehrswert des Anwesens i. H. v. 1.885.492 € zugrunde.

2 Die Kostenschuldnerin hat, gestützt auf die Auffassung, die Voraussetzungen der landwirtschaftlichen Privilegierung gemäß § 48 Abs. 1 GNotKG lägen vor, einen Antrag auf gerichtliche Entscheidung gegen die notarielle Kostenberechnung gestellt. Das LG hat den Antrag zurückgewiesen. Das OLG hat die hiergegen gerichtete Beschwerde zurückgewiesen. Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde, deren Zurückweisung der Notar beantragt, verfolgt die Kostenschuldnerin ihren Antrag auf gerichtliche Entscheidung weiter.

3 II. Das Beschwerdegericht meint, der Notar habe bei dem Ansatz des Geschäftswerts der Hofübergabe zu Recht den Verkehrswert der Hofstelle zugrunde gelegt. Die Voraussetzungen für die Annahme des Bewertungsprivilegs nach § 48 Abs. 1 GNotKG lägen nicht vor. In Literatur und Rechtsprechung sei umstritten, ob die Privilegierung zur Anwendung komme, wenn der überlassene Betrieb an einen Familienangehörigen des Erwerbers verpachtet sei. Das sei nicht der Fall. Es handele sich bei § 48 GNotKG um eine eng auszulegende Ausnahmevorschrift, die nach ihrem Wortlaut und dem Willen des Gesetzgebers bei einer Verpachtung des übergebenen landwirtschaftlichen Vermögens an einen Dritten nicht zur Anwendung komme. Daran ändere auch die für die Kostenschuldnerin ausgestellte Generalvollmacht nichts. Denn in Ausübung der Vollmacht handele die Kostenschuldnerin für ihren Ehemann und nicht in eigenem Namen.

4 III. Diese Erwägungen halten einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Die infolge der Zulassung statthafte (§ 129 Abs. 2, § 130 Abs. 3 GNotKG i. V. m. § 70 Abs. 1 FamFG) und auch im Übrigen zulässige (§ 71 FamFG) Rechtsbeschwerde hat in der Sache Erfolg.

5 1. Zu Unrecht hat der Notar gemäß § 46 Abs. 1 GNotKG bei der Kostenberechnung als Geschäftswert den Verkehrswert der übertragenen Hofstelle zugrunde gelegt. Obwohl die Kostenschuldnerin nach der Übernahme den Betrieb an ihren Ehemann weiterhin verpachtet hat, liegt entgegen der Annahme des Beschwerdegerichts eine von § 48 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GNotKG vorausgesetzte Fortführung des Betriebs durch die Erwerberin vor.

6 a) Ob die Übergabe eines weiterhin an einen Familienangehörigen des Übernehmers verpachteten Betriebs im Falle einer arbeitsteiligen Bewirtschaftung durch Übernehmer und Pächter nach § 48 Abs. 1 GNotKG privilegiert ist, wird allerdings unterschiedlich beurteilt.

7 aa) Nach der im notariellen Schrifttum vorherrschenden Auffassung, der auch das Beschwerdegericht folgt, handelt es sich bei § 48 Abs. 1 GNotKG um eine eng auszulegende Ausnahmevorschrift, die keine Anwendung findet, wenn der überlassene Betrieb verpachtet wird. Der Hof werde dann nicht unmittelbar durch den Erwerber fortgeführt. Das gelte auch für den Fall, dass der Pächter ein Familienmitglied des Erwerbers sei und der Betrieb von beiden in familiärer Arbeitsteilung bewirtschaftet werde (vgl. BeckOK-KostR/*Soutier*, Stand: 01.01.2024, § 48 GNotKG Rdnr. 24; *Diehn* in Bormann/Diehn/Sommerfeldt, GNotKG, 4. Aufl., § 48 Rdnr. 14; *V. Heinze* in Renner/Otto/Heinze, Leipziger Gerichts- & NotarkostenKommentar, 3. Aufl., § 48 Rdnr. 24 Fn. 51; Korintenberg/Tiedtke, GNotKG, 22. Aufl., § 48 Rdnr. 9, 33a; HK-NotarR/*Storch*, § 48 GNotKG Rdnr. 16; *Sikora/Strauß*, DNotZ 2017, 583, 588 f.; *Sikora/Tiedtke*, DNotZ 2018, 576, 582 ff.).

8 bb) Nach der Gegenauffassung kommt § 48 Abs. 1 GNotKG – ebenso wie die Vorgängernorm des § 19 Abs. 4 KostO (vgl. hierzu BayObLG, JurBüro 1998, 41) – unverändert zur Anwendung, wenn der überlassene Betrieb an einen Familienangehörigen des Erwerbers verpachtet wird, sofern neben dem Pächter der Erwerber den Hof gleichberechtigt und in gemeinsamer Verantwortlichkeit arbeitsteilig mitbewirtschaftet. Für eine Privilegierung spreche, dass eine Absicht des Gesetzgebers, eine Kostenprivilegierung bäuerlicher Familienbetriebe durch die neue Regelung in § 48 Abs. 1 GNotKG gegenüber dem früheren § 19 Abs. 4 KostO generell einzuengen oder strenger zu handhaben, nicht nachweisbar sei (vgl. OLG Nürnberg, MittBayNot 2017, 422 Rdnr. 44 f.). Dies hat im Schrifttum zum Teil Zustimmung gefunden (vgl. *Rohs* in Rohs/Wedewer, GNotKG, 122. Aktualisierung, § 48 Rdnr. 17; Toussaint/*Kawell*, Kostenrecht, 53. Aufl., § 48 GNotKG Rdnr. 8 Stichwort „Fortführung [Verpachtung]“).

9 b) Die zuletzt genannte Ansicht verdient den Vorzug. Der Anwendung des Bewertungsprivilegs des § 48 Abs. 1

Satz 1 Nr. 1 GNotKG steht eine Verpachtung des übergebenen land- oder forstwirtschaftlichen Betriebs durch den Erwerber jedenfalls dann nicht entgegen, wenn das Pachtverhältnis mit einem nahen Familienangehörigen (hier: Ehemann) begründet wird und der Erwerber den Betrieb mit dem Pächter in Arbeitsteilung gemeinschaftlich bewirtschaftet.

10 aa) Gemäß § 48 Abs. 1 Satz 1 GNotKG beträgt der Wert des land- und forstwirtschaftlichen Vermögens im Sinne des Bewertungsgesetzes im Zusammenhang mit der Übergabe oder Zuwendung eines land- oder forstwirtschaftlichen Betriebs mit Hofstelle an eine oder mehrere natürliche Personen höchstens das Vierfache des letzten Einheitswerts, der zur Zeit der Fälligkeit der Gebühr bereits festgestellt ist, wenn die unmittelbare Fortführung des Betriebs durch den Erwerber selbst beabsichtigt ist und der Betrieb unmittelbar nach Vollzug der Übergabe oder Zuwendung einen nicht nur unwesentlichen Teil der Existenzgrundlage des zukünftigen Inhabers bildet. Die Vorschrift ist zum 01.08.2013 an die Stelle des § 19 Abs. 4 Satz 1 KostO getreten. Diese Norm setzte zwar nach ihrem Wortlaut nur die Überlassung eines Betriebs oder die Fortführung in sonstiger Weise voraus, nicht aber dessen Fortführung durch den Erwerber selbst, wie § 48 Abs. 1 Satz 1 GNotKG es nunmehr verlangt.

11 bb) Die Änderung des Wortlauts könnte eine Einengung des Bewertungsprivilegs allerdings nahelegen. Denn an einer „unmittelbaren" Fortführung des Betriebs könnte es fehlen, wenn der Pächter die Verantwortung nach außen übernimmt. Zwingend ist dieses Verständnis aber nicht. Der Wortlaut der Norm lässt sich nämlich in wertender Auslegung auch so verstehen, dass eine familiäre Arbeitsteilung für eine unmittelbare Fortführung und damit für eine Privilegierung ausreicht.

12 cc) Für eine Privilegierung nach § 48 Abs. 1 GNotKG spricht die Entstehungsgeschichte der Norm. Bereits nach der zu § 19 Abs. 4 KostO ergangenen Rechtsprechung war anerkannt, dass die Fortführung des Betriebs durch den Erwerber zu erfolgen hatte. Die Übergabe eines auch weiterhin dauerhaft an einen Dritten verpachteten landwirtschaftlichen Betriebs begründete wegen der bloßen theoretischen Möglichkeit, irgendwann den Betrieb selbst zu führen, nicht die Voraussetzungen der Privilegierung nach § 19 Abs. 4 KostO (vgl. BayObLGZ 1994, 110; für das neue Recht: OLG Hamm, RNotZ 2016, 696). Unschädlich war es hingegen, wenn der Hof lediglich aus sozialversicherungsrechtlichen Gründen an den Ehegatten des Erwerbers verpachtet wurde, sofern der Erwerber bei der Bewirtschaftung selbst tätig blieb (vgl. BayObLG, JurBüro 1998, 41). Nach der alten Rechtslage wäre der durch den Notar beurkundete Übergabevertrag daher dem Bewertungsprivileg unterfallen. Es war aber ausdrückliches Ziel des Gesetzgebers, mit der gesetzlichen Neuregelung das Bewertungsprivileg zu erhalten und zu stärken (vgl. BT-Drucks. 17/11471 [neu], S. 169). Anhaltspunkte dafür, dass der Anwendungsbereich durch die gesetzliche Neuregelung in § 48 GNotKG gegenüber § 19 Abs. 4 KostO insoweit eingeschränkt werden soll, sind demgegenüber nicht ersichtlich, zumal die Gesetzesbegründung ausdrücklich auf die Rechtsprechung des BayObLG (MittBayNot 1992, 416) zu § 19 Abs. 4 KostO Bezug nimmt.

13 dd) Entscheidend für diese Sichtweise spricht, dass der Gesetzgeber eine Stärkung landwirtschaftlicher Familienbetriebe erreichen will. Die Kostenprivilegierung soll bei Hofnachfolgeregelungen eine übermäßige Belastung der Landwirtschaft mit Notarkosten vermeiden, welche die Gefahr in sich birgt, dass der Hofinhaber von einer rechtzeitigen Hofnachfolgeregelung absieht (vgl. BT-Drucks. 11/2343, S. 6 zu § 19 Abs. 4 KostO). An diesem Ziel hält der Gesetzgeber mit der gesetzlichen Neuregelung unverändert fest. Das Bewertungsprivileg soll durch § 48 Abs. 1 GNotKG nicht nur erhalten, sondern sogar gestärkt werden, indem die Erhaltung und Fortführung leistungsfähiger landwirtschaftliche Betriebe in Familienbesitz und das öffentliche Interesse hieran in der Formulierung klarer zum Ausdruck kommen soll (vgl. BT-Drucks. 17/11471 [neu], S. 169). Dafür, dass ein nach § 19 Abs. 4 KostO privilegierter Übergabevertrag wie der hier geschlossene nach der Gesetzesänderung nicht mehr dem Bewertungsprivileg unterfallen soll, ist nichts ersichtlich. Soweit nach der Gesetzesbegründung die Anwendung des Bewertungsprivilegs unter anderem dann ausscheiden soll, wenn der Betrieb für eine Übergangszeit an einen Dritten verpachtet wird (vgl. BT-Drucks. 17/11471 [neu], S. 169), hat der Gesetzgeber in Anbetracht des Zwecks der Kostenprivilegierung ersichtlich nur solche Fälle vor Augen, in denen der übernommene Betrieb an einen außerhalb der Familie stehenden Dritten verpachtet bleibt bzw. wird. Unter diesen Voraussetzungen wäre die Position des Erwerbers auf die eines bloßen Verpächters reduziert. In derartigen Fällen fehlte es bereits nach alter Rechtslage an den Voraussetzungen einer Kostenprivilegierung, da die Hofübergabe nicht der Fortführung des Betriebs diente (vgl. BayObLG, MittBayNot 1994, 359). Nicht in den Blick genommen hat der Gesetzgeber demgegenüber diejenigen Fälle, in denen – wie hier – mit der Übergabe des aus sozialversicherungsrechtlichen Gründen innerfamiliär verpachteten Betriebs die Nachfolge innerhalb der Familie in Bezug auf den landwirtschaftlichen Familienbetrieb geregelt werden soll. Zutreffend weist die Rechtsbeschwerde darauf hin, dass der mit der Kostenprivilegierung verfolgte Zweck auch hier greift, da der von dem Notar beurkundete Vertrag die Übergabe eines familiär geführten landwirtschaftlichen Betriebs innerhalb der Familie an die nächste Generation zum Gegenstand hat, und der Hof von der Nachfolgegeneration im Rahmen der familiären Strukturen arbeitsteilig zusammen mit dem Pächter fortgeführt werden soll. Der Erwerb durch die Kostenschuldnerin dient der Erhaltung des landwirtschaftlichen Betriebs in den Händen der Familie. Auf dessen rechtliche Zuordnung kommt es dabei nicht an. Das Erfordernis einer unmittelbaren Fortführung des Betriebs durch die Kostenschuldnerin selbst ist vielmehr auch dann erfüllt, wenn zwar im Rechtsverkehr nach außen allein ihr Ehemann als Betriebsinhaber anzusehen ist, der Hof aber von beiden Eheleuten arbeitsteilig gemeinschaftlich bewirtschaftet wird. Diesem Zweck dienen auch die der Kostenschuldnerin von ihrem Ehemann erteilten Vollmachten.

14 ee) Der Umstand, dass der Betrieb bereits vor der Übergabe an den Ehemann der Kostenschuldnerin verpachtet war, steht der Kostenprivilegierung nach § 48 Abs. 1 GNotKG schließlich ebenfalls nicht entgegen. Zwar ist der Gesetz-

geber davon ausgegangen, dass eine Privilegierung ausgeschlossen ist, wenn ein Betrieb betroffen ist, der im Zeitpunkt der Vornahme des Geschäfts nicht von dem Eigentümer bewirtschaftet wird, sondern verpachtet ist (vgl. BT-Drucks. 17/11471 [neu], S. 169). Der Gesetzgeber hatte dabei aber nur den Fall einer Verpachtung des Betriebs an einen Dritten vor Augen, der den Betrieb nicht unmittelbar fortführt. Die Übergabe an den bisherigen Pächter, der den Hof künftig in Eigenregie unmittelbar weiterführen will, ist demgegenüber von der Kostenprivilegierung erfasst (vgl. BeckOK-KostR/*Soutier*, § 48 GNotKG Rdnr. 7; HK-NotarR/*Storch*, § 48 GNotKG Rdnr. 15; Korintenberg/Tiedtke, GNotKG, § 48 Rdnr. 14; *Tiedtke*, DNotZ 2014, 575, 581).

