

MittBayNot

Begründet 1864

6|2020

November/Dezember 2020

Mitteilungen des
Bayerischen Notarvereins,
der Notarkasse und der
Landesnotarkammer
Bayern

Herausgeber:

Landesnotarkammer Bayern
Ottostraße 10
Vorübergehend:
Denninger Straße 169
81925 München

Herausgeberbeirat:

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

Dr. Johann Frank,
Notar in Amberg

Dr. Susanne Frank,
Notarin in München

Prof. Dr. Dr. Herbert Grziwotz,
Notar in Regen

Prof. Dr. Dieter Mayer,
Notar in München

Dr. Eckhard Wälzholz,
Notar in Füssen

Dr. Dietmar Weidlich,
Notar in Roth

Schriftleitung:

Benedikt Mack,
Notarassessor

Ann-Kathrin Schmelter,
Notarassessorin

ISSN 0941-4193

AUFSÄTZE

- **Heinze:** Mängel des Nachlassverzeichnisses und ihre Rechtsfolgen (Versicherung an Eides statt versus Erfüllungsuntauglichkeit) – zugleich Anmerkung zu BGH 531
- **Sikora/Sommer:** Gestaltungsfragen bei Immobilienerwerb durch nichteheliche Lebensgemeinschaften und Ehegatten – Teil 2. 537
- **Forschner:** Praxisupdate Gesellschaftsrecht 546

RECHTSPRECHUNG – ANMERKUNGEN

- **Attenberger** zu **OLG Köln:** Formanforderungen für notariellen Prüfvermerk 569
- **Eicher** zu **BGH:** Gesetzliche Gesamtvertretung des minderjährigen Kindes. 576
- **Hardt** zu **BGH:** Verjährung von Pflichtteilergänzungsansprüchen trotz späterer postmortaler Vaterschaftsfeststellung 590
- **Weidlich** zu **OLG Schleswig:** Austausch des Testamentsvollstreckers als Beeinträchtigung einer wechselbezüglichen Schlusserbeneinsetzung. 599
- **Bandel** zu **OLG Oldenburg:** Testamentsauslegung – umfasster Personenkreis bei Erbeinsetzung der „Abkömmlinge“ 604
- **Esbjörnsson** zu **BGH:** Wirksamkeit des Widerrufs der in einem Kaufvertrag erteilten Vollmacht 616
- **Bomhard** zu **BGH:** Wohnungseigentum: zulässige Nutzung eines „Ladens“ als Eltern-Kind-Zentrum 622
- **Wobst** zu **BFH:** Jahreswert von Nießbrauchsrechten bei vom Schenker zu tragenden Schuldzinsen. 634

Impressum

MittBayNot

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

Herausgeber:

Landesnotarkammer Bayern
Ottostraße 10
Vorübergehend:
Denninger Straße 169
81925 München
Telefon: (089) 551660
Telefax: (089) 55166234
E-Mail: info@mittbaynot.de
Internet: <https://www.notare.bayern.de/mittbaynot.html>

Herausgeberbeirat:

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

Schriftleitung:

Notarassessor Benedikt Mack,
Notarassessorin Ann-Kathrin Schmelter

Druck:

Universal Medien GmbH
Geretsrieder Straße 10
81379 München

Inhaltsverzeichnis **MittBayNot** 6 | 2020

AUFSÄTZE 531

Heinze: Mängel des Nachlassverzeichnisses und ihre Rechtsfolgen (Versicherung an Eides statt versus Erfüllungsuntauglichkeit) – zugleich Anmerkung zu BGH 531

Sikora/Sommer: Gestaltungsfragen bei Immobilienerwerb durch nichteheliche Lebensgemeinschaften und Ehegatten – Teil 2 537

Forschner: Praxisupdate Gesellschaftsrecht 546

BUCHBESPRECHUNGEN 554

Bengel/Reimann: Handbuch der Testamentsvollstreckung (Westermeier) 554

Müller-Engels/Sieghörtner/Emmerling de Oliveira: Adoptionsrecht in der Praxis – einschließlich Auslandsbezug (Menne) 555

Süß: Erbrecht in Europa (Selbherr) 557

Wicke: GmbHG (Aumann) 558

RECHTSPRECHUNG 559

Bürgerliches Recht

ALLGEMEINES

1. Anspruch auf Rückübertragung mehrerer Grundstücke nach einem Schenkungswiderruf wegen groben Undanks (BGH, Urteil vom 22.10.2019, X ZR 48/17) 559

2. Änderung der Bezugsberechtigung einer Lebensversicherung zugunsten des Betreuers (BGH, Urteil vom 25.9.2019, IV ZR 99/18 – Ls.) 562

3. Prüfung einer im Außenverhältnis unbeschränkten Vollmacht durch das Grundbuchamt (OLG Köln, Beschluss vom 18.5.2020, 2 Wx 61/20) 562

4. Keine Beschaffenheitsgarantie bei Anpreisungen in einem Maklerexposé (OLG Dresden, Beschluss vom 17.3.2020, 4 U 2183/19) 566

5. Zustimmung des WEG-Verwalters zu eigenem Wohnungserwerb (OLG Hamm, Beschluss vom 10.1.2020, I-15 W 72/20) 566

SACHEN- UND GRUNDBUCHRECHT

6. Anspruch auf Löschung einer Grunddienstbarkeit wegen Wegfall des Vorteils (OLG München, Urteil vom 18.12.2019, 7 U 898/19 – Ls.) 567

7. Eintragungspflichtigkeit des Nacherbenvermerks bei bedingter Anordnung der Nacherbfolge (OLG Hamm, Beschluss vom 5.11.2019, 15 W 342/19 – Ls.) 568

8. Zur Verwendbarkeit betreuungsbehördlich beglaubigter Vollmachten im Grundbuchverkehr (OLG Köln, Beschluss vom 30.10.2019, 2 Wx 327/19 – Ls.) 568

9. Formanforderungen für notariellen Prüfvermerk (OLG Köln, Beschluss vom 3.7.2019, 2 Wx 169/19) mit Anmerkung **Attenberger** 568
569

FAMILIENRECHT

10. Gesetzliche Gesamtvertretung des minderjährigen Kindes (BGH, Beschluss vom 29.4.2020, XII ZB 112/19) mit Anmerkung **Eicher** 571
576

11. Familiengerichtliche Genehmigung bei Übertragung von vermietetem Wohnungs- und Teileigentum durch die Großeltern an ihren minderjährigen Enkel mit Rückforderungsrecht (OLG München, Beschluss vom 29.4.2020, 34 Wx 341/18) 577

12. Modifizierung des Zugewinnausgleichs durch Herausnahme von Betriebsvermögen (OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 13.1.2020, 8 UF 115/19) 580

13. Zulässigkeit einer Volljährigenadoption trotz Beeinträchtigung des Erbrechts des leiblichen Sohnes des Annehmenden (OLG Schleswig, Beschluss vom 1.8.2019, 8 UF 102/19 – Ls.) 582

Inhaltsverzeichnis **MittBayNot** 6 | 2020

ERBRECHT

14. Anspruch auf Ergänzung eines notariellen Nachlassverzeichnisses (BGH, Urteil vom 20.5.2020, IV ZR 193/19) 583
15. Verjährung von Pflichtteilergänzungsansprüchen trotz späterer postmortaler Vaterschaftsfeststellung (BGH, Urteil vom 13.11.2019, IV ZR 317/17) 585
mit Anmerkung **Hardt** 590
16. Nachweis der Entgeltlichkeit einer Verfügung des Vorerben (OLG Nürnberg, Beschluss vom 19.12.2019, 15 W 4412/19) 592
17. Austausch des Testamentsvollstreckers als Beeinträchtigung einer wechselbezüglichen Schlusserbeneinsetzung (OLG Schleswig, Beschluss vom 4.11.2019, 3 Wx 12/19) 595
mit Anmerkung **Weidlich** 599
18. Testamentsauslegung – umfassster Personenkreis bei Erbeinsetzung der „Abkömmlinge“ (OLG Oldenburg, Urteil vom 11.9.2019, 3 U 24/18) 601
mit Anmerkung **Bandel** 604

Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

19. Eintragung einer „gUG (haftungsbeschränkt)“ (BGH, Beschluss vom 28.4.2020, II ZB 13/19 – Ls.) 606
20. Vorlage einer Schlussbilanz bei Verschmelzung zweier Vereine (OLG Köln, Beschluss vom 10.2.2020, 2 Wx 28/20) 606
21. Anmeldung der Auflösung einer Ein-Personen-GmbH elektronisch in öffentlich beglaubigter Form (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22.1.2020, 3 Wx 52/19) 607

Beurkundungs- und Notarrecht

22. Unbefristete Fortgeltungsklausel bei Aufspaltung in Angebot und Annahme (BGH, Urteil vom 23.1.2020, III ZR 28/19 – Ls.) 608
23. Wirksamkeit des Widerrufs der in einem Kaufvertrag erteilten Vollmacht (BGH, Beschluss vom 19.9.2019, V ZB 119/18) 609
mit Anmerkung **Esbjörnsson** 616

Öffentliches Recht

24. Wohnungseigentum: zulässige Nutzung eines „Ladens“ als Eltern-Kind-Zentrum (BGH, Urteil vom 13.12.2018, V ZR 203/18) 617
mit Anmerkung **Bomhard** 622

Steuerrecht

25. Steuerfreie Entnahme einer Wohnung aus dem land- und forstwirtschaftlichen Betriebsvermögen (BFH, Urteil vom 16.1.2020, VI R 22/17 – Ls.) 632
26. Jahreswert von Nießbrauchsrechten bei vom Schenker zu tragenden Schuldzinsen (BFH, Urteil vom 28.5.2019, II R 4/16) 632
mit Anmerkung **Wobst** 634
27. Nutzung zu eigenen Wohnzwecken i. S. d. § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 3 EStG; privates Veräußerungsgeschäft bei Verkauf zur Vermeidung der geplanten Anordnung eines Rückbauebots (BFH, Urteil vom 21.5.2019, IX R 6/18 – Ls.) 635

SONSTIGES 636

Hinweise für die Praxis 636

- Grimm**, Notarielle Urkunden für Einsteiger – erklärt am Beispiel eines Kaufvertrags 636

Veranstaltungshinweise 640

Neuerscheinungen 643

STANDESNACHRICHTEN 644

AUFSÄTZE

Mängel des Nachlassverzeichnisses und ihre Rechtsfolgen (Versicherung an Eides statt versus Erfüllungsuntauglichkeit)

Zugleich Anmerkung zum Urteil des BGH vom 20.5.2020, IV ZR 193/19*

Von Notar Dr. **Stefan Heinze**, Köln

Bei der besprochenen Entscheidung geht es vor allem um die Rechtsfolgen von fehlerhaften notariellen Nachlassverzeichnissen. Genügt „noch“ die Versicherung an Eides statt (§ 260 Abs. 2 BGB) oder muss es „schon“ als „erfüllungsuntauglich“ angesehen werden (mit der Folge, dass der Erbe als Auskunftsschuldner gemäß § 888 Abs. 1 Satz 1 ZPO verurteilt werden kann)? Das Gesetz enthält hierfür keine Kriterien; die Rechtsprechung ist trotz Fallgruppenbildung nicht klar. Der BGH und insbesondere die Vorinstanz liefern insoweit hilfreiche Anhaltspunkte. Der Beitrag zeigt die Konsequenzen für die Praxis auf und erörtert weitere sich aus der Entscheidung ergebende Probleme.