15 2. Die weiteren Voraussetzungen des § 48 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 GNotKG sind ebenfalls erfüllt. Nach den Feststellungen des Beschwerdegerichts dient der Hof der Familie der Kostenschuldnerin als Existenzgrundlage. Nicht erforderlich ist, dass der Betrieb den überwiegenden Teil der wirtschaftlichen Existenzgrundlage des zukünftigen Inhabers bildet, sodass auch Nebenerwerbslandwirte in den Genuss der Privilegierung kommen können (vgl. BT-Drucks. 17/11471 [neu], S. 169).

(...)

ANMERKUNG:

Von Notariatsoberrat **Franz Heitzer,** München

Die Entscheidung des BGH überrascht. Das Beschwerdegericht[1] hatte sich in seinem Beschluss der bis dato in der Literatur weitaus überwiegend vertretenen Ansicht[2] angeschlossen, dass eine für die Privilegierung nach § 48 Abs. 1 GNotKG hinderliche Verpachtung auch dann vorliegt, wenn es sich bei dem Pächter um ein Familienmitglied des Erwerbers handelt und der Betrieb folglich nicht vom Erwerber, sondern vom Pächter fortgeführt wird, auch wenn der Erwerber aufgrund einer familieninternen oder arbeitsrechtlichen Absprache bei der Bewirtschaftung des Hofes mitwirkt.

Ausgehend von den in § 48 Abs. 1 GNotKG niedergelegten Tatbestandsvoraussetzungen, wonach es sich zum einen bei dem Erwerber des land- oder forstwirtschaftlichen Betriebs um eine oder mehrere natürliche Personen handeln, zum anderen die unmittelbare Fortführung des Betriebs durch den Erwerber selbst beabsichtigt sein muss, wurde die Anwendung der Privilegierungsvorschrift bei jedweder Fortführung durch Dritte verneint. Nach der bisher überwiegend vertretenen Ansicht werde auch bei einer Verpachtung des Betriebs an einen Familienangehörigen des Erwerbers der Betrieb nicht von diesem selbst, sondern durch den Pächter fortgeführt. Der Umstand, dass der Erwerber bei der Bewirtschaftung auf der Grundlage familieninterner Absprachen mitwirke, führe zu keiner abweichenden Beurteilung.

Der BGH hat sich nunmehr der vom OLG Nürnberg[3] und einem Teil des Schrifttums[4] vertretenen konträren Auffassung angeschlossen, wonach eine Verpachtung des übergebenen Betriebs dann nicht entgegensteht, wenn ein Pachtverhältnis mit einem nahen Familienangehörigen des Erwerbers, hier der Ehemann, besteht und der Erwerber den Betrieb zusammen mit dem Pächter gleichberechtigt und in gemeinsamer Verantwortlichkeit in Arbeitsteilung bewirtschaftet.

Der BGH begründet seine Entscheidung u. a. damit, dass mit Rücksicht auf die Zielsetzung des Gesetzgebers, das Bewertungsprivileg zu erhalten und zu stärken, keine Anhaltspunkte für die Absicht des Gesetzgebers ersichtlich seien, den Anwendungsbereich durch die Neuregelung in § 48 GNotKG gegenüber der Vorgängernorm des § 19 Abs. 4 KostO generell einschränken oder strenger handhaben zu wollen. Verdeutlicht werde dies durch die ausdrückliche Bezugnahme in der Gesetzesbegründung auf die zur Vorgängernorm ergangenen Rechtsprechung des BayObLG.[5] Demzufolge sei nicht ersichtlich, dass ein nach § 19 Abs. 4 KostO privilegierter Übergabevertrag nach der Gesetzesänderung nicht mehr dem Bewertungsprivileg unterfallen soll.

Hiervon ausgehend führt der BGH (dem OLG Nürnberg folgend) im Weiteren aus, dass

- bereits nach der zur Vorgängernorm ergangenen Rechtsprechung[6] das Erfordernis einer Betriebsfortführung durch den Erwerber anerkannt war und eine Privilegierung dann verneint wurde, wenn der Betrieb dauerhaft an einen Dritten verpachtet war,
- vom BayObLG[7] allerdings eine (lediglich auf sozialversicherungsrechtlichen Gründen) fortbestehende Verpachtung des Betriebs an den Ehegatten des Erwerbers als unschädlich angesehen wurde, sofern der Erwerber bei der Bewirtschaftung selbst arbeitsteilig mitwirkt.
- Vollumfänglich überzeugt dies jedoch nicht. Anders als § 19 Abs. 4 KostO, wonach es für eine Privilegierung ausgereicht hat, wenn das Geschäft „die Fortführung des Betriebs in sonstiger

1 OLG München, Beschluss vom 09.11.2022, 32 Wx 443/22 Kost, BeckRS 2022, 55226.

2 BeckOK-KostR/*Soutier*, Stand: 01.07.2024, § 48 GNotKG Rdnr. 24; Bormann/Diehn/Sommerfeldt/*Diehn*, GNotKG, 4. Aufl. 2021, § 48 Rdnr. 14; Leipziger Gerichts- & Notarkostenkommentar/*Heinze*, 3. Aufl. 2021, § 48 Rdnr. 24 Fn. 51; Korintenberg/*Tiedtke*, GNotKG, 22. Aufl. 2022, § 48 Rdnr. 9, 33a; HK-NotarR/*Storch*, 1. Aufl. 2022, § 48 GNotKG Rdnr. 16; *Sikora*/*Tiedtke*, DNotZ 2018, 576, 582 ff.

3 Beschluss vom 01.02.2017, 8 W 2148/16, MittBayNot 2017, 422 = JurBüro 2017, 137 = BeckRS 2017, 102184.

4 Rohs/Wedewer/*Rohs*, GNotKG, Stand: 2024, § 48 Rdnr. 17; Toussaint/*Kawell*, Kostenrecht, 53. Aufl. 2023, § 48 GNotKG Rdnr. 8.

5 BT-Drucks. 17/11471 (neu), S. 169 mit dem Verweis auf BayObLG, Beschluss vom 09.07.1992, 3 Z BR 33/92, MittBayNot 1992, 416.

6 BayObLG, Beschluss vom 06.04.1994, 3 Z BR 48/94, MittBayNot 1994, 359 = BayObLGZ 1994, 110.

7 BayObLG, Beschluss vom 03.09.1997, 3 Z BR 8/97, MittBayNot 1997, 382 = JurBüro 1998, 41.

Weise“ betraf, sollten nach der Gesetzesbegründung[8] die Anforderungen für das Vorliegen der Betriebsfortführung in der Abfassung des § 48 Abs. 1 GNotKG deutlicher zum Ausdruck kommen, zumal die in der Vorgängernorm enthaltene Formulierung „in sonstiger Weise“ eine Öffnung für eine Vielzahl von Geschäften bewirkt hatte.

- Ergänzend hierzu wird in der Gesetzesbegründung ausgeführt,[9] dass
- das Bewertungsprivileg auch zukünftig nur dann gelten soll, wenn die Fortführung des Betriebs durch den Erwerber beabsichtigt ist,
- es eine Begünstigung dann geben soll, wenn der Erwerber dem bisherigen Eigentümer unmittelbar als Bewirtschafter nachfolgt. Dabei wird klargestellt, dass auch die sog. „gleitende Übergabe“ (Übertragung unter Nießbrauchsvorbehalt zu Lebzeiten) weiterhin vom Privileg erfasst wird. Auch in diesem Fall folgt der Erwerber dem Übergeber als Bewirtschafter unmittelbar nach, wenn auch erst nach Beendigung des Nießbrauchs.
- eine Privilegierung jedoch dann ausscheiden soll, wenn der Betrieb für eine Übergangszeit an einen Dritten verpachtet wird oder ein Betrieb betroffen ist, der im Zeitpunkt der Vornahme des Geschäfts nicht vom Eigentümer bewirtschaftet wird, sondern zum Beispiel überwiegend verpachtet ist, brachliegt oder anderweitig genutzt wird.

Auf dieser Grundlage wurde die Entscheidung des OLG Nürnberg von *Tiedtke*[10] mit nachvollziehbaren Argumenten ablehnend kommentiert.[11]

In seiner Entscheidungsbegründung räumt der BGH durchaus ein, dass die Änderung des Wortlauts der Norm gegenüber § 19 Abs. 4 KostO eine Einengung des Bewertungsprivilegs nahelegen könne, da es an einer „unmittelbaren“ Fortführung des Betriebs durch den Erwerber selbst fehlen könnte, wenn der Pächter die Verantwortung nach außen übernimmt. Dies sei, so der BGH, allerdings nicht zwingend. Vielmehr habe der Gesetzgeber hinsichtlich der eine Privilegierung ausschließenden Verpachtung des Betriebs in Anbetracht des Gesetzeszwecks der Erhaltung leistungsfähiger landwirtschaftlicher Betriebe in der Hand bäuerlicher Familien nur solche Fälle vor Augen gehabt, in denen der Betrieb an einen außerhalb der Familie stehenden Dritten verpachtet bleibt oder wird. Nach Auffassung des BGH ist das durch § 48 Abs. 1 GNotKG normierte Erfordernis einer unmittelbaren Fortführung des Betriebs durch den Erwerber selbst dann erfüllt, wenn zwar nach außen allein der Ehegatte des Erwerbers als Betriebsinhaber anzusehen ist, der Hof aber von beiden Eheleuten arbeitsteilig gemeinschaftlich bewirtschaftet wird.

Auch wenn letztlich nicht ganz frei von Bedenken, ist das Kostenprivileg des § 48 Abs. 1 GNotKG jedenfalls für den vom BGH entschiedenen Sachverhalt und unter den dort vorliegenden Voraussetzungen (naher Familienangehöriger als Pächter und arbeitsteilige gemeinschaftliche Bewirtschaftung des Betriebs durch Pächter und Erwerber) anzuwenden.

Dabei ergeben sich für die Praxis allerdings Abgrenzungsfragen. So lässt die Beschlussbegründung des BGH zum einen offen, welche Personen als „nahe Familienangehörige“ anzusehen sind. Während etwa der Ehegatte, ein Geschwisterteil oder auch ein Elternteil des Erwerbers hierunter zu subsumieren sein dürften, sind in der Praxis auch Pachtverhältnisse mit entfernteren Verwandten (Onkel oder Tante, Neffen und Nichten des Erwerbers) nicht unüblich. In den letztgenannten Fällen dürften allerdings Verpachtungen aus sozialversicherungsrechtlichen Gründen und eine arbeitsteilige Bewirtschaftung mit dem Anwesenserwerber eher fernliegend sein. Offen bleibt zum anderen auch die Frage, was unter einer arbeitsteiligen, gemeinschaftlichen Bewirtschaftung zu verstehen ist und wie dies objektiv abgrenzbar durch den Übernehmer darzulegen ist.

An der grundsätzlichen Einstufung des § 48 GNotKG als nach wie vor eng auszulegende Sondervorschrift ist jedenfalls festzuhalten, zumal diese Einordnung bereits in der zu § 19 Abs. 4 KostO ergangenen obergerichtlichen Rechtsprechung so vertreten wurde.[12]

Demzufolge wird eine Privilegierung auch weiterhin zu verneinen sein, wenn die Bewirtschaftung des landwirtschaftlichen Betriebs durch eine bestehende oder neu gegründete (e)GbR auf Grundlage eines mit dieser geschlossenen Pachtvertrages erfolgt. In Anbetracht der Außenrechtsfähigkeit und Parteifähigkeit einer (e)GbR wird diese selbst dann als „Dritter“ im Sinne der Gesetzesbegründung anzusehen und nicht im Sinne der vorstehenden Entscheidung einem „nahen Familienangehörigen“ gleich zu bewerten sein, wenn an der Gesellschaft neben dem Erwerber ausschließlich Eltern und/oder Geschwister des Erwerbers beteiligt sind.

Aus den gleichen Gründen ist, ebenso wie bei einer unmittelbaren Übergabe eines Betriebs an eine rechtsfähige GbR, sonstige Personengesellschaft oder Stiftung,[13]

8 BT-Drucks. 17/11471 (neu), S. 169.

9 BT-Drucks. 17/11471 (neu), a. a. O.

10 Nicht zuletzt Mitglied der an der Ausarbeitung des GNotKG beteiligten Expertenkommission.

11 MittBayNot 2017, 422, 427.

12 BayObLG, Beschluss vom 08.01.1996, 3 Z BR 278/95, MittBayNot 1996, 232; Beschluss vom 06.06.1991, BReg. 3 Z 71/91, BayObLGZ 1991, 200; OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 22.07.2009, 20 W 328/07, ZNotP 2010, 119; OLG München, Beschluss vom 28.01.2010, 31 Wx 59/09, MittBayNot 2010, 418; Beschluss vom 28.01.2014, 34 Wx 576/11, ZNotP 2014, 77.

13 Korintenberg/Tiedtke, GNotKG, § 48 Rdnr. 15; Bormann/Diehn/Sommerfeldt, GNotKG, § 48 Rdnr. 12; Rohs/Wedewer, GNotKG, § 48 Rdnr. 24 (jedenfalls für Vorgänge seit Inkrafttreten des MoPeG); Toussaint/Kawell, Kostenrecht, § 48 GNotKG Rdnr. 4.

die Privilegierung nach wie vor zum Beispiel in den Fällen zu versagen, in denen der Betrieb zwar an eine natürliche Person übergeben wird, dieser Betrieb jedoch bereits bisher durch eine (e)GbR geführt wurde und von dieser auch unmittelbar fortgeführt wird. Dies gilt auch, wenn der Erwerber selbst neben anderen Gesellschaftern an der (e)GbR beteiligt ist.[14]

14 Korintenberg/Tiedtke, a. a. O..

ÖFFENTLICHES RECHT

21. Zur Eigenschaft als Landwirt nach dem GrdStVG

OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 03.07.2023, 20 WLw 1/23

GrdStVG § 9

LEITSÄTZE:

1. **In den Genehmigungsverfahren nach dem GrdStVG ist der Erwerb landwirtschaftlicher Flächen durch eine Landwirtschaft betreibende Kapitalgesellschaft demjenigen durch einen Einzellandwirt gleichzustellen. Dies setzt aber voraus, dass im Einzelfall eine diesbezügliche unternehmerische Tätigkeit nicht nur Gesellschaftszweck ist, sondern dass eine auf Bodenbewirtschaftung beruhende planmäßige Aufzucht von Pflanzen oder eine damit verbundene Tierhaltung auch tatsächlich ausgeübt wird. Unklare oder unverbindliche Absichtserklärungen reichen nicht aus.**
2. **Der Nebenerwerbslandwirt ist dem Haupterwerbslandwirt gleichzusetzen, wenn er landwirtschaftlicher Unternehmer ist und durch die Bewirtschaftung des Betriebs oder Grundstücks die Existenzgrundlage des Nebenerwerbslandwirts und der zu seinem Haushalt gehörenden Familienangehörigen wesentlich verbessert wird. Eine agrarstrukturell schutzwürdige Verbesserung der Existenzgrundlage wird allerdings nur dann angenommen werden können, wenn der Nebenerwerbsbetrieb aufstockungswürdig ist, d. h. wenn er wenigstens durch den Zuerwerb zu einem leistungsfähigen (Nebenerwerbs-)Betrieb wird. Ein wesentliches Indiz für die Leistungsfähigkeit dürfte dabei die Erwirtschaftung von Gewinnen sein. Nicht entscheidend ist, in welchem Umfang bzw. zu welchem Prozentsatz die Einkünfte aus Landwirtschaft zum Gesamteinkommen beitragen. Maßgebend ist vielmehr, dass gewährleistet ist, dass der Nebenerwerbslandwirt in hinreichendem Umfang eigene Arbeitskraft in seinen landwirtschaftlichen Betrieb investiert, die maßgeblichen Entscheidungen selbst trifft und der Betrieb gewinnorientiert und nicht als bloßes Abschreibungs- oder Liebhaberobjekt geführt wird.**

STEUERRECHT

22. Berechtigung zur Absetzung für Abnutzung nach entgeltlichem Anteilserwerb

BFH, Urteil vom 14.11.2023, IX R 1/22 (Vorinstanz: FG Nürnberg, Urteil vom 03.02.2021, 3 K 682/20)

EStG § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 7, § 21 Abs 1 Satz 1 Nr. 1

LEITSÄTZE:

1. **Mit dem entgeltlichen Erwerb eines Anteils an einer vermögensverwaltenden Personengesellschaft beginnen beim Erwerber in Bezug auf die anteilig mit- oder hinzuerworbenen abnutzbaren Wirtschaftsgüter des Gesamthandsvermögens neue AfA-Reihen, die sich nach der Restnutzungsdauer des jeweiligen Wirtschaftsguts im Zeitpunkt des Anteilserwerbs und nach den anteilig auf das miterworbene Wirtschaftsgut entfallenden Anschaffungskosten des Erwerbers bemessen (Bestätigung des Senatsurteils vom 03.05.2022, IX R 22/19, BFHE 277, 148 = BStBl. II 2023, S. 186).**
2. **Das gilt auch dann, wenn die Gesellschaft mit dem Anteilserwerb infolge der Vereinigung sämtlicher Anteile in einer Hand liquidationslos erlischt. Für die AfA-Berechtigung des Anteilserwerbers ist im Hinblick auf die unterschiedlichen Anschaffungsvorgänge trotz Alleineigentums von verschiedenen Wirtschaftsgütern auszugehen.**
3. **Für die AfA-Berechtigung des Anteilserwerbers hinsichtlich der mit dem Anteilserwerb anteilig mit- oder hinzuerworbenen Wirtschaftsgüter kommt es im Hinblick auf die Gesellschaftsverbindlichkeiten darauf an, in welcher Höhe die Gesellschaft die Darlehensmittel zur Bezahlung von Anschaffungs- oder Herstellungskosten einzelner Wirtschaftsgüter tatsächlich verwendet hatte. Soweit dies der Fall war, erhöhen die im Zeitpunkt des Anteilserwerbs noch bestehenden Verbindlichkeiten verhältnismäßig die AfA-Bemessungsgrundlage des Erwerbers für das jeweilige Wirtschaftsgut (Bestätigung des Senatsurteils vom 03.05.2022, IX R 22/19, BFHE 277, 148 = BStBl. II 2023, S. 186).**
4. **Beim anteiligen Miterwerb von bebauten Grundstücken des Gesamthandsvermögens ist, soweit es um die AfA des Anteilserwerbers geht, eine erneute Aufteilung der anteiligen Anschaffungskosten auf Grund und Boden einerseits und Gebäude andererseits erforderlich (Bestätigung des Senatsurteils vom 03.05.2022, IX R 22/19, BFHE 277, 148 = BStBl. II 2023, S. 186).**

23. Einbringung gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten

BFH, Urteil vom 23.03.2023, IV R 2/20 (Vorinstanz: FG Niedersachsen, Urteil vom 17.10.2019, 7 K 67/15)

EStG § 7 Abs. 1 Satz 5

LEITSÄTZE:

1. **Die Übertragung eines Wirtschaftsguts des Privatvermögens auf eine gewerbliche Personengesellschaft gegen erstmalige Einräumung einer Mitunternehmerstellung ist auch dann ein vollentgeltliches Geschäft (Einbringung gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten), wenn der Wert des übertragenen Wirtschaftsguts nicht nur dem Kapitalkonto I (Festkapitalkonto), sondern auch einem gesamthänderisch gebundenen Rücklagenkonto gutgeschrieben wird (Bestätigung der Rechtsprechung).**
2. **Dieser Vorgang ist nicht in einen entgeltlichen und einen unentgeltlichen Teil aufzuspalten; § 7 Abs. 1 Satz 5 EStG ist insgesamt nicht anwendbar (Bestätigung der Rechtsprechung).**

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Zwischen den Beteiligten ist streitig, ob im Zuge der Übertragung eines Grundstücks mit aufstehender Windkraftanlage (WKA) auf eine Personengesellschaft die Bemessungsgrundlage für die Absetzung für Abnutzung (AfA) gemäß § 7 Abs. 1 Satz 5 EStG zu kürzen ist.

2 Die Klägerin und Revisionsklägerin (Klägerin) ist die M-GbR. Sie wurde mit Gesellschaftsvertrag (G-Vertrag) vom 24.02.2010, im Innenverhältnis mit Wirkung ab dem 01.01.2010, gegründet (§ 4 G-Vertrag). Gesellschafter der Klägerin sind G, J, D und A zu je 25 %. Das Festkapital der Klägerin beträgt 10.000 € (§ 5 Nr. 1 G-Vertrag). Jeder Gesellschafter hält hieran einen Anteil von 2.500 € (§ 5 Nr. 2 G-Vertrag). Gegenstand der Klägerin ist die Verwaltung eigenen Vermögens, insbesondere von Grundstücken, das Betreiben einer WKA sowie alle damit zusammenhängenden Geschäfte (§ 2 G-Vertrag). Die Gewinnverteilung richtet sich nach den Festkapitalkonten (§ 10 Nr. 1 G-Vertrag). Nach § 12 Nr. 6 G-Vertrag gewähren je 100 € Festkapitaleinlage eine Stimme in der Gesellschafterversammlung. Im Falle der Auflösung der Gesellschaft wird das sich bei der Liquidation ergebende Vermögen im Verhältnis der (Fest-)Kapitalanteile an die Gesellschafter verteilt (vgl. § 18 G-Vertrag).

3 Zur Erfüllung der Einlageverpflichtung der Gesellschafter ist nach § 5 Nr. 3 G-Vertrag ein Grundstück mit aufstehender WKA auf die Klägerin zu übertragen. Soweit der Wert der Einlage die Einlage gemäß § 5 Nr. 2 G-Vertrag von nominal insgesamt 10.000 € übersteigt, ist dieser Betrag einem gesamthänderisch gebundenen Rücklagenkonto gutzuschreiben.

4 Das einzubringende Grundstück sollte von der Besitz-GbR übertragen werden. An der Besitz-GbR waren die GbR I zu 50 % sowie B und R zu jeweils 25 % beteiligt, an der GbR I die Gesellschafter der Klägerin zu jeweils 25 %. Zum Vermögen der Besitz-GbR gehörte ein Grundstück, das mit einer Kläranlage und einer WKA bebaut war. Die Besitz-GbR erzielte Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung.

5 Bereits mit Auseinandersetzungsvertrag vom 28.12.2009 hatten die Gesellschafter der Besitz-GbR vereinbart, dass die GbR I gegen Abfindung aus der Gesellschaft ausscheidet. Zur Erfüllung des Abfindungsanspruchs sollte nach § 4 Nr. 1 des Auseinandersetzungsvertrags der mit der WKA bebaute Teil des Grundstücks auf die neu gegründete Klägerin übertragen werden. Der hinsichtlich der WKA mit dem Versorger bestehende Stromeinspeisevertrag sollte im Innenverhältnis ab dem 01.01.2010 auf die neu zu gründende Klägerin übertragen werden (§ 4 Nr. 2 des Auseinandersetzungsvertrags). Tatsächlich vereinbarte die Klägerin mit der Y-GmbH mit Nachtragsvertrag vom 14.04.2010, dass der Stromeinspeisevertrag mit Wirkung ab dem 01.01.2010 mit allen Rechten und Pflichten auf die Klägerin übergeht. Die Stromeinspeisevergütungen gingen ab März 2010 auf den Konten der Klägerin ein. Am 04.03.2010 wurde die Übertragung des Grundstücks nebst WKA ohne Auflassung von der Besitz-GbR auf die Klägerin notariell beurkundet. Die Auflassung wurde am 31.08.2010 notariell beurkundet.

6 Nachdem der Beklagte und Revisionsbeklagte (FA) im Bescheid über die gesonderte und einheitliche Feststellung von Besteuerungsgrundlagen (Gewinnfeststellungsbescheid) 2010 vom 06.12.2013 für die Klägerin im Schätzungswege ermittelte Einkünfte aus Gewerbebetrieb i. H. v. 36.000 € ausgewiesen hatte, reichte die Klägerin in dem sich anschließenden Einspruchsverfahren eine Feststellungserklärung ein. Sie erklärte einen Gewinn aus Gewerbebetrieb i. H. v. 165 €. Bei der Gewinnermittlung berücksichtigte sie für die WKA eine AfA i. H. v. 30.300 €. Die Klägerin setzte die WKA mit einem Wert von 400.000 € an und legte der AfA eine Nutzungsdauer von elf Jahren zugrunde. Der jährliche Absetzungsbetrag von 36.363 € sei im Feststellungszeitraum 2010 (Streitjahr) nur zeitanteilig ab März 2010 i. H. v. 30.300 € gewinnmindernd zu berücksichtigen. Der die Festkapitalkonten von jeweils 2.500 € überschreitende Wert der eingebrachten WKA wurde i. H. v. 390.000 € in der Buchführung der Klägerin einem gesamthänderisch gebundenen Rücklagenkonto gutgeschrieben.

7 Das FA erkannte in der Einspruchsentscheidung vom 24.02.2015 den für die WKA geltend gemachten Abschreibungsbetrag mit Hinweis auf § 7 Abs. 1 Satz 5 EStG nicht steuermindernd an. Es liege die Überführung eines Wirtschaftsguts aus dem Privatvermögen in das Betriebsvermögen und damit eine Einlage vor. Danach seien nach § 7 Abs. 1 Satz 5 EStG die zuvor im Rahmen der Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung in Anspruch genommenen Abschreibungsbeträge vom Einlagewert abzuziehen, sodass die Klägerin im Ergebnis keine weiteren Abschreibungsbeträge mehr in Anspruch nehmen könne. Hiervon ausgehend stellte das FA in der Einspruchsentscheidung vom 24.02.2015 die laufenden Gesamthandseinkünfte der Klägerin mit 30.465 € fest. Im Übrigen wies es den Einspruch als unbegründet zurück.

8 Mit der hiergegen erhobenen Klage begehrte die Klägerin sinngemäß, die für das Streitjahr festgestellten laufenden

Gesamthandseinkünfte i. H. v. 30.465 € auf 165 € herabzusetzen. Im Verfahren vor dem FG war strittig, ob die Übertragung des Windkraftanlagengrundstücks auf die Klägerin ein entgeltlicher oder ein unentgeltlicher Vorgang sei. Zudem war für den Fall der Annahme eines entgeltlichen Vorgangs streitig, mit welchem Wert bei der Klägerin Anschaffungskosten für die WKA als Bemessungsgrundlage für die AfA in gleichen Jahresbeträgen (lineare AfA) anzusetzen seien. Nach dem Sitzungsprotokoll vom 17.10.2019 verständigten sich die Beteiligten im Rahmen der mündlichen Verhandlung tatsächlich dahin gehend, dass die WKA im Zeitpunkt der Übertragung auf die Klägerin mindestens einen Wert von 10.000 € hatte.

9 Die Klage war nur in geringem Umfang erfolgreich. Das FG änderte mit Urteil vom 17.10.2019, 7 K 67/15 den Gewinnfeststellungsbescheid 2010 dahin, dass der laufende Gesamthandsgewinn mit 29.708 € festgestellt wird. Zur Begründung führte das FG im Wesentlichen aus:

10 Die WKA sei gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten in die gewerblich tätige Klägerin eingebracht worden. Es liege ein tauschähnlicher Vorgang vor, soweit der Wert der WKA den Festkapitalkonten der Gesellschafter gemäß § 5 Nr. 2 G-Vertrag i. H. v. 10.000 € gutgeschrieben worden sei. § 7 Abs. 1 Satz 5 EStG finde insoweit keine Anwendung. Das FG schließe sich der Rechtsprechung des BFH an, wonach § 7 Abs. 1 Satz 5 EStG bei der Übertragung von Einzelwirtschaftsgütern in eine Personengesellschaft gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten mangels Einlage keine Anwendung finde. Ein derartiger Vorgang sei auch nicht einer Einlage i. S. d. § 7 Abs. 1 Satz 5 EStG gleichzustellen.