1. Der wesentliche Sachverhaltsteil: Notar konnte Kontenauskunft in Österreich mangels Vollmacht nicht einholen

Der für die notarielle Praxis wesentliche Sachverhaltsteil bezieht sich nicht auf die recht ausführlichen Darstellungen zum österreichischen Recht. Entscheidend war vielmehr Folgendes: Der Erbe hatte dem Notar eine Vollmacht zum Kontendatenabruf erteilt, jedoch beschränkt auf deutsche Konten. Der Notar erstellte ein Verzeichnis und bemerkte, ein Kontendatenabruf für Konten in Österreich habe nicht stattfinden können. In einem Verlassenschaftsverfahren in Österreich fand sich allerdings die Feststellung, im Todeszeitpunkt habe ein Konto der Erblasserin bei einer österreichischen Bank mit einem Aktivsaldo existiert. Diese Vorgänge waren dem Nachlassverzeichnis als Anlage beigefügt. Der BGH hielt das Verzeichnis wegen der fehlenden Feststellungen des deutschen Notars zu diesem Konto für unvollständig.

Fragen des österreichischen Rechts dürften über den Einzelfall hinaus nicht von größerem Interesse sein. Relevant ist die vom BGH festgestellte Unvollständigkeit des Verzeichnisses (a) und die Behandlung der Fehlerfolgen (b).

a) Warum BGH und Vorinstanz das Verzeichnis für mangelhaft hielten

Nach dem BGH-Leitsatz folgte die Mangelhaftigkeit des Verzeichnisses aus seiner teilweisen Unvollständigkeit: Die Erbin hatte dem Notar keine Vollmacht für einen Kontendatenabruf

bei ausländischen Konten erteilt, sodass der Notar einen solchen Abruf nicht durchführen konnte; der BGH nahm infolge des entsprechenden Vermerks im Nachlassverzeichnis an, dass der Notar dies getan hätte, wenn es ihm ermöglicht worden wäre; ferner wies der BGH darauf hin, dass eine solche Einholung auch geboten gewesen sei.¹

Ausführlicher behandelt das LG Bonn, woraus sich diese „Gebotenheit“ ergab. Zu Recht führt es zunächst aus, der Notar habe diejenigen Ermittlungsmaßnahmen durchzuführen, die ein objektiver Dritter in der Lage des Gläubigers für erforderlich halten dürfe.² Bezüglich des streitgegenständlichen Kontos bei einer österreichischen Bank war wohl ausschlaggebend, dass sich infolge der „Vorarbeiten“ aus dem österreichischen Verlassenschaftsverfahren die Existenz einer Bankverbindung bei dieser Raiffeisenbank aufgedrängt hatte; nicht nur die Existenz einer Verbindung, sondern die Existenz eines konkreten Aktivums war nach den Umständen außerordentlich wahrscheinlich. Mögen auch, wie BGH und Vorinstanz ausführen, die Sachverhaltsfeststellungen im österreichischen Verlassenschaftsverfahren nicht die Verzeichnistätigkeit des deutschen Notars ersetzen: Eine konkrete Feststellung eines Saldos zum Todestag, die in einem Verlassenschaftsverfahren getroffen worden ist, lässt sich nicht ignorieren und macht entsprechende Feststellungen des Notars, der das Verzeichnis errichtet, erforderlich.

Unklar bleibt, was sich der Notar davon versprochen hat, die „Vorarbeiten“ aus dem Verlassenschaftsverfahren dem Verzeichnis beizufügen. Derartige erscheint unglücklich, jedenfalls dann, wenn der Notar die konkreten Ergebnisse nicht ausdrücklich als Inhalt seines eigenen Verzeichnisses kennzeichnet. Der Notar muss bei der Verzeichniserstellung naturgemäß die Verantwortung für die Feststellungen übernehmen, etwa durch die Formulierung „Ich verzeichne“ oder „Ich stelle fest“. Bekanntlich kann der Notar seine Verantwortung dadurch eingrenzen, dass er die Quellen seiner Erkenntnis offenlegt und ausführt, aus welchen Quellen weitere Erkenntnisse denkbar wären und warum diese nicht vorgelegen haben.

* MittBayNot 2020, 583 (in diesem Heft).

1 BGH, Urteil vom 20.5.2020, IV ZR 193/19, NJW 2020, 2187 Rdnr. 11.

2 LG Bonn, Urteil vom 3.7.2019, 5 S 18/19, juris Rdnr. 39.

Hiervon zu unterscheiden ist aber das bloße „Beifügen“ ohne Ausführungen dazu, welche rechtliche Bedeutung die „Beifügung“ für das Verzeichnis hat. Ein solches Verfahren sollte mangels rechtlicher Eindeutigkeit eher vermieden werden. Auch die Übersichtlichkeit eines Verzeichnisses wird dadurch beeinträchtigt.

b) Rechtsfolgen der Mangelhaftigkeit; Abgrenzung zwischen § 260 Abs. 2 BGB und „Erfüllungsuntauglichkeit“ – teilweise Unvollständigkeit bewirkt „Erfüllungsuntauglichkeit“

Der BGH geht im Grundsatz davon aus, dass bei Vorliegen eines Verzeichnisses in der Regel nicht dessen Berichtigung oder Ergänzung verlangt werden könne. Lügen die Voraussetzungen des § 260 Abs. 2 BGB vor, so sei der Auskunftsgläubiger auf den Weg der eidesstattlichen Versicherung verwiesen.³ Ein Ergänzungsanspruch könne jedoch in Ausnahmefällen bestehen, wobei der BGH folgende Fallgruppen aus der Rechtsprechung anführt:

- Eine unbestimmte Mehrheit von Nachlassgegenständen ist nicht aufgeführt, etwa infolge eines Rechtsirrtums des Auskunftspflichtigen.
- Angaben über den fiktiven Nachlass oder Schenkungen fehlen (Ergänzung: Hier muss natürlich ein entsprechendes Verlangen des Pflichtteilsberechtigten hinzugetreten sein, da ohne entsprechende Äußerung der fiktive Nachlass nicht von der Auskunftspflicht erfasst ist).⁴
- Die Auskunft entspricht dem Wissensstand des Verpflichteten; er hat sich aber fremdes Wissen trotz Zumutbarkeit nicht verschafft.
- Ein Notar beschränkt sich auf die Wiedergabe der Bekundungen des Erben ohne eigene Ermittlungstätigkeit.

Vorliegend lag aus den zu I. dargestellten Gründen die Fallgruppe des „Nichtverschaffens fremden Wissens trotz Zumutbarkeit“ vor.⁵

Zu der Formulierung des BGH ist ein kritischer Hinweis angebracht. Der BGH bemängelt, das Verzeichnis enthalte keine „umfassenden Angaben über die Geschäftsbeziehung der Erblasserin“ zu der betroffenen Bank. Naturgemäß muss das Verzeichnis derartige Angaben nicht enthalten; gemeint ist etwas anderes. Ein Nachlassverzeichnis muss (lediglich) Aktiva, Passiva sowie Bestandteile des fiktiven Nachlasses enthalten. „Umfassende Angaben über die Geschäftsbeziehung“, wie etwa die Wiedergabe sämtlicher Kontenbewegungen, sind nicht erforderlich, denn der Erbe schuldet keine Rechnungslegung gemäß § 259 BGB.⁶ Damit der Notar in eigener Verantwortung das Verzeichnis erstellen kann, muss dieser allerdings nach den Umständen des Einzelfalls bestimmte Unterlagen sichten (etwa: Kontoauszüge) und diese Unterlagen auf die verzeichnisrelevanten Inhalte „filtern“.

3 BGH, Urteil vom 20.5.2020, IV ZR 193/19, NJW 2020, 2187 Rdnr. 10.

4 BGH, Urteil vom 29.10.1981, IX ZR 92/80, NJW 1982, 176, 177.

5 BGH, Urteil vom 20.5.2020, IV ZR 193/19, NJW 2020, 2187 Rdnr. 11.

6 Zuletzt überzeugend etwa OLG Düsseldorf, Urteil vom 6.7.2018, 7 U 9/17, juris Rdnr. 28-30.

Hätten die „umfassenden Angaben über die Geschäftsbeziehung“ (anders als in der Besprechungsentscheidung) etwa ergeben, dass im Erbfall keine Bankverbindung mehr bestanden hätte und die Durchsicht der noch verfügbaren Kontoauszüge keine Anhaltspunkte für Schenkungen gemäß § 2325 Abs. 1 BGB enthalten hätten, hätte der Notar sich auf die Feststellung beschränken müssen, dass er eine abschließende und vollständige Auskunft angefordert und erhalten habe und sich auf der Grundlage einer solchen Auskunft keine Anhaltspunkte für Aktiva, Passiva oder Schenkungen gemäß § 2325 Abs. 1 BGB ergeben hätten. Dies wäre etwa dann denkbar, wenn das Konto von der Erblasserin selbst aufgelöst worden und die Abschlussüberweisung auf ein anderes Konto der Erblasserin erfolgt wäre. Eine Verschiebung innerhalb unterschiedlicher Konten der Erblasserin führt nicht zu einer Veränderung der Vermögenssphäre; ihre Aufnahme im Nachlassverzeichnis ist daher nach meiner Einschätzung weder geboten noch zulässig. Es handelte sich um eine Darlegung der Vermögensdispositionen der Erblasserin, welche nicht geschuldet ist. Anders wäre der Fall, wenn zum Beispiel die Kontenauflösung dazu geführt hätte, dass von einem allein auf die Erblasserin lautenden Konto eine Überweisung auf ein Gemeinschaftskonto stattgefunden hätte.

Um all dies feststellen zu können, muss der Notar aber grundsätzlich die ihm zur Verfügung gestellten Informationen auswerten und sichten. Es ist wichtig, dass Notare die ihnen im Zusammenhang mit der Verzeichniserstellung zukommende Filterfunktion wahrnehmen, anstatt einfach nur alle Kontoauszüge dem Verzeichnis beizufügen. Letzteres ist weder notwendig noch hinreichend, denn dann wird erneut nicht klar, für welchen Inhalt der Notar „Verantwortung“ übernimmt.