11 Soweit jedoch der Wert der übertragenen WKA der gesamthänderisch gebundenen Rücklage mit 390.000 € gutgeschrieben worden sei, liege kein tauschähnlicher Vorgang, sondern eine Einlage vor. Insoweit könne die Klägerin gemäß § 7 Abs. 1 Satz 5 EStG keine Abschreibungsbeträge steuermindernd geltend machen. Die Rechtsprechung des BFH, wonach insgesamt ein tauschähnlicher Vorgang vorliege, wenn der Wert des zur Erlangung der Mitunternehmerstellung eingebrachten Wirtschaftsguts nicht nur dem Kapitalkonto I, sondern auch dem Kapitalkonto II oder einem anderen Kapitalkonto (zum Beispiel gesamthänderisch gebundenes Rücklagenkonto) gutgeschrieben werde, sei durch das BFH, Urteil vom 29.07.2015, IV R 15/14 (BFHE 251, 422 = BStBl. II 2016, S. 593) überholt. Der BFH habe in dieser Entscheidung zwar ausdrücklich offengelassen, ob auch dann ein in vollem Umfang entgeltliches Geschäft vorliege, wenn der Wert des zur Erlangung/Erweiterung einer Mitunternehmerstellung eingebrachten Wirtschaftsguts nicht nur dem Kapitalkonto I, sondern zum Teil auch einem anderen Kapitalunterkonto (zum Beispiel dem Kapitalkonto II) gutgeschrieben oder in eine gesamthänderisch gebundene Rücklage eingestellt werde. Die systematisch zutreffende Übertragung der in diesem BFH-Urteil aufgestellten Grundsätze auf den Streitfall führe aber dazu, dass die WKA nur insoweit gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten eingebracht sei, als deren Wert den Festkapitalkonten der Gesellschafter gutgeschrieben werde. Denn die maßgeblichen Gesellschafterrechte richteten sich nach dem Gesellschaftsvertrag nur nach den Festkapitalkonten. Die vorzunehmende Aufspaltung des Übertragungsvorgangs in einen vollentgeltlichen und in einen voll unentgeltlichen Teil spiegele auch den wirtschaftlichen Gehalt des zu beurteilenden Sachverhalts zutreffend wider. Ein entgeltliches Austauschverhältnis liege nur insoweit vor, als die Klägerin für die Übertragung der WKA Gesellschaftsrechte im Wert von insgesamt 10.000 € gewährt habe. Dass die gewährten Gesellschaftsrechte nach der Übertragung der WKA einen Mehrwert repräsentieren, sei lediglich ein notwendiger Reflex der Übertragung, der eine Erhöhung der Anschaffungskosten nicht rechtfertige.

12 Hieraus resultiere für das Streitjahr bei Anschaffungskosten i. H. v. 10.000 € und einer betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer von elf Jahren ein zeitanteiliger Abschreibungsbetrag i. H. v. 757 € (= jährlicher Abschreibungsbetrag von 909 € x 10/12).

13 Hiergegen richtet sich die Revision der Klägerin, die sie mit einer Verletzung des § 7 Abs. 1 Satz 5 EStG begründet.

14 Sie beantragt, das Urteil des Niedersächsischen FG vom 17.10.2019, 7 K 67/15 aufzuheben und den Bescheid für 2010 über die gesonderte und einheitliche Feststellung von Besteuerungsgrundlagen vom 06.12.2013 in Gestalt der Einspruchsentscheidung vom 24.02.2015 dahin zu ändern, dass ein laufender Gesamthandsgewinn i. H. v. 165 € festgestellt wird.

15 Das FA beantragt, die Revision zurückzuweisen, soweit die Klägerin begehrt, in dem Bescheid für 2010 über die gesonderte und einheitliche Feststellung von Besteuerungsgrundlagen vom 06.12.2013 in Gestalt der Einspruchsentscheidung vom 24.02.2015 einen laufenden Gesamthandsgewinn von unter 19.098 € festzustellen.

16 Zur Begründung trägt das FA vor, dass es – anders als noch vor dem FG – die im Streitfall erfolgte Übertragung nunmehr als einen vollentgeltlichen Vorgang werte. Dies habe eine Abstimmung mit dem BMF und den obersten Landesfinanzbehörden ergeben. Insoweit sei die Klägerin klaglos zu stellen. Gleichwohl könne die von der Klägerin begehrte Abschreibung nicht in voller Höhe anerkannt werden. Der Wert der WKA betrage nach dem vereinfachten Ertragswertverfahren lediglich 145.939,90 €. Die Abschreibung für zehn Monate belaufe sich daher auf 11.367 €. Daraus ergebe sich ein laufender Gesamthandsgewinn i. H. v. 19.098 € (= 30.465 € ./. 11.367 €).

17 II. Die Revision der Klägerin ist begründet. Sie führt zur Aufhebung der Vorentscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das FG zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung (§ 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 FGO.

18 Das Urteil des FG ist aufzuheben, weil es die Übertragung des im Privatvermögen befindlichen Grundstücks mit aufstehender WKA (bzw. der ideellen Anteile hieran) gegen Einräumung der Mitunternehmerstellungen zu Unrecht in einen entgeltlichen und einen unentgeltlichen Teil aufgeteilt hat. Diese Übertragung ist als ein insgesamt entgeltlicher Vorgang zu beurteilen (dazu 1.). Die Sache ist nicht spruchreif (dazu 2.).

19 1. Die Übertragung der (ideellen) Anteile an dem vorbezeichneten Grundstück mit aufstehender WKA gegen Einräumung der Mitunternehmerstellungen ist ein insgesamt tauschähnliches und damit ein vollentgeltliches Geschäft. § 7 Abs. 1 Satz 5 EStG ist nicht, auch nicht teilweise, anwendbar.

20 a) aa) Nach § 7 Abs. 1 Satz 1 EStG ist bei Wirtschaftsgütern, deren Verwendung oder Nutzung durch den Steuerpflichtigen zur Erzielung von Einkünften sich erfahrungsgemäß auf einen Zeitraum von mehr als einem Jahr erstreckt, jeweils für ein Jahr der Teil der Anschaffungs- oder Herstellungskosten abzusetzen, der bei gleichmäßiger Verteilung dieser Kosten auf die Gesamtdauer der Verwendung oder Nutzung auf ein Jahr entfällt (lineare AfA). Bemessungsgrundlage der linearen AfA sind daher die Anschaffungs- oder Herstellungskosten des Wirtschaftsguts. Bei abnutzbaren Wirtschaftsgütern, die nach einer Verwendung zur Erzielung von Einkünften i. S. d. § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 bis 7 EStG in ein Betriebsvermögen eingelegt worden sind, mindert sich der Einlagewert um die AfA oder Absetzungen für Substanzverringerung, Sonderabschreibungen oder erhöhte Absetzungen, die bis zum Zeitpunkt der Einlage vorgenommen worden sind, höchstens jedoch bis zu den fortgeführten Anschaffungs- oder Herstellungskosten (§ 7 Abs. 1 Satz 5 1. Hs. EStG); ist der Einlagewert niedriger als dieser Wert, bemisst sich die weitere AfA vom Einlagewert (§ 7 Abs. 1 Satz 5 2. Hs. EStG).

21 bb) Nach bisheriger höchstrichterlicher Rechtsprechung begründet die Einbringung von Wirtschaftsgütern des Privatvermögens in eine gewerbliche Personengesellschaft gegen die Einräumung (oder Erweiterung) einer Mitunternehmerstellung (Gewährung von Gesellschaftsrechten) keine Einlage i. S. v. § 7 Abs. 1 Satz 5 EStG, sondern ein entgeltliches Geschäft. § 7 Abs. 1 Satz 5 EStG greift nicht ein (BFH-Urteile vom 24.01.2008, IV R 37/06, BFHE 220, 374 = BStBl. II 2011, S. 617 unter II. 2. und IV R 66/05, BFH/NV 2008, 1301 unter II. 2.). In diesem Fall liegt für die Personengesellschaft ein Anschaffungsgeschäft vor (BFH-Urteil in BFHE 220, 374 = BStBl. II 2011, S. 617 unter II. 2. a) und b)).

22 cc) Die Einräumung einer Mitunternehmerstellung zeigt sich dadurch, dass der Wert des eingebrachten Wirtschaftsguts dem Kapitalkonto des Gesellschafters gutgeschrieben wird, welches nach dem Gesellschaftsvertrag die Gesellschaftsrechte repräsentiert. Im Fall eines gesellschaftsvertraglich vereinbarten Mehrkontenmodells wird dieses Konto üblicherweise als Festkapitalkonto oder Kapitalkonto I bezeichnet (BFH-Urteil in BFHE 251, 422 = BStBl. II 2016, S. 593 Rdnr. 27).

23 (1) Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung, der Verwaltungsauffassung und der herrschenden Meinung im Fachschrifttum liegt bei der Einbringung von Einzelwirtschaftsgütern des Privatvermögens in eine Personengesellschaft ein vollentgeltliches (= insgesamt entgeltliches) Geschäft auch dann vor, wenn infolge der der Einbringung zugrunde liegenden Vereinbarung der Wert des eingebrachten Wirtschaftsguts nicht nur dem Kapitalkonto I, sondern auch einer gesamthänderisch gebundenen Rücklage gutgeschrieben wird (BFH-Urteile in BFHE 220, 374 = BStBl. II 2011, S. 617 unter II. 2. b) bb) bbb) und II. 2. b) cc); in BFH/NV 2008, 1301 unter II. 2. b) bb); BMF-Schreiben vom 11.07.2011, IV C 6-S 2178/09/10001, BStBl. I 2011, S. 713 Tz. II. 2. a), dritter Spiegelstrich, Alternative 1 in Verbindung mit BMF-Schreiben vom 26.07.2016, IV C 6-S 2178/09/10001, BStBl. I 2016, S. 684; Schmidt/*Kulosa*, EStG, 42. Aufl., § 7 Rdnr. 125; *Bartone* in Korn, Einkommensteuergesetz, § 7 Rdnr. 101.1; *Anzinger* in Herrmann/Heuer/Raupach, EStG, KStG, § 7 EStG Rdnr. 214).

24 Auch bei der Einbringung betrieblicher Sachgesamtheiten nach § 24 des UmwG und Gutschrift des eingebrachten Werts in vorbezeichneter Weise geht die ganz herrschende Meinung von einem vollentgeltlichen Geschäft aus (zum Beispiel BFH, Urteil vom 25.04.2006, VIII R 52/04, BFHE 214, 40 = BStBl. II 2006, S. 847 unter II. B. 3. a); vgl. auch Urteil vom 17.07.2008, I R 77/06, BFHE 222, 402 = BStBl. II 2009, S. 464 unter B. I. 3.; BMF-Schreiben vom 11.11.2011, IV C 2-S. 1978-b/08/10001//2011/0903665, BStBl. I 2011, S. 1314, Rdnr. 24.07 in Verbindung mit BMF-Schreiben in BStBl. I 2016, S. 684; Schmitt/Hörtnagl, Umwandlungsgesetz, Umwandlungsteuergesetz, 9. Aufl., § 24 UmwStG Rdnr. 131; *Patt* in Dötsch/Pung/Möhlenbrock, Kommentar zum KStG, § 24 UmwStG Rdnr. 108; *Bär*/*Merkle* in Haritz/Menner/Bilitewski, Umwandlungsteuergesetz, 5. Aufl., § 24 Rdnr. 76).

25 (2) Der Senat hält an dieser Beurteilung – auch aus Gründen der Rechtsprechungskontinuität – fest. Bei einer vereinbarungsgemäßen Gutschrift des Werts des eingebrachten Wirtschaftsguts in vorbezeichneter Weise liegt insgesamt ein tauschähnliches Geschäft vor. Dieser Vorgang ist auch entgeltlich, soweit eine anteilige Gutschrift auf dem gesamthänderisch gebundenen Rücklagenkonto erfolgt. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Einbringung insgesamt für Rechnung des Einbringenden erfolgt, d. h. es zu keinen Vermögensverschiebungen zwischen den Gesellschaftern kommt.

26 In diesem Fall ist der auf dem gesamthänderisch gebundenen Rücklagenkonto verbuchte Wertanteil des eingebrachten Wirtschaftsguts Bestandteil der vom Einbringenden im Austausch gegen die Einräumung der Mitunternehmerstellung geschuldeten Leistung und damit Teil des tauschähnlichen Geschäfts. Auch wenn die Gutschrift auf diesem Rücklagenkonto dem Einbringenden – anders als eine Gutschrift auf dem Festkapitalkonto – keine direkte Vermögensposition zuweist, gewährleistet sie doch, dass der Einbringende eine Mitunternehmerstellung in Höhe des Werts seines eingebrachten Wirtschaftsguts erhält. Denn der Einbringende partizipiert an dem gesamthänderisch gebundenen Rücklagenkonto anteilig in Höhe seiner Beteiligungsquote, die sich wiederum nach dem Festkapitalkonto richtet. In einem solchen Fall ist die anteilige Gutschrift auf dem gesamthänderisch gebundenen Rücklagenkonto ein Teil der dem Einbringenden für seine Sacheinlage gewährten „tauschähnlichen Gegenleistung“ und nicht nur eine reflexartige Wertsteigerung seiner Beteiligung.

27 dd) Entgegen der Auffassung des FG ergibt sich im Grundsatz nichts Abweichendes aus den BFH-Urteilen in BFHE 251, 422 = BStBl. II 2016, S. 593 Rdnr. 25 f. und vom

04.02.2016, IV R 46/12, BFHE 253, 95 = BStBl. II 2016, S. 607 Rdnr. 26 f.

28 In diesen Urteilen hat der Senat entschieden, dass keine Einbringung gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten, sondern eine Einlage vorliegt, wenn der Gegenwert des übertragenen Wirtschaftsguts dem Einbringenden allein auf seinem Kapitalkonto II gutgeschrieben wird und sich die maßgeblichen Gesellschaftsrechte nach den Regelungen im Gesellschaftsvertrag nach dem aus dem Kapitalkonto I folgenden festen Kapitalanteil richten (so jetzt auch BMF-Schreiben in BStBl. I 2016, S. 684).

29 Zugleich hat der Senat offengelassen, ob an der bisherigen Rechtsprechung festzuhalten sei, wonach ein vollentgeltliches Geschäft auch dann vorliege, wenn der Wert des eingebrachten Wirtschaftsguts nicht nur dem Kapitalkonto I, sondern zum Teil auch einem anderen Kapitalunterkonto (zum Beispiel dem Kapitalkonto II) oder der gesamthänderisch gebundenen Rücklage gutgeschrieben werde. Das FG hat hieraus allgemein gefolgert, dass in derartigen Fällen die Einbringung in einen entgeltlichen (tauschähnliches Geschäft) und einen unentgeltlichen Teil (Einlage) aufzuteilen sei (vgl. auch *Kollmann/Schmidt/Kaya*, DStR 2022, 2294). Dem schließt sich der Senat nicht an. Die geäußerten Bedenken bezogen sich allein auf die den vorbezeichneten Urteilen zugrunde liegenden besonderen Sachverhaltskonstellationen. In diesen Fällen war der Übertragende bereits Gesellschafter (Kommanditist) einer bestehenden Personengesellschaft (GmbH & Co. KG) und sowohl vor als auch nach der Einbringung zu 100 % am Vermögen, Gewinn/Verlust und an den Stimmrechten der Personengesellschaft beteiligt (vgl. dazu Herrmann/Heuer/Raupach/*Niehus/Wilke*, EStG, KStG, § 6 EStG Rdnr. 1560; *Patt* in Dötsch/Pung/Möhlenbrock, Kommentar zum KStG, § 24 UmwStG Rdnr. 109). In solchen Fällen, in denen eine relative Erweiterung der Mitunternehmerstellung gegenüber den Mitgesellschaftern nicht erfolgt, stellt sich die Frage, ob und wie zwischen entgeltlichen und unentgeltlichen Vorgängen unterschieden werden kann. Bei der im Streitfall gegebenen Konstellation der (erstmaligen) Einräumung einer Mitunternehmerstellung liegt hingegen bei anteiliger Gutschrift des Werts des eingebrachten Wirtschaftsguts auf dem Festkapitalkonto und der gesamthänderisch gebundenen Rücklage ein insgesamt entgeltlicher Vorgang vor.

30 b) Bei Anwendung dieser Grundsätze ist im Streitfall § 7 Abs. 1 Satz 5 EStG mangels einer Einlage insgesamt nicht anwendbar.

31 aa) Die Gesellschafter der Klägerin haben sich anlässlich ihrer Neugründung nach § 5 Nr. 3 G-Vertrag verpflichtet, ihre Sacheinlage durch Übertragung des Windkraftanlagengrundstücks einschließlich Aufbauten zu erbringen. Soweit der Wert dieser Einlage die Höhe der Festkapitalkonten der Gesellschafter von jeweils 2.500 €, d. h. insgesamt 10.000 €, überstieg, war der übersteigende Betrag einem gesamthänderisch gebundenen Rücklagenkonto gutzuschreiben. Die Klägerin hat daher ein Mehrkontenmodell installiert. Ausweislich der gesellschaftsvertraglichen Regelungen richten sich bei diesem Kontenmodell die maßgeblichen Gesellschaftsrechte, insbesondere das Gewinnbezugsrecht und das Stimmrecht, nach den festen Kapitalanteilen der Gesellschafter (vgl. § 5 Nr. 2, § 10 Nr. 1, § 12 Nr. 6 G-Vertrag).

32 bb) Das einzubringende Windkraftanlagengrundstück befand sich vor der Übertragung auf die Klägerin im Privatvermögen der Besitz-GbR. Die Sacheinlage stellt sich daher steuerrechtlich als die Einbringung von Einzelwirtschaftsgütern des Privatvermögens gegen erstmalige Einräumung von Mitunternehmerstellungen dar; der Grund und Boden sowie die aufstehende WKA sind steuerrechtlich unterschiedliche Wirtschaftsgüter (BFH, Urteil vom 06.02.2014, IV R 41/10, Rdnr. 41). Jeder Gesellschafter der Klägerin hat seine (ideellen) Anteile an dem Windkraftanlagengrundstück eingebracht. Der Umstand, dass das Windkraftanlagengrundstück zivilrechtlich unmittelbar von der Besitz-GbR auf die Klägerin übertragen wurde, ist unerheblich. Denn hiermit hat die Besitz-GbR ihre Abfindungsverpflichtung gegenüber der GbR I erfüllt und das Windkraftanlagengrundstück für Rechnung der Gesellschafter der Klägerin in dieselbe eingebracht.

33 cc) Dieser Einbringungsvorgang ist für jeden Gesellschafter der Klägerin als ein insgesamt tauschähnliches Geschäft und damit als ein vollentgeltlicher Vorgang zu werten. Dem steht die anteilige Gutschrift auf dem gesamthänderisch gebundenen Rücklagenkonto nicht entgegen. Das Entgelt besteht für jeden Gesellschafter in der Gutschrift auf dem jeweiligen Festkapitalkonto i. H. v. 2.500 € und seinem Anteil an der gesamthänderisch gebundenen Rücklage, der sich wiederum nach seiner Beteiligungsquote richtet.

34 2. Die Sache ist nicht spruchreif. Das FG hat – aus seiner Sicht zu Recht – bisher keine ausreichenden tatsächlichen Feststellungen zum gemeinen Wert der übertragenen WKA getroffen.

35 a) Überträgt ein Gesellschafter ein Wirtschaftsgut seines Privatvermögens gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten in das Gesamthandsvermögen einer Personengesellschaft, wird dieser Vorgang nach ständiger Rechtsprechung als Anschaffung des Wirtschaftsguts zu einem dem gemeinen Wert des Wirtschaftsguts entsprechenden Preis beurteilt (zum Beispiel BFH, Urteil vom 26.03.2015, IV R 7/12, Rdnr. 13 m. w. N.). Gehört das eingebrachte Wirtschaftsgut bei der Personengesellschaft zu deren abnutzbarem Anlagevermögen, ergibt sich die AfA-Bemessungsgrundlage nach § 7 Abs. 1 Satz 1 EStG folglich aus dem gemeinen Wert des Wirtschaftsguts im Zeitpunkt der Einbringung. Der gemeine Wert ist ein objektiver Wert. Dieser Wert ist vom FG festzustellen (BFH, Urteil vom 26.03.2015, IV R 7/12, Rdnr. 14 f.).

36 b) Die WKA ist eine Betriebsvorrichtung und damit – anders als der Grund und Boden, auf dem sie montiert ist – ein abnutzbares bewegliches Wirtschaftsgut des Anlagevermögens (zum Beispiel BFH, Urteil vom 06.02.2014, IV R 41/10, Rdnr. 28 m. w. N.). Die Klägerin hat die AfA-Bemessungsgrundlage für die WKA mit einem Betrag von 400.000 € angesetzt. Das FA ist hingegen von einem wesentlich geringeren gemeinen Wert der WKA ausgegangen.

37 Das FG wird im zweiten Rechtsgang die erforderlichen Feststellungen zum gemeinen Wert der WKA nachzuholen und – im Rahmen des Klageantrags – über die Klage zu entscheiden haben.

(...)

ANMERKUNG:

Von Richter am BFH Dr. **Michael Geissler**, München

1. Sachverhalt und Hintergrund der Gestaltung

Die Klägerin ist eine Anfang des Streitjahres 2010 gegründete, gewerblich tätige Gesellschaft bürgerlichen Rechts. An ihrem Festkapital von 10.000 € waren vier Gesellschafter mit jeweils 2.500 € beteiligt. Zur Erfüllung ihrer Einlageverpflichtung war von den Gesellschaftern ein zum Privatvermögen gehörendes – zur Erzielung von Einkünften nach § 21 EStG genutztes – Grundstück mit aufstehender Windkraftanlage (WKA) auf die Klägerin zu übertragen. Soweit der Wert der Einlage das Festkapital von 10.000 € überstieg, war dieser Betrag einem gesamthänderisch gebundenen Rücklagenkonto gutzuschreiben. Die Klägerin setzte die WKA im Rahmen ihrer Gewinnermittlung mit einem Wert von 400.000 € an und machte hiervon ausgehend für dieses Wirtschaftsgut Absetzung für Abnutzung (AfA) geltend. In ihrer Buchführung schrieb sie den die Festkapitalkonten der Gesellschafter (jeweils 2.500 €) überschreitenden Wert der eingebrachten WKA i. H. v. 390.000 € dem gesamthänderisch gebundenen Rücklagenkonto gut.

Diese Vorgehensweise dürfte in der Praxis durchaus üblich sein, wenn es darum geht, ein zunächst im Rahmen der Überschusseinkünfte verwendetes Wirtschaftsgut – zumeist nach Ablauf der in § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG normierten Zehnjahresfrist – anschließend in einem (gewerblichen) Betriebsvermögen zu nutzen und hierbei neues AfA-Volumen zu schaffen.[1] Allerdings wird die Schaffung neuen AfA-Volumens durch die Vorschrift des § 7 Abs. 1 Satz 5 EStG verhindert, wenn das Wirtschaftsgut in das Betriebsvermögen eingelegt wird.[2] Bei einer Einlage mindert sich die AfA-Bemessungsgrundlage um die in der Zeit vor der Einlage in Anspruch genommenen Abschreibungen.[3] Bei einer entgeltlichen Übertragung des Wirtschaftsguts greift hingegen die AfA-Restriktion des § 7 Abs. 1 Satz 5 EStG nicht ein. Nach der Rechtsprechung des BFH liegt ein entgeltlicher Vorgang (tauschähnlicher Vorgang) auch dann vor, wenn ein Gesellschafter ein Wirtschaftsgut seines Privatvermögens in eine gewerbliche Personengesellschaft gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten einbringt;[4] der Einbringende veräußert das Wirtschaftsgut, die aufnehmende Personengesellschaft schafft es an.

2. Einordnung

Das Besprechungsurteil betrifft die Frage, ob ein insgesamt entgeltlicher Vorgang auch dann gegeben ist, wenn das Wirtschaftsgut des Privatvermögens in eine gewerblich tätige Personengesellschaft gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten eingebracht wird und dem Einbringenden bei einem gesellschaftsvertraglich vereinbartem Mehrkontenmodell der eingebrachte Wert nicht nur seinem die maßgeblichen Gesellschaftsrechte repräsentierenden Konto (regelmäßig als Kapitalkonto I oder Festkapitalkonto bezeichnet), sondern auch dem gesamthänderisch gebundenen Rücklagenkonto gutgeschrieben wird. Das FG war der Meinung, dass die Übertragung der WKA in einen entgeltlichen (soweit die Gutschrift auf dem Kapitalkonto I erfolgt ist) und in einen unentgeltlichen Vorgang (soweit die Gutschrift auf dem gesamthänderisch gebundenen Rücklagenkonto erfolgt ist) aufzuteilen sei. Das FG leitete dieses – im Widerspruch zur (bisherigen) BFH-Rechtsprechung stehende[5] – Ergebnis aus (zwei) jüngeren Urteilen des IV. Senats des BFH[6] ab, die bei den Rechtsanwendern teilweise Verunsicherung auslösten.[7] Der IV. Senat des BFH ist im Besprechungsurteil der Rechtsauffassung des FG nicht gefolgt: Er bejaht bei gemischter Gegenbuchung in vorbezeichneter Weise – die bisherige BFH-Rechtsprechung bestätigend – weiterhin einen insgesamt entgeltlichen Vorgang; dies gilt jedenfalls dann, wenn keine Vermögensverschiebungen zwischen den Gesellschaftern erfolgen. Es findet keine Aufteilung in ein entgeltliches und in ein unentgeltliches Geschäft statt. Als AfA-Bemessungsgrundlage ist für das eingebrachte abnutzbare Wirtschaftsgut dessen gemeiner Wert anzusetzen; die AfA-Restriktion nach § 7 Abs. 1 Satz 5 EStG findet keine Anwendung. Hinzuweisen bleibt auf das BFH, Urteil vom 23.03.2023, IV R 27/19:[8] Der IV. Senat des BFH hat in dieser Entscheidung auch die Einbringung einer betrieblichen Sachgesamtheit nach § 24 Abs. 1 UmwStG als eine insgesamt entgeltliche Transaktion beurteilt, wenn der Wert des eingebrachten Betriebsvermögens in vorbezeichneter Weise, d. h. anteilig dem Festkapitalkonto und anteilig dem gesamthände-

1 So auch *Carle*, BeSt 2023, 27.

2 Dazu ausführlich BMF-Schreiben vom 27.10.2010, BStBl. I 2010, S. 1204; vgl. auch Schmidt/Kulosa, EStG, 43. Aufl. 2024, § 7 Rdnr. 123.

3 Entgegen des Gesetzeswortlauts in § 7 Abs. 1 Satz 5 EStG bleibt der „Einlagewert" nach § 6 Abs. 1 Nr. 5 EStG unberührt; es reduziert sich nur die AfA-Bemessungsgrundlage; dazu BFH, Urteil vom 24.01.2008, IV R 37/06, BStBl. II 2011, S. 617 unter II. 1. b); Schmidt/*Kulosa*, EStG, § 7 Rdnr. 123.

4 Zum Beispiel BFH, Urteil vom 19.10.1998, VIII R 69/95, BStBl. II 2000, S. 230 unter II. 1. d); Urteil vom 24.01.2008, IV R 37/06, BStBl. II 2011, S. 617 unter II. 2. b).

5 Auch die Finanzverwaltung und die h. M. im Fachschrifttum bejahen für diesen Fall ein insgesamt entgeltliches Geschäft; vgl. dazu die zahlreichen Fundstellen in Rdnr. 23 des Besprechungsurteils.

6 BFH, Urteil vom 29.07.2015, IV R 15/14, BStBl. II 2016, S. 593 Rdnr. 25 f.; Urteil vom 04.02.2016, IV R 46/12, BStBl. II 2016, S. 607 Rdnr. 26 f.

7 Zum Beispiel *Strahl*, BeSt 2016, 13, 15; *Levedag*, GmbHR 2016, 228, 232; *Wachter*, MittBayNot 2017, 214, 219; *Kollmann/Schmidt/Kaya*, DStR 2022, 2294.