2. Die Sicht des „objektiven Dritten“ – hilfreiche Einschränkungen durch LG Bonn

Die Perspektive eines „objektiven Dritten“ in der Rolle des Auskunftsgläubigers wird vom LG Bonn weiter konkretisiert. Zu begrüßen ist, dass nicht allen ausgefallenen Wünschen des Pflichtteilsgläubigers damit entsprochen wird. Ein solcher objektiver Dritter weiß, dass sein Auskunftsrecht nicht zur Schikane verwendet werden darf; ferner kennt er auch die Grenzen seines Rechts, weiß also insbesondere, dass der Erbe ihm nicht Rechnungslegung schuldet, sondern nur Auskunft.

Ein objektiver Dritter würde es (entgegen der Forderung des Pflichtteilsberechtigten) hier zum Beispiel nicht für erforderlich halten, alle Banken im Umkreis des letzten (österreichischen) Aufenthaltsorts der Erblasserin anzuschreiben.⁷ Denn der Notar sei nicht verpflichtet, ohne entsprechende Anhaltspunkte in alle Richtungen zu ermitteln, um Nachlassvermögen aufzuspüren.⁸ Der Umstand, dass sich die Erblasserin und später auch der auskunftsverpflichtete Erbe an dem betreffenden Ort aufhielten, begründete entsprechende Anhaltspunkte noch nicht.⁹ Diese Feststellung ist zutreffend. Im Zeitalter des Online-Bankings besteht keinerlei Vermutung oder

7 LG Bonn, Urteil vom 3.7.2019, 5 S 18/19, juris Rdnr. 39.

8 LG Bonn, Urteil vom 3.7.2019, 5 S 18/19, juris Rdnr. 39.

9 LG Bonn, Urteil vom 3.7.2019, 5 S 18/19, juris Rdnr. 40.

auch nur Anhaltspunkt dafür, dass die Menschen Bankverbindungen bei Kreditinstituten deshalb unterhalten, weil diese Filialen am Wohnort unterhalten. Angesichts häufiger auch berufsbedingter Umzüge entspricht dies zunehmend weniger der Realität.

Noch tiefgreifender war das Verlangen des Pflichtteilsberechtigten nach der Ermöglichung eines „automatisierten Kontenabrufs“. ¹⁰ Das LG wies auch diese Forderung zu Recht zurück. Zum einen, so das LG, wäre ein solcher Abruf ohnehin nur bezüglich inländischer Konten möglich; darüber hinaus hatte der Notar bereits zahlreiche Banken um Auskunft ersucht und der Pflichtteilsberechtigte hatte nicht dargelegt, warum dies nicht ausreichend gewesen sein soll. ¹¹ Gleichwohl deutete das LG Bonn an, die Gestattung eines automatisierten Kontenabrufs könne im Einzelfall geboten sein, ohne zu konkretisieren, wann Umstände vorliegen, die einen solchen Einzelfall prägen.

Es ist aber sehr zweifelhaft, ob das geltende Recht einen solchen automatisierten Kontenabruf zulässt. Die von der Entscheidung zitierten Normen sind die § 802I ZPO i. V. m. § 93 Abs. 7 und 8, § 93b AO und § 24c Abs. 1 KWG i. V. m. § 19 BDSG a. F. bzw. § 15 DSGVO. Man sieht schon an § 802I ZPO, dass das geltende Recht hierfür eine ausdrückliche Ermächtigungsgrundlage für erforderlich hält. Es besteht anderenfalls kein Anspruch gegen das Bundeszentralamt für Steuern, einen solchen Abruf durchzuführen. Das BVerfG hat schon 2007 verlangt, dass der Kreis der Behörden und die zu erfüllenden Aufgaben hinreichend bestimmt festgelegt werden müssten. ¹²

In der Praxis scheitert man schon an weniger invasiven Versuchen der Informationsbeschaffung. Die FAs weigern sich häufig unter Berufung auf eine BFH-Entscheidung, dem Erben die Mitteilungen gemäß § 33 ErbStG zu übersenden. Nach dieser Entscheidung gilt, dass Erben keinen Anspruch auf Überlassung von Kopien der von Kreditinstituten gemäß § 33 ErbStG eingereichten Anzeigen haben, wenn das FA die Akte mit dem Vermerk „steuerfrei“ geschlossen hat, ohne die Erben an dem Verfahren zu beteiligen. ¹³ Der Versuch, über das IFG diese Rechtsprechung zu hinterfragen, wurde jedenfalls bislang in der Rechtsprechung der FG vereitelt. ¹⁴

Auch die immer wieder empfohlene „Abfrage bei Bankenverbänden“ erweist sich nicht als so effektiv wie erhofft: Der Deutsche Sparkassen- und Giroverband verfügt zum Beispiel nach seiner Aussage nicht über eine zentrale Erfassung von Konten- und Kundendaten; lediglich über Regionalverbände seien solche Auskunftersuchen möglich – das bringt kaum eine Erleichterung gegenüber der individuellen Anfrage, welche zudem schneller Resultate herbeiführt. Der Genossenschaftsverband der Regionen hat vom Verfasser der Rezension für eine Recherche die Darlegung konkreter Anhaltspunkte für das

Vorliegen einer Geschäftsbeziehung zu verlangen, ferner die Bezahlung von 500 € für eine Recherche.

All das zeigt, dass derzeit keine „Wundermittel“ existieren, die dem Notar einfach und umfassend Kenntnis verschaffen. Allerdings hat der Gesetzgeber bereits gezeigt, dass er es in bestimmten Fällen für geboten hält, einen Kontendatenabruf zu ermöglichen (§ 802I ZPO). Das Argument des Pflichtteilsberechtigten, hiermit erhalte der Notar einen Überblick über gegenwärtige und vergangene Bankverbindungen, ist im Ausgangspunkt zutreffend. Die in der Folge gestellten Anfragen des Notars wären zielgerichtet und die Erstellung des Verzeichnisses würde sich beschleunigen. Angesichts der diskutierten Reformen des notariellen Nachlassverzeichnisses wäre eine solche Regelung ggf. zu erwägen. Derzeit ist von einer solchen Möglichkeit aber nicht auszugehen.

3. Weiteres zur „Erfüllungstauglichkeit“ eines Verzeichnisses

- a) Die Nachprüfung anhand der Perspektive eines „objektiven Dritten“ – Absage an OLG München (dort: nur notarielle Perspektive maßgeblich)

Die Praxis wird sich an dem Maßstab des „objektiven Dritten“ zu orientieren haben, wobei dem Notar in Grenzfällen sicherlich ein gewisses Ermessen zuzubilligen ist.

Aus dem Umstand, dass die Gerichte dieses Ermessen (mit welcher Intensität auch immer) überprüfen, folgt jedenfalls, dass eine Entscheidung des OLG München abzulehnen sein dürfte. ¹⁵ Dort kam Folgendes heraus: Die Notarin hatte ausgeführt, sie halte die Durchsicht bestimmter Kontoauszüge für erforderlich; das erstinstanzliche Gericht hatte entschieden, es halte in der Situation diese Maßnahme nicht für erforderlich; das OLG München meinte, das erstinstanzliche Gericht dürfe sich nicht in die Rolle eines hypothetischen Notars versetzen. ¹⁶

Zwischen dieser Entscheidung und den hier besprochenen Entscheidungen (BGH, LG Bonn) besteht ein Widerspruch; sie sind nicht miteinander zu vereinbaren. Hätte das OLG München recht, so wären Verzeichnisse auch dann nicht erfüllungstauglich, wenn alles getan wurde, was ein „objektiver Dritter“ für erforderlich hielte, solange der Notar es abweichend bewertet. Dieses Abstellen auf die subjektive Sicht des Notars kann in dieser Absolutheit nicht richtig sein. Es würde den Erben auch in eine problematische Position versetzen und könnte ihn dazu nötigen, Informationen preiszugeben, die ein „objektiver Dritter“ nicht verlangen würde. Außerdem könnte der Notar selbst objektiv erfüllungstauglichen Verzeichnissen den „Todesstoß“ allein dadurch versetzen, dass er seine Einschätzung zum Ausdruck bringt.

Folgender Fall zeigt, warum der Ansatz des OLG München misslungen ist: Notar N hält die Beifügung aller Kontoauszüge, welche vom Erblasser beschafft werden konnten, für erforderlich. Erbe E ist einverstanden mit deren Beschaffung

¹⁰ LG Bonn, Urteil vom 3.7.2019, 5 S 18/19, juris Rdnr. 41.

¹¹ LG Bonn, Urteil vom 3.7.2019, 5 S 18/19, juris Rdnr. 41.

¹² BVerfG, Beschluss vom 13.6.2007, 1 BvR 1550/03, 1 BvR 2357/04, 1 BvR 603/05, NJW 2007, 2464.

¹³ BFH, Urteil vom 23.2.2010, VII R 19/09, NJW-RR 2010, 1160.

¹⁴ Kritisch hierzu *Schoch*, Informationsfreiheitsgesetz, 2. Aufl. 2016, Rdnr. 391.

¹⁵ OLG München, Beschluss vom 23.2.2016, 3 W 264/16, ZEV 2016, 331.

¹⁶ OLG München, Beschluss vom 23.2.2016, 3 W 264/16, ZEV 2016, 331, 334 Rdnr. 12.

und Durchsicht auf Aktiva/Passiva/mögliche Schenkungen gemäß § 2325 Abs. 1 BGB und verwahrt sich auch nicht gegen die Einschätzung des Notars in Zweifelsfällen, ob eine Schenkung vorliegt, weist aber darauf hin, dass zahlreiche Vorgänge (zum Beispiel Einkäufe bei Lebensmitteleinzelhändlern, Internetversandhandel, Erotik-Onlinehandel) keinerlei Relevanz für das Verzeichnis hätten und auch bei großzügiger Betrachtung ernstlich keine Schenkung sein könnten; es sei offensichtlich, dass die Bezahlung einer vom Erblasser selbst veranlassten und erhaltenen Bestellung bei Amazon.de keine Schenkung sei. Notar N meint, „sicherheitshalber“ müsse er so verfahren; wenn es ihm nicht gestattet werde, werde er vermerken, dass er es für erforderlich halte.

In einem solchen Fall kann von fehlender Mitwirkungsbereitschaft des Erben nicht die Rede sein. Vielmehr verkennt der Notar im Beispiel Umfang und Tragweite seiner Pflichten: Er hat diese Kontoauszüge (je nach den Umständen des Einzelfalls) zu prüfen und zu sichten, aber kann (sofern der Erbe es nicht gestattet) nicht einfach gedankenlos den gesamten Inhalt zum Bestandteil des Verzeichnisses machen, wenn überhaupt keine Anhaltspunkte für (reale oder fiktive) Nachlassbestandteile vorliegen. Das OLG München müsste aber auch in einem solchen Fall konsequenterweise das Verzeichnis für erfüllungsuntauglich halten. Es liegt auf der Hand, dass ein solches Ergebnis nicht sachgerecht ist. Aus diesem Grund hätte das OLG München im konkreten Fall die Vorinstanz allenfalls mit der Begründung aufheben dürfen, dass ein objektiver Dritter die Anforderung der Kontoauszüge sehr wohl für erforderlich gehalten hätte. Die Möglichkeit des Notars, durch unüberlegte Äußerungen Verzeichnisse „abschießen“ zu können, sollte aber nicht geschaffen werden. Ein praktisches Bedürfnis dafür besteht nicht.

In der Praxis ist stets empfehlenswert, dass der Notar wiedergeben sollte, warum er eine bestimmte Maßnahme für erforderlich oder nicht erforderlich hält. Der Notar sollte sich insoweit mit dem Standpunkt des Erben und des Pflichtteilsberechtigten auseinandersetzen, diesen aber keineswegs allein auf bloßen Zuruf Folge leisten. Wenn der Erbe sich weigert, kann der Notar darauf hinweisen, dass das Prozessgericht der Auffassung sein könnte, ein objektiver Dritter hätte die vom Erben verweigerte Maßnahme für nötig gehalten; dies führt dann zur Erfüllungsuntauglichkeit des Verzeichnisses.

b) Exkurs: Was bleibt von § 260 Abs. 2 BGB beim notariellen Nachlassverzeichnis?

Der BGH betont das Regel-Ausnahmeverhältnis zwischen der eidesstattlichen Versicherung (§ 260 Abs. 2 BGB) und der Erfüllungsuntauglichkeit (Zwangsvollstreckung nach § 888 Abs. 1 Satz 1 ZPO): Die Erfüllungsuntauglichkeit sei, wenn ein Verzeichnis vorliege, grundsätzlich die Ausnahme. Es fragt sich aber, ob dies nicht ein bloßes Lippenbekenntnis ist und es für § 260 Abs. 2 BGB bei notariellen Verzeichnissen überhaupt noch einen erwähnenswerten Anwendungsbereich gibt.

Dabei ist es nicht selbstverständlich, dass § 260 Abs. 2 BGB auf notarielle Verzeichnisse anwendbar ist. Denn die Feststellungen des Notars sind jedenfalls zu erheblichen Teilen unabhängig von den Erklärungen des Erben. Gleichwohl ist die

Norm anwendbar; umstritten ist dabei, ob die Versicherung an Eides statt auf die Angaben des Erben beschränkt ist.¹⁷

Die Fallgruppe der „Nichtverschaffung von Informationen trotz Zumutbarkeit“ wird allerdings regelmäßig zur fehlenden Erfüllungsgtauglichkeit führen. Tatsächlich hat die Aussage eines Erben bzgl. einer ihm unbekanntem Bankverbindung des Erblassers nur eine geringere Aussagekraft: Selbst wenn der Erbe wahrheitsgemäß erklärt, es habe an ihn keine Schenkung stattgefunden, kann er zu möglichen Schenkungen an Dritte keine Aussage treffen, zumal der Erblasser gegenüber dem Erben keineswegs Rechenschaft über seine lebzeitigen Dispositionen abzulegen hat und auch nicht ablegt.

Gleichwohl darf das vom BGH betonte Verhältnis zwischen Regel und Ausnahme nicht vom Tisch gewischt werden. Es bleiben weiterhin Anwendungsfälle für die Versicherung an Eides statt.¹⁸ Beispiel: Der Pflichtteilsberechtigte macht geltend, der Erblasser habe über hochwertige Kunst- und Einrichtungsgegenstände verfügt. Der Erbe erklärt, der Erblasser habe diese vor einiger Zeit selbst veräußert, den Erlös in bar vereinnahmt; die Verwendung des Erlöses sei im Einzelnen nicht bekannt. Der Notar hat trotz Auswertung der Kontoauszüge des Erblassers hierzu keine Anhaltspunkte oder Buchungen finden können.

In einem solchen Fall ist die Auskunft des Erben, es habe keine Schenkung an ihn stattgefunden, vollständig. Ermittlungsansätze des Notars sind nicht ersichtlich. Der Notar mag die Aussagen des Erben auf Plausibilität überprüfen, aber darüber hinaus ist es ihm verwehrt, eine Beweiswürdigung vorzunehmen. Er sollte sich hierzu auch nicht vom Pflichtteilsberechtigten drängen lassen. Derartige Fälle haben nichts mit der Nichtverschaffung von Informationen trotz Zumutbarkeit zu tun; weitere Informationsquellen sind schlicht nicht ersichtlich. Der Pflichtteilsberechtigte bringt zum Ausdruck, dass er die Angaben des Erben nicht für glaubhaft hält. Die Würdigung eines solchen Vorbringens obliegt nicht dem Notar.

In solchen Fällen ist das Verzeichnis nicht unvollständig und damit erfüllungsgtauglich. Eine Versicherung an Eides statt nach § 260 Abs. 2 BGB kommt hier ggf. in Betracht, wenn derartige Angaben erst nach sukzessiven Nachfragen offenbart werden oder es erhebliche Änderungen im Aussageverhalten gibt.¹⁹ Keineswegs ist es aber so, dass sämtliche Auskünfte des Erben, die nicht durch „Belege“ gedeckt werden können, von § 260 Abs. 2 BGB erfasst sind. Der Gläubiger hat die Voraussetzungen des § 260 Abs. 2 BGB darzulegen und zu beweisen.

Rechtspolitisch habe ich bereits darauf hingewiesen, dass die derzeitige Regelung der Versicherung an Eides statt (Unzuständigkeit des Notars) missglückt ist.²⁰ Es besteht meines Erachtens dringender Nachbesserungsbedarf, um die Zu-

¹⁷ So etwa KG, Urteil vom 12.6.2014, 1 U 32/13, BeckRS 2016, 4490; kritisch hierzu Weidlich, ZEV 2017, 241, 246; Palandt/Weidlich, 79. Aufl. 2020, § 2314 Rdnr. 7; Damm, notar 2016, 219, 222. Eingehend zur Versicherung an Eides statt auch Heinze, RNotZ 2019, 260 ff.

¹⁸ Heinze, RNotZ 2019, 260, 265.

¹⁹ Einzelheiten bei Heinze, RNotZ 2019, 260 ff.

²⁰ Heinze, RNotZ 2019, 260, 265.

ständigkeit des Notars auch für die Abnahme von Versicherungen gemäß § 260 Abs. 2 BGB zu begründen. Das ist aber eine Aufgabe für den Gesetzgeber.

- c) Exkurs: Fremde Sprache und ausländisches Recht (§ 15 Abs. 1 Satz 2 BNotO und § 17 Abs. 3 BeurkG)

Der Bezug zu Österreich bietet Anlass, auf die Grenzen der notariellen Pflichten, welche aus § 17 Abs. 3 BeurkG und § 15 Abs. 1 Satz 2 BNotO folgen, einzugehen. Fremdsprachliche Fragen (§ 15 Abs. 1 Satz 2 BNotO) waren naturgemäß nicht aufgeworfen, da es um eine Bankverbindung in Österreich ging. Auch rechtlich haben sich hier wohl keine Schwierigkeiten aufgetan. Etwas anderes hätte aber gelten können, wenn zum Beispiel die österreichische Bank eine Auskunft verweigert hätte, etwa unter Berufung auf eine bestimmte österreichische Norm. In solchen Fällen ist es nicht Aufgabe des Notars, das ausländische Recht zu ermitteln und zu prüfen, ob die Auskunftsverweigerung berechtigt war oder nicht; Derartiges müsste der Erbe selbst verfolgen. In solchen Fällen wird sich aber die Frage nach der Verhältnismäßigkeit durchaus einmal stellen können (muss der Erbe im Ausland eine Auskunftsklage mit ungewissen Erfolgsaussichten erheben?). Der Notar sollte in geeigneten Fällen schon früh klarstellen, ob er sich auf § 15 Abs. 1 Satz 2 BNotO und ggf. § 17 Abs. 3 BeurkG beruft, und dies dem Erben rechtzeitig bei Antragstellung mitteilen.

- d) Zuziehung des Pflichtteilsberechtigten und Erfüllungstauglichkeit

Die Frage nach der „Erfüllungstauglichkeit“ eines Verzeichnisses stellt sich schließlich auch, soweit das Zuziehungsrecht des Pflichtteilsberechtigten betroffen ist (§ 2314 Abs. 1 Satz 2 BGB). Insoweit bleibt dessen Zweck ungeklärt,²¹ besteht aber jedenfalls nicht darin, dem Pflichtteilsberechtigten einen Anspruch auf Belegvorlage „durch die Hintertür“ zu verschaffen, der ihm nach materiellem Recht nicht zusteht.²²

Gleichwohl ist die vom KG im Jahr 1996²³ erstmals in der Rechtsprechung bekräftigte herrschende Ansicht (keine Mitwirkungs- und Fragerechte; „Prüfung“, ob weitere Rechte verlangt werden) bezüglich ihrer Praktikabilität und Nützlichkeit zweifelhaft und angreifbar. Wenn der Zweck des Zuziehungsrechts tatsächlich darin bestehen soll, dem Pflichtteilsberechtigten die Überprüfung der Ordnungsgemäßheit zu ermöglichen, so würde es dafür schon genügen, ihm das Verzeichnis bloß auszuhändigen.²⁴ Dessen Durchsicht genügt für die Prüfung, ob ein Vorgehen nach § 260 Abs. 2 BGB erfolgsversprechend ist. Es geht noch weiter: Die erstmalige verbale Kenntnisnahme des Verzeichnisses vermag angesichts des Umfangs und der Komplexität notarieller Verzeichnisse das, was das KG seinerzeit vermutete, überhaupt nicht

zu vermitteln.²⁵ Hierzu erforderlich ist ein Entwurfsversand mit entsprechender Stellungnahmemöglichkeit.

Ich halte es daher für richtig, das Zuziehungsrecht im Sinne eines Anhörungsgebots zu verstehen.²⁶ Das ist der Sache nach schon in den 1930er Jahren vertreten,²⁷ aber offenbar bis in die jüngere Vergangenheit mangels praktischer Relevanz und intensiver Befassung übersehen worden.