8 BStBl. II 2023, S. 1112.

risch gebundenen Rücklagenkonto gutgeschrieben wird; dies gilt auch für diesen Fall jedenfalls dann, wenn es zu keinen Vermögensverschiebungen zwischen den Gesellschaftern kommt.[9]

3. Schlussfolgerung für die Praxis

Diese Bestätigung der bisherigen BFH-Rechtsprechung beseitigt die entstandene Verunsicherung bei Beurteilung der Einbringung eines Einzelwirtschaftsguts aus dem Privatvermögen in ein (gewerbliches) Betriebsvermögen gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten. Wird dem Einbringenden der eingebrachte Wert auf seinem Kapitalkonto I bzw. Festkapitalkonto und dem gesamthänderisch gebundenen Rücklagenkonto gebucht, liegt ein insgesamt entgeltlicher Vorgang vor; dies gilt jedenfalls dann, wenn es zu keinen Vermögensverschiebungen zwischen den Gesellschaftern kommt. Meines Erachtens ist ein insgesamt entgeltlicher Vorgang auch dann gegeben, wenn die Gegenbuchung auf dem Kapitalkonto I bzw. Festkapitalkonto und dem Kapitalkonto II erfolgt.[10] Erhält der Einbringende hingegen allein eine Gutschrift auf seinem Kapitalkonto II, während die maßgeblichen Gesellschaftsrechte durch sein Kapitalkonto I bzw. Festkapitalkonto vermittelt werden, liegt nach höchstrichterlicher Rechtsprechung,[11] der sich die Finanzverwaltung[12] angeschlossen hat, eine Einlage vor; dies löst die AfA-Restriktion des § 7 Abs. 1 Satz 5 EStG aus. Nach gut begründeten Äußerungen im Fachschrifttum dürften schenkungsteuerrechtliche Folgen in diesem Fall nicht zu befürchten sein, weil das Kapitalkonto II (als ein gesellschafterbezogenes Konto) allein dem Einbringenden zuzuordnen ist.[13] Wird der eingebrachte Wert ausschließlich dem gesamthänderisch gebundenen Rücklagenkonto gutgeschrieben, liegt meines Erachtens ebenfalls eine insgesamt unentgeltliche Übertragung (Einlage) vor.[14] In diesem Fall kommt es zu Vermögensverschiebungen zwischen den Gesellschaftern (disquotale Einlage), die schenkungsteuerrechtlich als freigebige Zuwendungen (§ 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG) an die Mitgesellschafter zu beurteilen sein können.[15]

Am 01.01.2024 ist das MoPeG[16] in Kraft getreten. Die aktuellen Äußerungen im Fachschrifttum gehen wohl dahin, dass sich hierdurch die Beurteilung vorbezeichneter Rechtsfragen nicht geändert haben dürfte.[17] Die weitere Entwicklung bleibt abzuwarten.

4. Was gilt bei fehlender Erweiterung der Mitunternehmerstellung gegenüber den Mitgesellschaftern?

Der IV. Senat des BFH hat bisher die Frage offen gelassen, ob die Einbringung von Einzelwirtschaftsgütern in eine (gewerbliche) Personengesellschaft bei gemischter Gegenbuchung wie im Besprechungsurteil auch dann insgesamt entgeltlich ist, wenn sich die bisherige Mitunternehmerstellung des Einbringenden gegenüber den Mitgesellschaftern (relativ) nicht erweitert (zum Beispiel der Übertragende ist – wie bei einer Ein-Personen-GmbH & Co. KG denkbar – sowohl vor als auch nach der Einbringung zu 100 % am Vermögen, Gewinn/Verlust und an den Stimmrechten beteiligt).[18] Die Finanzverwaltung bejaht (wohl) auch in diesen Fällen eine entgeltliche Übertragung.[19] Hierfür sprechen durchaus gute Gründe. Denn es liegt nunmehr ein um das eingebrachte Betriebsvermögen vergrößerter Betrieb vor. Dies führt beim Einbringenden zu einer zusätzlichen Teilhabe am Vermögen sowie am Gewinn und Verlust. Zudem wird sich die absolute Zahl seiner Stimmrechte erhöhen. Damit kommt es jedenfalls zu einer absoluten Erhöhung der maßgeblichen Gesellschaftsrechte, auch wenn deren Verhältnis unter den Mitunternehmern (relativ) unverändert bleibt. Für die Einbringung betrieblicher Sachgesamtheiten nach § 24 Abs. 1 UmwStG hat der IV. Senat des BFH die aufgeworfene Rechtsfrage zwischenzeitlich im vorbezeichneten Sinn beantwortet: Eine Mitunternehmerstellung wird auch dann eingeräumt (= Gewährung von Gesellschaftsrechten), wenn sich die maßgeblichen Gesellschaftsrechte des Einbringenden zwar nicht relativ erweitern, aber absolut erhöhen.[20]

9 BFH, Urteil vom 23.03.2023, IV R 27/19, BStBl. II 2023, S. 1112 Rdnr. 26.

10 So auch BFH, Urteil vom 24.01.2008, IV R 37/06, BStBl. II 2011, S. 617 unter II. 2. b) bb); vgl. dazu *Bodden*, NWB 2023, 1542 m. w. N.

11 BFH, Urteil vom 29.07.2015, IV R 15/14, BStBl. II 2016, S. 593; Urteil vom 04.02.2016, IV R 46/12, BStBl. II 2016, S. 607.

12 BMF-Schreiben vom 26.07.2016, BStBl. I 2016, S. 684.

13 Vgl. *Kollmann/Schmidt/Kaya*, DStR 2022, 2294, 2298; *Kahle*, BB 2023, 1771, 1772; dies offenlassend *Dorn/Niesmann*, Ubg 2023, 177, 180, für den Fall, dass sich eine mittelbare Bereicherung der Mitgesellschafter ergibt.

14 Gleicher Ansicht *Levedag*, GmbHR 2016, 228, 232; *Korn/Strahl*, NWB 2023, 3412; *Kahle*, BB 2023, 1771, 1773; vgl. auch BFH, Urteil vom 26.06.2014, IV R 31/12, BStBl. II 2015, S. 463 Rdnr. 4, 33.

15 BFH, Urteil vom 05.02.2020, II R 9/17, BStBl. II 2020, S. 658.

16 Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts vom 10.08.2021 (BGBl. 2021 I, S. 3436).

17 Vgl. *Kahle*, BB 2023, 1771, 1772; *Reich/Herrmann*, ZEV 2024, 13, 15 f.; vgl. auch die durch das Kreditzweitmarkförderungsgesetz vom 22.12.2023 (BGBl. 2023 I Nr. 411) mit Wirkung zum 01.01.2024 neu gefassten bzw. eingefügten § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO und § 2a ErbStG.

18 Rdnr. 29 des Besprechungsurteils; vgl. dazu auch *Bode*, FR 2023, 746.

19 Dies gilt jedenfalls für Einbringungen nach § 24 UmwStG, vgl. dazu BMF-Schreiben vom 11.11.2011, BStBl. I 2011, S. 1314 Rdnr. 24.07 und vom 26.07.2016, BStBl. I 2016, S. 684. Dies dürfte aber auch für die Einbringung von Einzelwirtschaftsgütern gelten, vgl. BMF-Schreiben vom 11.07.2011, BStBl. I 2011, S. 713 und vom 26.07.2016, BStBl. I 2016, S. 684.

20 BFH, Urteil vom 01.02.2024, IV R 9/20, BFH/NV 2024, S. 625 Rdnr. 60.

SONSTIGES

Tagungsbericht

„Steuergestaltung bei der Regelung des Nachlasses“

Tagungsbericht betreffend die Veranstaltung der Forschungsstelle für Notarrecht (Ludwig-Maximilians-Universität München) am 26.06.2024

Von **Luca Kochendörfer**, München[1]

Am 26.06.2024 fand die zweite Tagung der Forschungsstelle für Notarrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München im Jahr 2024 statt, erneut in hybrider Form, im Senatssaal der Universität mit gleichzeitiger Öffnung für ein Online-Publikum. Das Thema der Veranstaltung lautete „Steuergestaltung bei der Regelung des Nachlasses“. Der geschäftsführende Direktor der Forschungsstelle, Professor Dr. *Hans Christoph Grigoleit*, begrüßte die zahlreichen Teilnehmerinnen und Teilnehmer und führte in das Tagungsthema ein. Danach stellte er die Referenten, Frau *Kristina Hawkins*, Hauptsachgebietsleiterin im Finanzamt Eggenfelden, und *Lucas Wartenburger*, Notar in München, vor. Anschließend übergab er das Wort an Wartenburger.

Dieser führte dergestalt in die Thematik ein, dass er auf mögliche gestalterische Ansatzpunkte und mit ihnen einhergehende rechtliche Zentralproblematiken in einem kurzen Überblick hinwies. Zunächst ging er dabei auf die Nutzung der zeitlich revolvierenden Freibeträge (§ 14 ErbStG) und etwaiger unterschiedlicher Steuerklassen (namentlich bei einer gewünschten Übertragung an ein Schwiegerkind) ein. Als familienrechtliche Maßnahmen zur Nutzung dieser Spielräume kämen hier vor allem die Eheschließung und die Adoption in Betracht. Als zweites Zielfeld müssten etwaige Bewertungsunterschiede in den Blick genommen werden. Trotz der mittlerweile vorgenommenen stärkeren Angleichung von Verkehrswert und Steuerwert gelte es, die „Gefahr“ künftiger Wertsteigerungen als relevanter Faktor für frühzeitige Übertragungen im Blick zu behalten. In diesem Zusammenhang rief *Wartenburger* auch kurz die Möglichkeit des § 198 BewG ins Gedächtnis.

Hiernach kam er auf Doppelbelastungen zu sprechen, die es – da die genuin erbschaftsteuerrechtlichen Ausnahmetatbestände rar gesät seien – durch vorausschauende Gestaltung in besonderem Maße zu vermeiden gelte. Im Hinblick auf die spätere detaillierte Behandlung dieser Sachfragen durch *Hawkins* beschränkte er sich insofern allerdings auf eine kurze Skizze relevanter Fallgestaltungen wie die Vermeidung doppelter Übergänge beim Berliner Testament, die Nutzung von Freibeträgen auf der Enkelebene, die Gestaltungsmöglichkeit der Stiftung sowie die Folgen einer Erbschaftsausschlagung (§ 3 Abs. 2 ErbStG). Ein weiteres großes Themenfeld, auf das *Wartenburger* im Vorgriff auf seine detailliertere Behandlung an späterer Stelle schon einmal schlagwortartig das Augenmerk richtete, betraf Sondertatbestände wie diejenigen der §§ 13 ff. (insbesondere Familienheim- und Betriebsübergang) oder § 28a ErbStG. Auch komplexe Fragen des Schuldenabzugs, von Relevanz gerade auch mit Blick auf einen (herbeizuführenden) Zugewinnausgleich oder etwaige erbrachte Gegenleistungen des Begünstigten, erwähnte er bereits an dieser Stelle erstmals. Seinen Überblick betreffend die Gestaltungsansätze beendete *Wartenburger* mit einem kurzen Hinweis auf Fragen der persönlichen Steuerpflicht (§ 2 ErbStG), namentlich bei Fällen mit Auslandsbezug. Zwar könne er auf genuine Fragen eines Wegzugs hier nicht näher eingehen, doch gelte es jedenfalls für bereits beschränkt Steuerpflichtige stets im Blick zu behalten, inwiefern es sich überhaupt um Inlandsvermögen handele. Wie in vielen der genannten Fragen sei der Entstehungszeitpunkt (§ 9 ErbStG) einer etwaigen Steuerlast hier von besonderer Relevanz. Sodann übergab er das Wort einstweilen an *Hawkins*.

Diese fokussierte im Anschluss insbesondere auf steuerrechtliche Fragestellungen (und Fallstricke) beim Berliner Testament bzw. den in diesem vorgesehenen erbrechtlichen Gestaltungsmitteln. Zunächst wandte sie sich der Trennungslösung, also der Ausgestaltung des Erbgangs im Wege der Vor- und Nacherbschaft, zu. Die steuerrechtlich maßgebenden Vorgaben fänden sich in § 6 ErbStG. Wichtig

1 Der Autor ist wissenschaftlicher Mitarbeiter und Geschäftsführer der Forschungsstelle für Notarrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München.

sei die Weichenstellung in dessen Abs. 2, wonach erbschaftsteuerlich nur auf Antrag von einem Erwerb vom (ursprünglichen) Erblasser auszugehen sei; andernfalls gelte der Vorerbe als Erblasser. Für den Vorerbfall gelte es zu beachten, dass etwaige Verfügungsbeschränkungen erbschaftsteuerrechtlich ohne Relevanz seien. Der Vorerbe könne die Erbschaftsteuer aus den Mitteln der Vorerbschaft begleichen (§ 20 Abs. 4 ErbStG). Der Nacherbe unterliege vor Eintritt des Nacherbfalls noch keiner Steuerpflicht.

Stelle der Nacherbe den Antrag gemäß § 6 Abs. 2 Satz 2 ErbStG, werde die Besteuerung des Nacherbfalls nach dem Verwandtschaftsverhältnis zum Erblasser durchgeführt, namentlich was Freibeträge und Steuersatz anbelange. Im Auge zu behalten gälten freilich etwaige Vorerwerbe vom Erblasser. Ein Freibetrag könne ferner nur einmal ausgenutzt werden. Möglich sei (unter engen tatbestandlichen Voraussetzungen) allerdings eine Ermäßigung der Steuer um 10-50 % gemäß § 27 ErbStG, um eine Doppelbelastung zu vermeiden. Die potenziell erheblichen Auswirkungen der Antragstellung gemäß § 6 Abs. 2 Satz 2 ErbStG illustrierte *Hawkins* anschließend am Beispiel eines Berliner Testaments (bei Trennungslösung) in einer Patchworkfamilie, in welche der Vater sein leibliches Kind eingebracht habe (Steuerklasse I versus III). Auch für Übergänge an Nichten und Neffen könnten sich erhebliche Unterschiede ergeben (Steuerklasse I versus III). In der häufigsten Konstellation (Erbgang von beiderseitig leiblichen Eltern) habe der Antrag hingegen weniger Relevanz.

Im Anschluss hieran wandte sich *Hawkins* der steuerrechtlichen Behandlung der Einheitslösung zu. Auch hier gelte es, die Möglichkeit eines Antrags auf Besteuerung im Verhältnis zum zuerst verstorbenen Ehegatten zu beachten, soweit dessen Vermögen beim Tod des überlebenden Ehegatten noch vorhanden ist (vgl. § 15 Abs. 3 ErbStG und ErbStR R E 15.3 hierzu). Ebenfalls sei auch hier die Ermäßigung der Steuer gemäß § 27 ErbStG möglich. Besondere Beachtung verdienten in der Konstellation der Einheitslösung Fragen des Pflichtteils (sofern ein solcher geltend gemacht wurde). Denn dieser sei als Nachlassverbindlichkeit im ersten Erbfall vom Erwerb abzuziehen (§ 10 Abs. 5 Nr. 2 ErbStG). Diese gelte nach jüngerer Rechtsprechung sogar im Falle der Konfusion – sofern der Pflichtteilsanspruch nicht schon verjährt sei.[2] Von Relevanz sei dies vor allem bei zeitlich eng beieinander liegenden Erbvorgängen.