Das OLG Hamm hat nunmehr (ohne Begründung) entschieden, dass ein Verstoß gegen ein Zuziehungsverlangen nach § 2314 Abs. 1 Satz 2 BGB zur fehlenden Erfüllungstauglichkeit des Verzeichnisses führe.²⁸ Insoweit ist es bedauerlich, dass eine Auseinandersetzung mit der abweichenden, auch in der Rechtsprechung vertretenen Auffassung nicht stattgefunden hat.²⁹ Die Beantwortung der Frage, welche Folgen ein Verstoß gegen das Zuziehungsrecht hat, muss davon abhängen, welche Funktion das Zuziehungsrecht haben soll. Nach der wohl immer noch herrschenden Meinung (keine Mitwirkungsrechte, lediglich Prüfung der Ordnungsgemäßheit) kann es nicht richtig sein, dass ein Verstoß gegen das Zuziehungsrecht die Erfüllungstauglichkeit in Zweifel zieht. Denn wenn der Pflichtteilsberechtigte „nichts zu sagen“ hat, kann er auf den Inhalt auch keinen Einfluss nehmen. Eine Nicht-Hinzuziehung ist dann für den Verzeichnisinhalte niemals kausal. Die Prüfung der Ordnungsgemäßheit des Inhalts kann der Pflichtteilsberechtigte ohne Weiteres nach Erhalt des Verzeichnisses vornehmen. Dies zeigt auch folgendes Beispiel, welches die Kontrollüberlegung verdeutlicht:

Notar N erstellt ein ordnungsgemäßes Nachlassverzeichnis. Da Erbe E uneingeschränkt kooperations- und auskunftswillig war, hat Notar N sämtliche Ermittlungen vorgenommen, die ein „objektiver Dritter“ in der Rolle des Pflichtteilsberechtigten vornehmen würde. Infolge des tiefen Zerwürfnisses zwischen E und Pflichtteilsberechtigtem P wurde dieser zur Verzeichniserstellung nicht zugezogen.

Das Verzeichnis ist völlig unabhängig von der Mitwirkung des Pflichtteilsberechtigten ordnungsgemäß. Es ist nicht ersichtlich, welchen Nutzen eine erneute (identische!) Erstellung des Verzeichnisses haben soll, nur weil der Pflichtteilsberechtigte „zugezogen“ wird.

Anders kann es aussehen, wenn man das Zuziehungsrecht normzweckadäquat im Sinne eines Anhörungsrechts auslegt. Unterlässt der Notar die Anhörung des Pflichtteilsberechtigten, so kann ihm ein Ermittlungsansatz entgehen, dem ein

²⁵ So schon *Schubart*, DNotZ 1934, 497, 499; ausführlich *Heinze*, DNotZ 2019, 413 ff.

²⁶ *Heinze*, DNotZ 2019, 413, 433.

²⁷ *Schubart*, DNotZ 1934, 497, 499 f. zum Verzeichnis nach § 2121 BGB, wobei aber nicht ersichtlich ist, warum bei § 2314 BGB andere Grundsätze gelten sollten.

²⁸ OLG Hamm, Beschluss vom 16.3.2020, I-5 W 19/20, ErbR 2020, 511 m. Anm. *Schönenberg-Wessel*.

²⁹ OLG Zweibrücken, Beschluss vom 7.9.2015, 3 W 89/15, ZErB 2015, 346 m. Anm. *Zink*; MünchKomm-BGB/*Lange*, 8. Aufl. 2020, § 2314 Rdnr. 33; Dauner-Lieb/Grziwotz/*Würdinger*, Pflichtteilsrecht, 2. Aufl. 2016, § 2314 BGB Rdnr. 26; *Schönenberg-Wessel*, Das notarielle Nachlassverzeichnis, 2020, § 24 Rdnr. 5.

²¹ *Heinze*, DNotZ 2019, 413.

²² *Heinze*, DNotZ 2019, 413, 431; *Kind*, ZErB 2018, 139, 141; *Lange*, ZEV 2020, 253, 260.

²³ KG, Urteil vom 18.12.1995, 12 U 4352/94, NJW 1996, 2312.

²⁴ Insoweit zutr. *Horn*, ErbR 2019, 774.

„objektiver Dritter“ nachgehen würde. Trägt der Pflichtteilsberechtigte in seiner Anhörung aber Derartiges auch nicht vor, so ist nicht ersichtlich, warum die physische Präsenz beim Beurkundungstermin noch einen Nutzen bringen soll. Meines Erachtens ist der Pflichtteilsberechtigte dann schon durch die Gewährung rechtlichen Gehörs „zugezogen“ worden.³⁰ Die Entscheidung des OLG Hamm ist in diesem Punkt abzulehnen, weil sie keinerlei normzweckbezogene Begründung enthält.

4. Ergebnisse

a) Die BGH-Entscheidung liefert in der Zusammenschau mit der bestätigten Entscheidung der Vorinstanz wichtige Erkenntnisse für die Anforderungen an ein notarielles Nachlassverzeichnis. Sie behandelt die Frage, welche Rechtsfolgen „Mängel“ eines notariellen Nachlassverzeichnisses haben. In Betracht kommt die eidesstattliche Versicherung (§ 260 Abs. 2 BGB) oder die Erfüllungsuntauglichkeit (dann kann gegen den Erben nach § 888 Abs. 1 Satz 1 ZPO vollstreckt werden). Manche Ungenauigkeiten ziehen auch überhaupt keine Rechtsfolgen nach sich.

b) Die Ermittlungspflichten des Notars richten sich danach, welche Ermittlungen ein objektiver Dritter in der Rolle des Auskunftsberechtigten für erforderlich halten würde. Ein solcher „objektiver Dritter“ kennt die Grenzen seines Anspruchs; er weiß, dass er keine Rechnungslegung verlangen kann und dass er das Informationsrecht nicht gebrauchen darf, um den Erben zu schaden, mag er auch seine Enterbung für moralisch anstößig halten. Dies richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls. Konkreten Anhaltspunkten für Aktiva, Passiva oder fiktiven Nachlass muss der Notar nachgehen. Diese können sich (wie im eher exotischen Beispielsfall) aus andersartigen Feststellungen ausländischer Nachlassverfahren ergeben; naheliegender sind aber Überweisungen von (bekann-

ten) Konten des Erblassers auf (bislang unbekannte) Konten. Eine Rasterfahndung ins Blaue hinein muss der Notar nicht durchführen; für einen „automatisierten Kontenabruf“ fehlt es an einer rechtlichen Grundlage. Will man aber am Konzept des „ermittelnden Notars“ festhalten, so wäre eine Befugnis zu einem automatisierten Kontenabruf eine Erwägung im Gesetzgebungsverfahren wert.

c) Ein Verzeichnis dürfte daher nicht mehr nur deshalb erfüllungsuntauglich sein, weil der Notar eine Maßnahme für erforderlich hielt, die ein objektiver Dritter aber nicht für erforderlich halten würde. Soweit eine Entscheidung des OLG München Gegenteiliges andeutet, dürfte sie damit überholt sein.

d) Der BGH betont, dass die Erfüllungsuntauglichkeit nur die Ausnahme sei; in der Regel müsse der Auskunftsgläubiger gemäß § 260 Abs. 2 BGB vorgehen. Bei notariellen Verzeichnissen wird hingegen die fehlende Erfüllungstauglichkeit unter dem Gesichtspunkt der Nichtverschaffung fremden Wissens trotz Zumutbarkeit von größerer Bedeutung sein. Hiermit muss keineswegs ein Pflichtenverstoß des Notars verbunden sein, insbesondere dann nicht, wenn der Erbe die entsprechenden Vollmachten nicht erteilt. Für § 260 Abs. 2 BGB bleiben dann freilich noch Fälle, in denen der Notar keine Möglichkeiten zu weiteren Ermittlungen hat (Beispiel: Bargeschäfte des Erblassers; in der Regel auch Barauszahlungen bei Banken). Es ist weiterhin geboten, dass der Gesetzgeber die notarielle Zuständigkeit für die Abnahme der Versicherung an Eides statt nach § 260 Abs. 2 BGB begründet.

e) Das Zuziehungsrecht sollte ebenfalls gesetzlich geregelt werden. Es macht nur Sinn, wenn man es als die Notwendigkeit auffasst, dem Pflichtteilsberechtigten rechtliches Gehör zu gewähren. Aber selbst dann kommt es nur darauf an, ob das Verzeichnis im Ergebnis dasjenige enthält, was ein objektiver Dritter für erforderlich halten würde.

³⁰ Heinze, DNotZ 2019, 413, 433.

Gestaltungsfragen bei Immobilienerwerb durch nichteheliche Lebensgemeinschaften und Ehegatten – Teil 2

Von Notar Dr. **Markus Sikora** und Notarassessor Dr. **Daniel Sommer**, München

Dieser Beitrag knüpft an die Ausführungen in Heft 5/2020 an. Während im ersten Teil Konstellationen in Bezug auf nichteheliche Lebensgemeinschaften dargestellt wurden, dient dieser zweite Teil dazu, aus dem Blickwinkel von (werdenden) Ehegatten die relevanten Fragestellungen bei Erwerb, der Bebauung und der Nutzung von Immobilien zu erörtern. Die Ausgangslage ist vergleichbar, weil auch (junge) Ehegatten sich häufig mit der Frage konfrontiert sehen, in welchem Verhältnis sie eine Immobilie erwerben sollen und wie Investitionen eines Ehegatten durch Eigenkapital, das überproportionale Abtragen von Fremdkapital oder gar eigene Arbeitsleistungen in eine – regelmäßig im Wege vorweggenommener Erbfolge erworbene – Immobilie des anderen Ehegatten im Falle der Trennung und Scheidung gesichert werden können. Wer denkt, das Ehegüterrecht halte ohnehin die passenden Antworten bereit, irrt. Gerade umgekehrt ist vom Vertragsgestalter dessen Mechanismus zu beachten, um nicht ungewollte Ergebnisse zu erzielen. Selbst das Schenkungsteuerrecht, das vordergründig Ehegatten gegenüber nichtehelichen Partnern erheblich durch einen vergleichsweise hohen Freibetrag oder die Sonderbestimmungen zum „Familienheim“ privilegiert, ist nicht ohne Fallstricke.