Nach dieser Skizze der Grundkonstellationen wandte sich *Hawkins* alternativen Gestaltungsmöglichkeiten zu, wobei sie vor allem ein etwaiges Vermächtnis fokussierte. Der sich aus einem solchen ergebende Anspruch werde mit dem Todesfall zugewendet, weswegen die Erbschaftsteuer mit dem Todestag und nicht mit der Erfüllung entstehe (§ 9 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG). Auch bei im Wert fluktuierenden (nach dem Erbfall sinkenden) Gegenständen würden hiervon grundsätzlich keine Ausnahmen gemacht. Von besonderer (erbschaftsteuerrechtlicher) Relevanz sei die vermächtnisweise Zuwendung des Nießbrauchs (an Immobilien, aber auch an Gegenständen des Hausrats möglich). Dies bringe für den bzw. die Steuerpflichtigen mehrere Vorteile mit sich: So mindere der Nießbrauch den steuerlich relevanten Erwerb. Gleichzeitig verbleibe die Verfügungsgewalt über den gewollten Gegenstand beim Ehegatten. Da das Vermögen der Ehegatten getrennt vererbt werde, könne ferner der Freibetrag sowohl des Erst-, als auch des Zweitversterbenden genutzt werden.

Besondere Fragen würfen sog. Supervermächtnisse auf, die die möglichst unbeschränkte und freie Verfügungsbefugnis des überlebenden Ehegatten durch eine Belastung des als Erben eingesetzten Überlebenden mit einem zweckgebundenen, aber doch weitgehend ins Ermessen des letzteren gestellten Übertragungsanspruchs an die Vermächtnisnehmer zu erreichen suchen. Zivilrechtlich zulässige Gestaltungen würden dabei prinzipiell auch steuerrechtlich anerkannt. Ob allein die möglichst weitgehende Ausnutzung der erbschaftsteuerlichen Freibeträge als hinreichende Zweckbestimmung anzusehen sei, sei allerdings umstritten und höchstrichterlich nicht geklärt. Werde ein Endtermin für die Vermächtniserfüllung angeordnet, sei der bereits mit dem Erbfall entstandene Vermächtnisanspruch sofort abzugsfähig. Als letzte Gestaltungsmöglichkeit beim Vermächtnis stellte *Hawkins* einen erst beim Tod des Beschwerten fällig werdenden Anspruch dar. Hier gelte es § 6 Abs. 4 ErbStG im Blick zu behalten, der ein solches sog. betagtes Vermächtnis der Nacherbschaft gleichstelle. Abweichend vom Zivilrecht sei der Erwerb vom Vorvermächtnisnehmer oder Beschwerten dementsprechend nicht als Erwerb vom Erblasser zu behandeln – es sei denn, es erfolgte wiederum eine Antragstellung nach § 6 Abs. 2 ErbStG.

Abschließend und inspiriert von einer jüngsten Entscheidung[3] wandte sich *Hawkins* erbschaftsteuerlichen Fragen Jastrow'scher Klauseln zu, illustriere das Judikat doch eine Reihe der bisher diskutierten Gestaltungsfragen. Einerseits habe der BFH klargestellt, dass das betagte Vermächtnis zugunsten derjenigen Kinder, die beim Tod des Erstversterbenden ihren Pflichtteil nicht fordern, vom überlebenden Ehegatten nicht gemäß § 10 Abs. 5 Nr. 1 ErbStG als Nachlassverbindlichkeit in Abzug gebracht werden könnten, da das Vermächtnis noch nicht fällig sei. Der Nachlass des vorverstorbenen Vaters sei deswegen ungeschmälert durch die betagten Vermächtnisse auf die Mutter übergegangen. Das Kind habe andererseits den Erwerb des betagten Vermächtnisses beim Tod des überlebenden Ehegatten als von diesem stammend zu versteuern (§ 6 Abs. 4 ErbStG). Sei es zugleich Erbe des zuletzt verstorbenen Ehegatten, könne es das Vermächtnis als Nachlassverbindlichkeit nach § 10 Abs. 5 Nr. 1 ErbStG anteilig in Abzug bringen. Hierdurch werde auch die nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 ErbStG erfolgte Versteuerung des Vermächtnisses neutralisiert. Eine Doppelbesteuerung des Vermächtnisses sei deswegen nicht zu befürchten. Die Fallgestaltung verdeutliche die zivilrechtlich geprägte, aber doch in vielen Fragen durch eine wirtschaftliche Betrachtung überlagerte Beurteilung der Erbschaftsteuer.

2 BFH, Urteil vom 05.02.2020, II R 1/16, FamRZ 2020, 1594 und Urteil vom 05.02.2020, II R 17/16, ErbStB 2020, 245.

3 BFH, Urteil vom 11.10.2023, II R 34/20, FamRZ 2024, 737.

Im Anschluss hieran übernahm wieder *Wartenburger* und wandte sich zunächst Abzugsbeschränkungen bei Geldvermächtnissen zu. Hierzu schilderte er einen Sachverhalt, in dem ein Erblasser ein Familienheim (an die Ehegattin), ein Aktiendepot (an ein Kind) und Geldvermögen (an ein weiteres Kind) vererben wolle. Die zivilrechtlich intuitive Gestaltung (Ehegattin als Alleinerben und Vermächtnisse für die Kinder) berge hier erbschaftsteuerliche Risiken. Für die Ehegattin als Alleinerbin des gesamten Vermögens stelle sich die Frage der Abzugsfähigkeit der Vermächtnisbelastungen gemäß § 10 Abs. 6 ErbStG. So erbe sie einerseits das befreite Familienheim (§ 13 Abs. 1 Nr. 4b ErbStG), bezüglich dessen keine direkt zurechenbaren Schulden vorlägen. Mit Blick auf das übrige Vermögen könne (wofür auch H E 10.10 ErbStH 2019 spräche) (nur) das Sachvermächtnis direkt zugerechnet werden. Dies führe – nehme man eine Wertgleichheit des Familienheims und der beiden Vermächtnisse an – zu einem nur hälftigen Abzug des Geldvermächtnisses. Setze der Erblasser demgegenüber eines der Kinder als Erben ein und wende das Familienheim im Wege des Vermächtnisses der Ehegattin zu (wodurch dessen begünstigte Behandlung auch nicht verlorengehe[4]), ließe sich Entsprechendes vermeiden. Denn in diesem Fall griffen die Abzugsbeschränkungen für den privilegierten Erwerbs nicht zulasten des erbenden Kindes ein, da sich der privilegierte Erwerb ja gerade im Wege des Vermächtnisses vollziehe. Abzugsbeschränkungen seien bei der zivilrechtlichen Gestaltung also stets im Auge zu behalten.

Als nächste Konstellation skizzierte *Wartenburger* eine Konstellation, in der eine prospektive Erblasserin gemeinsam mit einem ihrer Kinder (im Verhältnis 20 % zu 80 %) an einer GmbH beteiligt sei. Insoweit bestehe ein Poolvertrag gemäß § 13b Abs. 1 Nr. 3 Satz 2 ErbStG. Wolle diese Erblasserin nun das genannte Kind zum Alleinerben einsetzen und ihrem anderen Kind ihr Barvermögen zuwenden, könne die zivilrechtlich naheliegende Vermächtnislösung wiederum zu Nachteilen führen. Denn in diesem Fall erlösche mit dem Tod der Poolvertrag im Wege der Konfusion. Probleme könnte in diesem Fall der Nachsteuertatbestand § 13a Abs. 6 Nr. 5 ErbStG verursachen. Zwar sehe R E 13 a 17 Abs. 1 ErbStR 2019 insofern aktuell eine günstige Beurteilung vor. Doch könne bei erbrechtlichen Gestaltungen pro futuro hierauf nicht bedenkenlos vertraut werden.[5] Sicherer wäre demgegenüber eine erbrechtliche Gestaltung, die eine Konfusion (zumindest optional im Wege einer ermöglichten Ausschlagung) verhindere.

(Weiteren) Fragen der Ausschlagung wandte sich *Wartenburger* sodann zu. Stelle man sich eine Konstellation vor, in der eine unverheiratete und kinderlose Erblasserin ihre Schwester als Erbin eingesetzt habe, sie jedoch zur Nutzung der Freibeträge mit entsprechend geringen Geldvermächtnissen zugunsten ihrer Kinder (der Neffen der Erblasserin) belastet habe. In dieser Grundkonstellation drohe der erbenden Schwester eine erhebliche Steuerbelastung. Diese ließe sich jedoch unter Umständen durch eine Ausschlagung gegen Abfindung in Gestalt einer Nießbrauchseinräumung an einer etwaig vererbten Immobilie mindern. Zwar führe die Regelung des § 3 Abs. 2 Nr. 4 ErbStG als solche bei gleicher Steuerklasse der Erben nicht zu einem relevanten Vorteil. Doch könne sich durch die stärkere Aufteilung des Nachlasses auch innerhalb der im Beispiel relevanten Steuerklasse II ein signifikanter Vorteil ergeben. Die Ausschlagung werfe allerdings Unsicherheiten auf, ob von einer Ersatzerbenstellung der Neffen überhaupt ausgegangen werden könne (zumal die Auslegungsregeln der §§ 2069, 2070 BGB nicht weiterhülfen). Komme das Nachlassgericht hier zu einem ungewollten Ergebnis, sei nach jüngster Rechtsprechung zudem nicht einmal mehr die Anfechtung der Ausschlagung möglich.[6] Solchen Unsicherheiten sollte deswegen auch stets durch die ausdrückliche Benennung von Ersatzerben vorgebeugt werden.

Die nächste Fallgestaltung in *Wartenburgers* Vortrag betraf verheiratete Erblasser, deren wesentlicher Vermögegenstand ihr selbstgenutztes Wohnhaus darstelle. Ihr Wunsch gehe dahin, sich selbst als Erben einzusetzen. Nach dem Ableben des Längerlebenden, eventuell aber auch schon nach dem ersten Todesfall solle eines der Kinder einziehen und die Immobilie ggf. auch zum Alleineigentum erhalten. Entscheidend seien die Voraussetzungen der Steuerbefreiung gemäß § 13 Abs. 1 Nr. 4b ErbStG, die eine weitere Selbstnutzung als Eigentümer für zehn Jahre voraussetzten. Sowohl die vorherige Weitergabe unter Nießbrauchvorbehalt[7] als auch der vorherige Wegzug innerhalb der Frist seien insoweit schädlich, zumal die Norm einen Alles-oder-nichts-Ansatz verfolge. Die Weitergabe an ein Kind begründe daher schon mit Blick auf den Übergang an den überlebenden Ehegatten ein erhebliches Risiko. Für eine Privilegierung der Kinder sei auf die strengen Voraussetzungen des § 13 Abs. 1 Nr. 4c ErbStG zu achten. Etwaigen Unsicherheiten könne zwar mit flexiblen Vermächtnissen Rechnung getragen werden. Doch gelte es zu beachten, dass eine etwaige Selbstnutzung[8] zeitnah nach dem Erbfall (nicht nach dem Zeitpunkt der Steuerentstehung) aufgenommen werden müsse.

Für sog. Kaufrechtsvermächtnisse, also vermächtnisweise zugewendete Möglichkeiten zum Abkauf (beispielsweise zugunsten eines Kindes von einem anderen, zum Alleinerben eingesetzten Kind bezüglich des Familienwohnheims) wies *Wartenburger* sodann kurz darauf hin, dass auch die

4 Insoweit wies *Wartenburger* allerdings auf die nicht unbestrittene Rechtslage hin, vgl. *Curdt* in Kapp/Ebeling, ErbStG, Stand: Juni 2024, § 13 Rdnr. 39.1; aus BFH, Urteil vom 29.11.2017, II R 14/16, FR 2018, 617 folge nichts anderes, da dieser Fall eine Konstellation betroffen habe, in der der Erwerbvorgang noch nicht abgeschlossen gewesen sei.

5 Zumal FG Hamburg, Urteil vom 28.09.2023, 3 K 124/21, ZEV 2024, 331 für eine etwas anders gelagerte Fallgestaltungen zutr. darauf hingewiesen habe, dass die Regelung des Steuererlasses eine nicht zwingende Billigkeitslösung darstelle.

6 BGH, Beschluss vom 22.03.2023, IV ZB 12/22, MittBayNot 2023, 498.

7 BFH, Urteil vom 11.07.2019, II R 38/16, FamRZ 2020, 200.

8 Entgegen R E 13.4 Abd. 5 S. 11 ErbStR 2019 müsse eine zeitnahe Erbauseinandersetzung demgegenüber nicht erfolgen, vgl. BFH, Urteil vom 23.06.2015, II R 39/13, DStR 2015, 2066.

Grunderwerbsteuer hier zum Problem werden könne[9]. Ein Sachvermächtnis auf Eigentumsübertragung mit Untervermächtnis auf gegengerichtete Geldzahlung sei vor diesem Hintergrund der bessere Weg.

Zum Abschluss thematisierte *Wartenburger* schließlich noch § 6 Abs. 3 ErbStG, der eine nicht durch den Tod, sondern andere Ereignisse (zum Beispiel infolge einer Wiederverheiratungsklauseln, aber auch schlichten Zeitablauf) ausgelöste Nacherbfolge betreffe. Die im dortigen Satz 1 gewählte Formulierung („gilt die Vorerbfolge als auflösend bedingter, die Nacherbfolge als aufschiebend bedingter Anteil") sei insofern irreführend, als eine nachträgliche Korrektur der Besteuerung des Vorerbfalls nicht vorgenommen werde, sondern lediglich eine Anrechnung der in diesem Verhältnis entrichteten Steuer zugunsten des Nacherben erfolge (Satz 2). Eine in der Rechtsprechung weitgehend ungeklärte Frage sei allerdings die interne Verteilung der Steuerlast zwischen den Erben. *Wartenburger* plädierte insofern für eine anteilige Bemessung unter Rückgriff auf einen Durchschnittsbetrag und schloss hiernach seinen Vortrag. *Grigoleit* eröffnete sodann die Diskussions- und Fragerunde mit den Referenten.

Die Tagung wurde aufgezeichnet und ist auf der Homepage der Forschungsstelle abrufbar (https://www.jura.lmu.de/de/forschung/forschungsstellen/forschungsstelle-fuer-notarrecht/, dort unter „Vergangene Veranstaltungen").