II. Sachverhalte bei Ehegatten

1. Einführung

Soweit Ehegatten nicht ausnahmsweise im Güterstand der Gütergemeinschaft oder einem vergleichbaren ausländischen Güterstand¹ leben und damit das Erverhältnis von vornherein gem. § 47 Abs. 1 Alt. 2 GBO² feststeht, stellt sich die Frage, wie Immobilieneigentum erworben werden soll, für Ehegatten gleichermaßen wie für nichteheliche Lebenspartner.³ Auch insoweit kommen dem Grunde nach in Betracht: Der Erwerb in „starrer Bruchteilgemeinschaft“⁴ – regelmäßig

- 1 Siehe hierzu Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rdnr. 3421 ff.; siehe ferner zu Risiken und Gestaltungsfragen eingehend Weber, MittBayNot 2016, 482 und ders., MittBayNot 2017, 22.
- 2 § 47 Abs. 1 2. Fall GBO fordert bekanntlich, dass etwa die Gesamthandsgemeinschaft als solche als Berechtigte in das Grundbuch einzutragen. Dies gilt dann namentlich für die Gütergemeinschaft, vgl. statt vieler BeckOK-GBO/Reetz, Stand: 1.6.2020, § 47 Rdnr. 16 sowie 31 ff.
- 3 Instrukтив hierzu etwa von Proff zu Irnich, mit dem Thema „Das passende Erverhältnis“, notar 2019, 35; siehe ferner Raff, NZFam 2018, 768 und Münch/Munzig, Familienrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 3. Aufl. 2020, § 12.
- 4 So von Proff zu Irnich, notar 2019, 35, 42, um zum Ausdruck zu bringen, dass Änderungen im Umfang der Beteiligung nur durch Auffassung und Eintragung bei Bruchteileigentum erfolgen können.

zu gleichen Teilen – oder als Gesellschafter bürgerlichen Rechts. Um diese Frage im Einzelfall beantworten zu können, ist zunächst der Blick auf den gesetzlichen (güterrechtlichen) Ausgleich zu richten (siehe hierzu 2.), bevor das Für und Wider (bekannter) Lösungsansätze dargestellt wird (hierzu sogleich unter 3.), um dem Praktiker abschließend Gestaltungsvorschläge für die regelmäßig in der notariellen Praxis auftauchenden Fallgruppen aufzuzeigen (4.). Nicht selten tauchen derartige Fragen nämlich auf, wenn wenige Tage vor Beurkundung eines Grundstückskaufvertrags – sei es von privat oder vom Bauträger – meist junge Eheleute den Notar noch rasch um Hinweise zum Erverhältnis bitten, weil etwa ein Ehegatte mehr Eigenkapital einbringt als der andere Ehegatte. Begehrt wird regelmäßig eine unkomplizierte und günstige Lösung für den Fall der Trennung oder Scheidung. Auch bei Überlassungen eines Grundstücks von Eltern an ein Kind kommt nicht selten auf, dass der Grundbesitz vom Schwiegerkind mit eigenen Mitteln oder entsprechendem Fremdkapital mitbebaut werden soll. Hier gilt es gerüstet zu sein, ohne bei zunächst vermeintlich „einfachen“ Immobiliensachverhalten stets umfassende familien- oder gesellschaftsrechtliche Erwägungen anstellen zu müssen. Dem Notar fällt die Aufgabe zu, die Beteiligten für den in der Erwerbseuphorie stets wenig mitgedachten Fall der Trennung und Scheidung vor Überraschungen und gar Vermögensverlust zu bewahren. Nicht (vertieft) Gegenstand der Erörterungen sind indes Regelungen für den Tod eines Ehegatten.

2. Der gesetzliche Ausgleichsmechanismus und Nebengüterrecht bei Ehegatten

Ob im Einzelfall passend oder nicht, ist nach wie vor der gesetzliche Güterstand der Zugewinnngemeinschaft der Regelfall in Deutschland, wohl schon deshalb, weil er nicht aktiv zu notarieller Urkunde vereinbart werden muss, sondern automatisch gemäß § 1363 Abs. 1 BGB den Ehegatten bei Eheschließung zuteil wird. Dessen Wirkungsmechanismus für die zu erörternden Immobiliensachverhalte soll unter Einbezug von Fragen des sog. Nebengüterrechts⁵ anhand des folgenden Beispielsfalls erörtert werden:

M und F leben im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft. F hat nach Eheschließung von den Eltern ein

- 5 Bei dem Begriff handelt es sich um eine „Wortschöpfung“ (Herr, NJW 2012, 1847), die sich im Gesetz selbst nicht finden lässt, wohl aber der Sache nach etwa in § 266 Abs. 1 Nr. 3 FamFG kodifiziert ist und damit eine Systematik an Ansprüchen beschreibt, die zwischen Ehegatten oder Schwiegereltern und Schwiegerkind bei Trennung oder Scheidung relevant sind; zu ihnen zählen vor allem Fragen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB), des Gesamtschuldnerausgleichs (§ 426 BGB) oder einer konkludent abgeschlossenen Ehegatteninnengesellschaft (§ 705 ff. BGB); hierzu Herr, a. a. O.

Grundstück mit einem renovierungsbedürftigen Haus (Wert 500.000 €) zu Alleineigentum erhalten, das M und F gemeinsam sanieren. Sie bringen je 150.000 € Eigenkapital ein, das sie bereits bei Eheschließung hatten. Weiteres Anfangsvermögen ist je nicht vorhanden. M erbringt zudem eigene Arbeitsleistungen im (zu unterstellenden) Wert von weiteren 50.000 €. Kurz nach dem Ende der Renovierung wendet sich F von M ab, später kommt es zur Scheidung. M fragt enttäuscht nach seinen Ansprüchen, wenn man annimmt, dass die Immobilie Wertveränderungen außerhalb der Renovierungsaufwendungen, die noch in voller Höhe vorhanden sind, nicht erfahren hat.

Anders als bei nicht verheirateten Paaren, bei denen die Suche nach Ansprüchen des M aufwendig ist,⁶ führt die Ehe von M und F jedenfalls dazu, dass M – vorrangig⁷ – ein güterrechtlicher Ausgleich zusteht, während er ohne Trauschein im Regelfall schlicht den Grundsatz der Nichtausgleichung⁸ zur Kenntnis nehmen müsste. Die Ehe der Beteiligten ändert indes nichts an der Eigentumszuordnung.⁹ F bleibt das renovierte Haus bei Trennung, M ist auf finanzielle Ansprüche, zuvorderst den Zugewinnausgleich, der bekanntlich eine bloße Geldforderung darstellt, verwiesen. Zugewinn ist gem. § 1373 BGB hiernach der Betrag, um den das jeweilige Endvermögen (§ 1375 BGB) das jeweilige Anfangsvermögen (§ 1374 BGB) übersteigt. Übersteigt sodann der Zugewinn des einen Ehegatten den des anderen, steht dem anderen die Hälfte des Unterschiedsbetrags als Ausgleichsforderung zu (§ 1378 Abs. 1 BGB). Hierbei sind Vermögensübertragungen etwa von den Eltern im Wege vorweggenommener Erbfolge fiktiv als Anfangsvermögen zu berücksichtigen (§ 1374 Abs. 2 BGB). Im konkreten Fall haben beide Ehegatten ein „echtes“ Anfangsvermögen von 150.000 €, F zudem ein fiktives (§ 1374 Abs. 2 BGB) von weiteren 500.000 € und somit insgesamt von 650.000 €. Das Endvermögen von M beträgt 0 €, das von F 850.000 €. M hat keinen Zugewinn erzielt¹⁰, F hingegen in Höhe von 200.000 €, bei denen es sich um die Aufwendungen von M in ihren Grundbesitz handelt. In Höhe der Hälfte steht M bei Beendigung des Güterstands eine Zugewinnausgleichsforderung zu, sodass er bei Scheidung neben enttäuschter Liebe schlicht zur Kenntnis nehmen muss, dass er für jeden Euro, den er ins fremde Eigentum (§ 94 BGB) investiert hat,

50 Cent zurückerhält.¹¹ Der Fall mag konstruiert und anders gelagert sein, wenn die Immobilie der F Wertveränderungen unabhängig von der Renovierung bis zur Scheidung unterlag oder beide Ehegatten über längere Zeit das Haus be- und damit „abwohnen“. Dennoch muss M akzeptieren, dass das Gesetz über den Zugewinn nicht sein Investment in fremdes Eigentum sichert, sondern ihn seinen Anspruch auf rein güterrechtlicher Ebene durch eine Gesamtvermögensbetrachtung mit darüber hinaus erheblichen externen Einflüssen, wie z. B. Wertschwankungen am Immobilienmarkt und Festlegung auf einen festen Stichtag,¹² unabhängig von der Wertentwicklung der Immobilie während der Ehe im Übrigen, suchen lässt. Dies mag bei einer langjährigen Ehe, bei der die Immobilie nur ein Teilaspekt ist und das gemeinsame Wirtschaften sowie die Erziehung gemeinsamer Kinder nebst der häufig anzutreffenden ehebedingten Nachteile für einen Ehegatten im Vordergrund stehen, in Kauf zu nehmen sein. Sachgerecht in allen Fällen ist das Ergebnis aber nicht.

Der ohnehin bereits enttäuschte M wird sein „Heil“ aber auch im Bereich des Nebengüterrechts nicht finden. Zu Recht ist die Rechtsprechung auch bei Ehegatten¹³ äußerst zurückhaltend, einen Rechtsbindungswillen für den konkludenten¹⁴ Abschluss eines Darlehens-, Dienst- oder Werkvertrags anzunehmen.¹⁵ Auch gesellschaftsrechtlich (§ 738 Abs. 1 Satz 2 BGB analog) bleibt in den normalen „Hausaufällen“¹⁶ praktisch kein Raum für die Annahme einer konkludent errichteten Ehegatteninnengesellschaft.¹⁷ Dies gilt namentlich, wenn die Investition in das gemeinsame Familienheim erfolgte, weil sich der Zweck der Zuwendung in der ehelichen Lebensgemeinschaft erschöpft und nicht anzunehmen ist, dass die rechtlichen Vorstellungen der Ehegatten – etwa in Gestalt einer Ehegatteninnengesellschaft – über diesen Rahmen hinausgehen.¹⁸ Einen bereicherungsrechtlichen Anspruch, sei es unter dem Gesichtspunkt der Zweckverfehlung (§ 812 Abs. 1 Satz 2 Var. 2

6 Vgl. hierzu Teil 1 des Beitrags, insb. MittBayNot 2020, 415, 415 f.

7 Everts, MittBayNot 2012, 258, 259 unter Berufung auf BGH, Urteil vom 10.7.1991, XII ZR 114/89, MittBayNot 1992, 145 = NJW 1991, 2553.

8 Hierzu eingehend Teil 1, MittBayNot 2020, 415, 415 f.; zum Grundsatz selbst BGH, Urteil vom 6.10.2003, II ZR 63/02, MittBayNot 2004, 195; BGH, Urteil vom 24.3.1980, II ZR 191/79, NJW 1980, 1520.

9 Siehe statt vieler BeckOK-BGB/Cziupka, Stand: 1.8.2020, § 1363 Rdnr. 1: „keine dingliche Beteiligung am Vermögen des anderen“.