9 Vgl. BFH, Urteil vom 16.01.2019, II R 7/16, DStR 2019, 1151.

Veranstaltungshinweise

Rheinisches Institut für Notarrecht der Universität Bonn

„Möglichkeiten und Grenzen der Gestaltung von ‚Familie'"

Donnerstag, 28.11.2024, 19:15 Uhr,
Bonner Juridicum, Hörsaal G, Adenauerallee 24-42, 53113 Bonn

Referent: Prof. Dr. *Henrike von Scheliha*, Hamburg

Teilnahmebeitrag: kostenlos

Kontakt/Anmeldung:

per E-Mail an notarrecht@uni-bonn.de oder per Post an
Rheinisches Institut für Notarrecht, Adenauerallee 46a,
53113 Bonn

Kolloquium und Neujahrsempfang an der Friedrich-Schiller-Universität Jena

„Die digitale Präsenzbeurkundung"

Freitag 10.01.2025, 16.15 Uhr
Rosensälen der FSU, Fürstengraben 27, 07743 Jena

Referent: *Felix Schmitt*, Notar a.D., Geschäftsführer der Bundesnotarkammer

Teilnahmebeitrag: kostenlos

Kontakt/Anmeldung:

per E-Mail an notarinstitut@uni-jena.de

Veranstaltungen des DAI

1. **Online-Vortrag LIVE: Elektronische Präsenzbeurkundung**
   (Steinmetz, Nordhues, Imm, Bart, Weinert)
   05.11.2024, eLearning Center (2,5 Zeitstd.)
   Nr. 03246922
   21.11.2024, eLearning Center (2,5 Zeitstd.)
   Nr. 03246924
   26.11.2024, eLearning Center (2,5 Zeitstd.)
   Nr. 03246925

2. **Neue Entwicklungen zu Rechten in Abt. II des Grundbuchs**
   (Berkefeld, Meier)
   05.11.2024, Bochum und Live-Stream (6 Zeitstd.)
   Nr. 035266

3. **Internationales Privatrecht für Mitarbeitende im Notariat**
   (Primaczenko)
   07.11.2024, Berlin und Live-Stream (6 Zeitstd.)
   Nr. 035296

4. **Ausgewählte Gestaltungsfragen zum Überlassungsvertrag**
   (Krauß)
   07.11.2024, Bochum und Live-Stream (6 Zeitstd.)
   Nr. 035255
   15.11.2024, Berlin und Live-Stream (6 Zeitstd.)
   Nr. 035196
   30.11.2024, Köln (6 Zeitstd.)
   Nr. 035223

5. **GmbH-Recht für Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter im Notariat**
   (Herzog)
   07.11.2024, Köln (6 Zeitstd.)
   Nr. 035222

6. **Update Grundstückskaufvertrag**
   (Krauß)
   08.11.2024, Heusenstamm und Live-Stream (6 Zeitstd.)
   Nr. 035192
   29.11.2024, Leer (6 Zeitstd.)
   Nr. 035211

7. **DAI advanced: Überlassungsvertrag intensiv**
   (Berkefeld, Oertel)
   08.11.2024, Bochum (6 Zeitstd.)
   Nr. 03246908

8. **Aktuelle Probleme der notariellen Gestaltung im Erb- und Familienrecht**
   (Müller-Engels, Keim, Reetz)
   11.11.2024, Heusenstamm und Live-Stream (6 Zeitstd.)
   Nr. 035278
   20.11.2024, Hamburg (6 Zeitstd.)
   Nr. 035206

9. **Elektronische Präsenzbeurkundung**
   (Schmitt, Weinert, Bart)
   12.11.2024, Bochum (2,5 Zeitstd.)
   Nr. 03246928
   27.11.2024, Berlin (2,5 Zeitstd.)
   Nr. 03246926

10. **Die Notarprüfung – Aktuelle Schwerpunkte der notariellen Amtsprüfung durch die Aufsichtsbehörde**
    (Blaeschke)
    13.11.2024, Bochum und Live-Stream (6 Zeitstd.)
    Nr. 035267
    22.11.2024, Kassel (6 Zeitstd.)
    Nr. 035205

11. **Online-Vortrag LIVE: Notarkosten im Gesellschaftsrecht**
    (Volpert)
    14.11.2024, eLearning Center (2,5 Zeitstd.)
    Nr. 035268

12. **Online-Vortrag LIVE: Intensivkurs Gesellschaftsrecht**
    (Szalai, Staake)
    15.11. – 16.11.2024, eLearning Center (10 Zeitstd.)
    Nr. 035197

13. **Online-Seminar LIVE: Notarielle Fachprüfung: Bauträgervertragsrecht**
    Modulare Vorbereitung auf die notarielle Fachprüfung mit audiovisueller Interaktionsmöglichkeit – Online-Seminar via Microsoft Teams
    (Meier)
    18.11.2024, eLearning Center (6 Zeitstd.)
    Nr. 03246601

14. **Online-Seminar LIVE: Notarielle Fachprüfung: Erbbaurecht**
    Modulare Vorbereitung auf die notarielle Fachprüfung mit audiovisueller Interaktionsmöglichkeit – Online-Seminar via Microsoft Teams
    (Meier)
    19.11.2024, eLearning Center (6 Zeitstd.)
    Nr. 03246602

15. **Online-Vortrag LIVE: Modularer Intensivkurs**
    Modul 2: Kaufvertrag und Grundschuld
    (Falkner, Lisch, Strauß, Hamberger, Kemper)
    21.11. – 23.11.2024, eLearning Center (17,25 Zeitstd.)
    Nr. 035150

16. **Neues zu elektronischen Verfahren im Notariat**
    (Klein, Kühnelt)
    25.11.2024, Bochum und Live-Stream (4 Zeitstd.)
    Nr. 035270

17. **Online-Vortrag LIVE: Einführung in das notarielle Kostenrecht für Mitarbeitende**
(Weber, Volpert)
26.11.2024, eLearning Center (6 Zeitstd.)
Nr. 035271

18. **Online-Seminar LIVE: Notarielle Fachprüfung: Familienrecht – Vertiefung**
Modulare Vorbereitung auf die notarielle Fachprüfung mit audiovisueller Interaktionsmöglichkeit – Online-Seminar via Microsoft Teams
(Raude)
26.11.2024, eLearning Center (6 Zeitstd.)
Nr. 03246890

19. **Online-Seminar LIVE: Notarielle Fachprüfung – Systematisches Klausurentraining**
Online-Seminar via Microsoft Teams
(Berkefeld)
28.11.2024, eLearning Center (6 Zeitstd.)
Nr. 035281

Informationen und Anmeldungen:

Deutsches Anwaltsinstitut e. V.
Gerard-Mortier-Platz 3, 44793 Bochum
Tel.: 0234 970640
E-Mail: notare@anwaltsinstitut.de
Web: www.anwaltsinstitut.de

Neuerscheinungen

1. Dauner-Lieb/Simon/Wilsing: Kölner Kommentar zum UmwG. 2. Aufl., Carl Heymanns, 2024. 2572 S., 289,00 €
2. Diehn/Volpert: Praxis des Notarkostenrechts. GNotKG von A-Z, Berechnungsbeispiele, Erläuterungen. 4. Aufl., Carl Heymanns, 2024. 932 S., 109,00 €
3. Elsing: Notargebühren von A bis Z. 5. Aufl., Deutscher Notarverlag, 2024. 360 S., 54,00 €
4. Feick: Stiftung als Nachfolgeinstrument. 2. Aufl., Beck, 2024. 570 S., 115,00 €
5. Fleischer/Koch/Schmolke: Gesellschaftsrecht im Spiegel großer Debatten. 1. Aufl., De Gruyter, 2024. 924 S., 169,95 €
6. Gladenbeck/Samhat: Kreditsicherung durch Grundschulden. 11. Aufl., Erich Schmidt, 2024. 815 S., 98,00 €
7. Gramlich/Reuschle: Mietrecht. §§ 535 bis 580a BGB, HeizkostenV, BetrkKV. 16. Aufl., Beck, 2024. 290 S., 55,00 €
8. Grziwotz: Erbrecht in der Landwirtschaft. 2. Aufl., HLBS, 2024. 284 S., 44,00 €
9. Gummert/Schäfer: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts. Band 1: BGB-Gesellschaft, Offene Handelsgesellschaft, Partnerschaftsgesellschaft, Partenreederei, EWIV. 6. Aufl., Beck, 2024. 2467 S., 239,00 €
10. Fritz/Pielsticker: Handbuch Mediation. 3. Aufl., Luchterhand, 2024. 1436 S., 119,00 €
11. Fröschle/Heinz: Handbuch Vormundschaft und Pflegschaft. 3. Aufl., Reguvis Fachmedien, 2024. 368 S., 46,00 €
12. Hintzen/Goldbach/Vuia: Zwangsvollstreckung, Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung. 2. Aufl., Gieseking, 2024. 1501 S., 139,00 €
13. Hoffmann: Personensorge. Rechte und Pflichten von (sozialen) Eltern, Vormündern und Pflegepersonen. 4. Aufl., Nomos, 2024. 334 S., 49,00 €
14. Hoffmann-Becking/Austmann: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts. Band 4: Aktiengesellschaft. 6. Aufl., Beck, 2024. 2162 S., 239,00 €
15. Jurkat: Büroorganisation. 3. Aufl., Deutscher Notarverlag, 2024. 170 S., 24,90 €
16. Mayer/Süß/Riedel/Bittler: Handbuch Pflichtteilsrecht. 5. Aufl., Zerb, 2024. 1208 S., 149,00 €
17. Moes: Vertragsgestaltung. 2. Aufl., Beck, 2024. 275 S., 34,90 €
18. Mössner/Oellerich/Valta: Körperschaftsteuergesetz Kommentar. 6. Aufl., NWB, 2024. 2321 S., 214,00 €
19. Münch: Ehebezogene Rechtsgeschäfte. 6. Aufl., Carl Heymanns, 2024. 1476 S., 159,00 €
20. Nordmann/Schuldzinski: Patientenverfügung. Vorsorgevollmacht und Betreuungsverfügung. 23. Aufl., Verbraucherzentrale NRW, 2024. 168 S., 12,00 €
21. von Ortzen/Loose/Stalleiken: Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz. 3. Aufl., Otto Schmidt, 2024. 1737 S., 199,00 €
22. Prütting/Wegen/Weinreich: Bürgerliches Gesetzbuch. 19. Aufl., Luchterhand, 2024. 4180 S., 129,00 €
23. Prütting/Gehrlein: Zivilprozessordnung. 16. Aufl., Luchterhand, 2024. 4092 S., 139,00 €
24. Reichert: GmbH & Co. KG. 9. Aufl., Beck, 2024. 1720 S., 219,00 €
25. Reithmann/Terbrack: Kauf vom Bauträger, 9. Aufl., Otto Schmidt, 2024. 700 S., 129,00 €
26. Saenger/Inhester: GmbHG. 5. Aufl., Nomos, 2024. 2033 S., 159,00 €
27. Sontheimer/Kollmar/Stark: Vertragsgestaltung und Steuerrecht. 4. Aufl., Beck, 2024. 352 S., 59,00 €
28. Staudinger: Kommentar zum BGB. Buch 4: Familienrecht. §§ 1564-1568; §§ 1568 a+b (Scheidung der Ehe). Neubearbeitung 2024, De Gruyter. 524 S., 199,95 €
29. Weber/Weber: Die Testamentsvollstreckung – mit internationalen Bezügen. 1. Aufl., Gieseking, 2024. 317 S., 69,00 €
30. Weingärtner/Löffler/Ulrich: Vermeidbare Fehler im Notariat. 12. Aufl., Carl Heymanns, 2024. 564 S., 119,00 €

STANDESNACHRICHTEN

Personaländerungen

1. Erlöschen des Amtes nach § 47 BNotO:

Mit Wirkung zum 22.09.2024:

Notarin Dr. Vera Richter

Mit Wirkung zum 30.09.2024:

Notar Dr. Jörn Heinemann

Notar Gerhard Malchus

2. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung zum 01.09.2024:

Landau i. d. Pfalz	dem Notar a. D. Dr. Torsten Jäger
Fürth	dem Notar Dr. Steffen Limpert (bisher in Altdorf bei Nürnberg)
Burghausen	dem Notarassessor Sebastian Schwarz (bisher in Augsburg)

Mit Wirkung zum 01.10.2024:

Vilseck	der Notarassessorin Dr. Kristina Cyglakow (bisher in Würzburg)
Neumarkt i. d. OPf.	dem Notarassessor Alexander Walch (bisher in Berlin)

Mit Wirkung zum 01.11.2024:

München	der Notarin Dr. Brigitte Bauer (bisher in Moosburg a. d. Isar)

3. Neuernannte Notarassessoren:

Mit Wirkung zum 15.08.2024:

Klara Elisabeth Eimer
(Notarstelle Dorothee Vogel, Germersheim)

Mit Wirkung zum 01.09.2024:

Jan Schmeißer
(Notarstelle Dr. Bernadette Bord, Bamberg)

Frederika Kaspers
(Notarstelle Anja Siegler, Erlangen)

Tim Hollenberg
(Notarstelle Dr. David König, Vilsbiburg)

Mit Wirkung zum 01.10.2024:

Felix Sammer
(Notarstelle Jens Haßelbeck, Klingenberg a. Main)

Andrea Hachenberger
(Notarstelle Dr. Benedikt Selbherr, Weilheim)

Dr. Helmut Birner,
(Notarstelle Dr. Andrea Lichtenwimmer, Ingolstadt)

Mit Wirkung zum 15.10.2024:

Dr. Victoria Katharina Voelker
(Notar Dr. Peter Wolf in Ludwigshafen)

Mit Wirkung zum 01.11.2024:
Jonas Wilm
(Notarstelle Dr. Christian Mickisch, Neumarkt i. d. OPf.)

Dr. Carolin Scheuer
(Notarstelle Joachim Mödl, Zusmarshausen)

Jannina Richter
(Notarstelle Marion Strümpell, Mindelheim)

Leonie Schmidt
(Notarstelle Katharina Trommler, Simbach a. Inn)

Christian Wilhelm
(Notarstelle Philip Hruschka, Miesbach)

Dr. Pirmin Schauer
(Notarstelle Jörg Theilig, Hassfurt)

Dominik Kastner
(Notarstelle Dr. Martin Dörnhöfer, Schweinfurt)

Michael Titze
(Notarstelle Arnold Voran, Memmingen)

Dr. Elisabeth Wöhrle
(Notarstelle Kathrin Trutschel, Oettingen i. Bay.)

Nikolaus Staats
(Notarstelle Dr. Lovro Tomasic,
Erlangen)

Anschriften- und Rufnummernänderungen:

Notarin Sonja Egner
Neue Adresse: Auf der Leiten 10
89407 Dillingen a.d.Donau

Notar Dr. Fabian Eike Flaßhoff
Neue Adresse: Regens-Wagner-Platz 5
96224 Burgkunstadt

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,
notarkammer.universalmedien.de

Notare Bayern und Pfalz
Landesnotarkammer Bayern

www.notare-bayern-pfalz.de