10 Da M sein Anfangsvermögen in die Immobilie der F investiert hat, fehlt es in seinem Endvermögen kraft der Zuordnung des § 94 BGB. Sein Endvermögen liegt somit unter seinem Anfangsvermögen, jedoch kennt das Gesetz keinen negativen Zugewinn; ganz h. M., vgl. etwa BGH, Urteil vom 6.10.2010, XII ZR 10/09, NJW-RR 2011, 73, 75; a. A. wohl Braeuer, FamRZ 2010, 1614.

11 In diesem Sinne bereits Herr, NJW 2012, 3486, 3487, der treffend feststellt, dass dem Ehegatten insoweit ein Anspruch bis 50 % des erfolgten Vermögenstransfers zusteht.

12 Maßgeblich ist vordergründig gem. § 1375 Abs. 1 Satz 1 BGB der Zeitpunkt der Beendigung des Güterstands, faktisch jedoch für den Fall der Scheidung der Zeitpunkt der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags, vgl. § 1384 BGB.

13 Siehe zu vergleichbaren Fragestellungen bei nichtehelichen Partnern bereits Teil 1, MittBayNot 2020, 415, 415 f.

14 Etwas anderes mag freilich gelten, wenn die Verträge, schriftlich dokumentiert und ggf. die Ansprüche durch Rückforderungsrechte oder Grundpfandrechte dinglich gesichert sind.

15 „Grundsatz des Nichtausgleichs“ (Henke/Keßler, JuS 2011, 583 wegen des ehelichen Näheverhältnisses); siehe ferner OLG Zweibrücken, Beschluss vom 9.7.2009, 9 W 205/09 – 7, BeckRS 2009, 26917.

16 Der Begriff geht auf Everts, MittBayNot 2012, 258 zurück.

17 Erforderlich ist nach der Rechtsprechung nicht nur eine faktische Willensübereinstimmung, sondern in subjektiver Hinsicht ein Rechtsbindungswille, der anhand von Indizien im Einzelfall festgestellt oder ausgeschlossen werden kann, BGH, Urteil vom 30.6.1999, XII ZR 230/96, NJW 1999, 2962; zum Ganzen auch Herr, NJW 2012, 3486.

18 So sinngemäß Herr, NJW 2012, 3486, 3487; nach BGH, Urteil vom 20.5.1981, V ZB 25/79, NJW 1982, 170 = FamRZ 1982, 141 scheidet somit das Familienheim als Gegenstand einer Ehegatteninnengesellschaft aus.

BGB) oder einer widerrufenen Schenkung, wird M meist ebenso vergeblich suchen wie einen Ausgleich wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage.¹⁹ Zuwendung unter Ehegatten sind bekanntlich im Regelfall²⁰ ohnehin keine Schenkungen, sondern haben ihren Rechtsgrund als unbenannte/ehebedingte Zuwendungen in einem konkludent geschlossenen familienrechtlichen Vertrag eigener Art.²¹ Zweckverfehlung und Wegfall der Geschäftsgrundlage scheitern hierbei schon am grundsätzlichen Vorrang der §§ 1372 ff. BGB²² („sog. güterrechtliche Lösung“²³). Nur Ausnahmsweise wird dieser Grundsatz in Extremfällen nach den Grundsätzen von Treu und Glauben (§ 242 BGB) durchbrochen, wenn und soweit ein Rückgriff auf § 313 BGB zur Korrektur eines im Einzelfall schlechthin untragbaren oder unangemessenen Ergebnisses erforderlich ist.²⁴ Verlassen kann sich der Vertragsgestalter auf diese Rechtsprechung indes nicht.

Im Übrigen gilt: M hätte die Vereinbarung von Gütertrennung oder einer Modifikation des gesetzlichen Güterstands dahin gehend, dass bei Scheidung kein Zugewinnausgleich – generell oder in Bezug auf das Haus²⁵ – zu leisten ist, nicht zwangsläufig geholfen. In diesen Fällen wäre zunächst sogar jeder güterrechtliche Ausgleich ausgeschlossen. Nebengüterrechtlich würde M hingegen faktisch wie ein nicht ehelicher Lebenspartner behandelt.²⁶ In Betracht käme daher allenfalls ein Ausgleichsanspruch nach den Grundsätzen der Störung der Geschäftsgrundlage. Maßgeblich ist insoweit nach der Rechtsprechung des BGH, ob den Beteiligten „die Beibehaltung der durch die Leistung geschaffenen Vermögensverhältnisse nach Treu und Glauben nicht zuzumuten“²⁷ ist. Demnach scheidet auch bei Gütertrennungsehen eine Rückforderung ehebedingter Zuwendungen jedenfalls dann aus, wenn diese eine angemessene Beteiligung an dem durch die Ehe erzielten

Vermögenszuwachs darstellen.²⁸ Alles in allem kann man nur feststellen: Ohne vertragliche Regelung bei Zuwendungen von einem Ehegatten in das Vermögen des anderen Ehegatten sind die Rechtsfolgen bei Scheidung „wenig kalkulierbar“²⁹ und je nach Blickwinkel schlicht enttäuschend.

3. Lösungsansätze

a) Darlehenslösung

Um die ungewollten Folgen des gesetzlichen Zugewinnausgleichsmechanismus sowie der vergleichsweise wenig wohlwollenden Rechtsprechung zugunsten des investierenden Ehegatten abzumildern, werden häufig³⁰ als elegante Lösung Darlehensverträge ins Spiel gebracht, die freilich auch unter Ehegatten möglich sind, zur Sicherheit indes durch klare, wenigstens schriftliche Vereinbarungen abgeschlossen werden sollten.³¹ Einige Autoren sind hiervon so angetan, dass sie das Hohelied auf diese Gestaltung singen.³² Vereinfacht wird meist Folgendes vereinbart:³³ Im Umfang der hingegebenen Mittel wird ein Darlehensanspruch begründet, meist zinslos, mitunter verzinslich, meist ohne besondere grundbuchmäßige Absicherung, mitunter flankierend durch Sicherungshypothek abgesichert, zur Rückzahlung fällig und damit bis dahin tilgungsfrei im Regelfall erst nach Scheitern der Ehe oder im Wege außerordentlicher Kündigung etwa bei Vermögensgefährdung, Insolvenz oder Tod des Darlehensnehmers.

Zuzugeben ist: Wenn und soweit die Rückzahlung der Investition, also regelmäßig die Aufbringung von Eigenkapital in fremdes Vermögen, im Falle des Scheiterns der Ehe das zentrale Anliegen ist, können Darlehensabreden die Thematik im Kern lösen.³⁴ Dies mag selbst dann gelten, wenn neben Geldinvestments auch Vergütungen für Arbeitsleistungen abgesichert werden sollen.³⁵ Steuerlich gibt es bei der Darlehenslösung keine allzu großen Fallstricke, wenn Ehegatten beteiligt sind:

19 Jedenfalls bis zur Entscheidung BGH, Urteil vom 9.7.2008, XII ZR 179/05, NJW 2008, 3277 = MittBayNot 2009, 137 m. Anm. *Bruch* war die Rechtsprechung insoweit besonders restriktiv; die Konstellation bezog sich indes auf eine nichteheliche Lebensgemeinschaft.

20 Ausnahmsweise sind auch Schenkungen unter Ehegatten denkbar, von *Proff zu Irnich*, notar 2019, 35, 37.

21 *Von Proff zu Irnich*, notar 2019, 35, 37 mit umfassenden Rechtsprechungshinweisen in Fn. 17.

22 BGH, Urteil vom 10.7.1991, XII ZR 114/89, NJW 1991, 2553; OLG München, Urteil vom 28.1.2009, 20 U 2673/08, BeckRS 2009, 05471.

23 Vgl. etwa BGH, Urteil vom 10.7.1991, XII ZR 114/89, NJW 1991, 2553 = DNotZ 1992, 435.

24 In diesem Sinne *von Proff zu Irnich*, notar 2019, 35, 37; siehe ferner *Henke/Käßler*, JuS 2011, 583 unter Berufung auf BGH, Urteil vom 7.9.2005, XII ZR 209/02, NJW 2005, 3710, 3715; zuvor bereits BGH, Urteil vom 30.6.1999, XII ZR 230/96, NJW 1999, 2962; zum Ganzen siehe auch *Herr*, NJW 2012, 3486 mit eingehender Rechtsprechungsübersicht.

25 Vgl. zu diesen „klassischen Modifikationen“ des gesetzlichen Güterstands *Brandt*, RNotZ 2015, 117.

26 Siehe zu den Grundsätzen insoweit bereits Teil 1, MittBayNot 2020, 415 f.

27 BGH, Urteil vom 19.9.2012, XII ZR 136/10, NJW 2012, 3374, 3376.

28 BGH, Urteil vom 15.2.1989, IVb ZR 105/87, NJW 1989, 1986; OLG Düsseldorf, Urteil vom 30.3.1995, 13 U 110/94, NJW-RR 1996, 467.

29 *Münch*, Ehebezogene Rechtsgeschäfte, 4. Aufl. 2015, Rdnr. 2025.

30 Siehe etwa *Mayer*, ZEV 1999, 384; später in dieser Zeitschrift v. a. *Everts*, MittBayNot 2012, 258 sowie 2012, 337.

31 Siehe etwa die Anforderungen von OLG Zweibrücken, Urteil vom 9.7.2009, 9 W 205/09 – 7, FamRZ 2010, 297.

32 Vgl. *Everts*, MittBayNot 2012, 258, 262: „Denn allein Darlehenslösungen erfassen das Anliegen der Beteiligten regelmäßig ebenso zutreffend wie ausreichend.“ Unter Hinweis auf *Everts* spricht *Münch* auch von einer „primären Gestaltungsvariante“ (*Münch*, Ehebezogene Rechtsgeschäfte, Rdnr. 2026).

33 Muster für Ehegattendarlehen finden sich etwa bei *Münch*, Ehebezogene Rechtsgeschäfte, Rdnr. 2047; zur Ausgestaltung von Darlehensverträgen im Einzelnen vgl. auch Teil 1, MittBayNot 2020, 417 f.

34 Zu Recht weist etwa *Mayer*, ZEV 1999, 384, 385 darauf hin, dass bei der Darlehensvariante der Geldgeber nur den Betrag zurückerhält, den er hingegeben hat, ggf. zzgl. vereinbarter Zinsen.

35 Hierfür *Everts*, MittBayNot 2012, 258, 262; dagegen – wegen schwerer Monetarierbarkeit – *von Proff zu Irnich*, RNotZ 2008, 313, 327, der insoweit folgerichtig gesellschaftsrechtlichen Lösungen den Vorzug gibt.

Mögen auch nicht verlangte Zinsen³⁶ ebenso wie der (spätere) Erlass der Darlehensforderung³⁷ eine freigiebige Zuwendung sein, so gibt es doch neben dem allgemeinen Freibetrag von 500.000 € (§ 16 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG) das besondere Ehegattenprivileg des Familienheims gemäß § 13 Abs. 1 Nr. 4a ErbStG, das sich auch auf das Darlehen (Erlass, nicht verlangte Zinsen) erstreckt.³⁸ Einkommensteuerlich wird man hingegen tatsächlich vereinnahmte Zinsen³⁹ der (Abgeltungs-⁴⁰)Steuer unterwerfen müssen, ohne dass der andere Ehegatte zum Schuldzinsenabzug in der Lage ist, soweit nicht steuerbare Einkünfte mit der Immobilie erzielt werden.⁴¹ Auch unter dem Blickwinkel des Pflichtteilsrechts werden der Darlehenslösung nur Vorzüge zugeschrieben, weil es sich ja um ein entgeltliches Geschäft handelt, das jedenfalls keinen Raum für Pflichtteilsergänzungsansprüche lässt.⁴²

Dennoch darf man gewisse Unzulänglichkeiten der Darlehenslösung nicht außer Acht lassen, die *Everts* treffend mit „Entkopplung des Schicksals von Investition und Objekt“⁴³ zusammenfasst. Wertsteigerungen der Immobilie, die in manchen Regionen Deutschlands in den letzten Jahren mitunter einen zweistelligen Prozentsatz pro Jahr erreichten – oder theoretisch auch Wertminderungen, wie sie etwa in den 1990er Jahren in den Neuen Bundesländern nicht nur geringen Ausmaßes zu beobachten waren – werden nur beim „Eigentümerehegatten“ berücksichtigt, während die Investition des „Nichteigentümerehegatten“ konserviert wird oder sich mittels eines Zinsanspruchs vermehrt. Dies kann man für sachgerecht halten, gibt doch der eine Geld hin, das – von heutigen „Negativzinsen“ abgesehen – auch bei anderer Investition einem moderaten Zuwachs unterliegt, während der andere Ehegatte mit einem

Sachwert im Immobilienmarkt „investiert“ ist, der eigenen Gesetzen unterliegt. Hierbei unterscheiden die Beteiligten meist nicht zwischen Haus und Grundstück, obwohl ökonomisch beide Sachen unterschiedliche Wurzeln haben. Bringt etwa ein Ehegatte den Grundbesitz „mit in die Ehe“, der sodann mit gemeinsamen Mitteln bebaut wird, ist zwar die sachenrechtliche Zuordnung gemäß § 94 BGB klar. Bei Lichte gesehen gilt jedoch: Grund und Boden steigt in der Regel im Wert, während das Haus infolge Abnutzung – nicht von ungefähr billigt der Gesetzgeber mit der AfA Abschreibungen zu – an Wert verliert. Mag auch die Wertsteigerung von Grund und Boden regelmäßig den Wertverlust des Hauses mehr als kompensieren, so wäre eine präzise Betrachtung dennoch wie folgt: Ein Ehegatte hat in einen Gegenstand (Grund und Boden) investiert, der über die Jahrzehnte gesehen im Wert steigt; der andere Ehegatte hat oftmals nur mitnichten in Grund und Boden sein Geld angelegt, sondern sich gerade für ein Investment mit fallendem Wert (Haus) entschieden. Gerade diesem Ehegatten wird jedoch bei der Darlehenslösung der Wert seiner Investition gesichert. Zudem kommt ihm meist auch der Wohnvorteil zugute, der bei einer bloßen Darlehensabrede oftmals nicht gesondert berücksichtigt wird. Völlig ausgeblendet werden bei der Darlehenslösung meist sonstige Rahmenbedingungen (Kinderbetreuung, ehebedingte Nachteile, Nebenkosten, die Einkommensverhältnisse der Beteiligten und davon abgeleitet die Fähigkeit zur Tilgung von Bankdarlehen etc.).

Trotz aller Nachteile erhebt die Darlehenslösung einen im Einzelfall berechtigten, wenn auch nicht universellen Problemlösungsanspruch. In der Praxis wird man sich ihr umso eher als Vertragsgestalter zuwenden können und müssen, wenn das Investment des Nichteigentümerehegatten im Verhältnis zum Wert der (bebauten) Immobilie vergleichsweise gering ist.⁴⁴ Auch bei Erwerbem mit ausländischem Güterstand, dessen Komplexität man nicht aufs Erste durchdringen kann, mag sie sich anbieten. Schließlich ist hervorzuheben, dass sie auch unter Ehegatten keiner besonderen, gar notariellen, Form unterliegt. Bei den Gebühren wirkt sich dies selbst dann aus, wenn der Notar den Darlehensvertrag entwirft, weil Geschäftswert nur der Darlehensbetrag, nicht aber der Wert der Immobilie und mangels ehevertraglicher Vereinbarung an sich schon gar nicht der Wert des modifizierten Reinvermögens (§ 100 Abs. 1 GNotKG) ist. Auch bei einer Beurkundung (Nr. 21100 KV-GNotKG) fallen keine höheren Kosten als beim vollständigen (§ 92 GNotKG) bloßen Entwurf (Nr. 24100 KV-GNotKG) an, umgekehrt ist in diesem Fall sogar das mitbeurkundete Grundpfandrecht als Sicherungsgeschäft (§ 109 GNotKG) nicht gesondert zu bewerten.

b) Gesellschaftsrechtliche Lösungen

aa) Die Ehegatteninnengesellschaft bürgerlichen Rechts

Gesellschaftsrechtliche Gestaltungen werden auch unter Ehegatten – sofern sie ausdrücklich vereinbart sind – vereinzelt⁴⁵

36 Hierzu etwa BFH, Urteil vom 29.6.2005, II R 52/03, DStR 2005, 1729; ein Verzicht auf Zinsen für die Zeit der gemeinsamen Nutzung des Familienheims ist unbedenklich, weil der Zinsverzicht insoweit nicht der Bereicherung des anderen Ehegatten dient, sondern Ausfluss des ehelichen Gemeinschaftsverhältnisses ist. Problematisch ist die Festsetzung des Zinssatzes für die Zeit danach, weil § 15 Abs. 1 BewG eine Verzinsung von 5,5 % unterstellt, wenn kein anderer angemessener Zinssatz vereinbart ist. Um einem Fremdvergleich standzuhalten, verlangt das Bayerische Landesamt für Steuern in der Verfügung vom 21.3.2018, DStR 2018, 1127 eine bankübliche (sicherungs- und laufzeitabhängige) Verzinsung. Im Einzelfall dürfte daher eine Grundschuldbestellung in Betracht zu ziehen sein, um einen niedrigen Zinssatz begründen zu können

37 Hierzu *Münch*, Ehebezogene Rechtsgeschäfte, Rdnr. 2031.

38 Hierzu BFH, Urteil vom 27.10.2010, II R 37/09, NJW-RR 2011, 441 ff; zu Ausweichstrategien im Übrigen *Münch*, Ehebezogene Rechtsgeschäfte, Rdnr. 2035 ff.

39 Auch die alternative Vereinbarung einer Wertsicherungsklausel schützt nicht davor, dass die Finanzverwaltung Kapitalerträge nach § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG der Einkommensteuer unterwirft, weil durch die Auffangklausel in § 20 Abs. 3 EStG auch andere Entgelte für die Kapitalüberlassung steuerpflichtig sind.

40 Anerkannt seit BFH, Urteil vom 29.4.2014, VIII R 44/13, DStRE 2014, 1225; zuvor wurde unter nahen Angehörigen die Beschränkung auf den Abgeltungssteuersatz verneint.

41 In diesem Fall müssen indes auch noch die Kriterien des Fremdvergleich erfüllt werden; siehe etwa BFH, Urteil vom 25.1.2000, VIII R 50/97, NJW 2000, 2693; zudem *Münch*, Ehebezogene Rechtsgeschäfte, Rdnr. 2043 ff.

42 Hierzu *Everts*, MittBayNot 2012, 258, 262.

43 *Everts*, MittBayNot 2012, 258, 263.

44 Siehe hierzu sogleich die Fallkonstellation unter Ziff. 4. b).

45 Vgl. *Münch/Munzig*, Familienrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, § 5 Rdnr. 1991, der von „zu breiter Anwendung“ abräht.

zunächst in Form der Ehegatteninnengesellschaft ins Spiel gebracht, und zwar mitunter als Alternative zu der geschilderten Darlehenslösung. An die Stelle eines (verzinsten) Darlehensrückzahlungsanspruchs im Falle des Scheiterns der Ehe tritt ein Ausgleichsanspruch gemäß § 738 Abs. 1 Satz 2 BGB analog. Die Innen-GbR kann dabei unabhängig von der grundbuchmäßigen Eigentumszuordnung, also auch und gerade für den Fall, dass nur ein Ehegatte im Grundbuch steht, weil dies so gewollt ist oder eine Mitübertragung auf den anderen übersehen wurde, vereinbart werden. In diesem Fall bildet sie gleichsam den gesellschaftsrechtlichen „Überbau zum Alleineigentum eines Gesellschafters“⁴⁶. Solange Ausgleichsansprüche nur wertbezogen vereinbart sind, ist eine notarielle Beurkundung des Gesellschaftsvertrags nicht erforderlich. Dies ist freilich anders, wenn im Fall der Beendigung der GbR Übertragungspflichten am Grundbesitz begründet werden sollen. Die Beendigung der GbR wird regelmäßig unter dem Aspekt der Trennung/Scheidung und nicht in allen Fällen hinreichend unter Einbeziehungen von Vereinbarungen für den Tod eines Ehegatten geregelt. Dies ist jedenfalls dann geboten, wenn sich die Ehegatten nicht gegenseitig beerben.⁴⁷ Von der Innengesellschaft als ungeliebtes Kind des Gesellschaftsrechts sollte allgemein eher zurückhaltend Gebrauch gemacht werden.⁴⁸ Mit einer entsprechenden Gestaltung kann aber erreicht werden, dass beide Partner anders als bei einem Darlehen gleichermaßen an der Wertentwicklung des Grundstückes teilhaben.⁴⁹

bb) Die Ehegattenaußengesellschaft bürgerlichen Rechts

In gewisser Weise vorteilhafter als die Ehegatteninnengesellschaft ist die Ehegattenaußengesellschaft (bürgerlichen Rechts). Diese ist anzunehmen, wenn der Erwerb der Immobilie durch die Ehegatten unmittelbar als Gesellschafter bürgerlichen Rechts erfolgt oder der einem Ehegatten gehörende Grundbesitz in eine GbR bestehend aus beiden Ehegatten eingebracht wird. In einigen Regionen Deutschland soll dies sogar der Regelfall (gewesen⁵⁰) sein.⁵¹ Seit der BGH die GbR im Jahr 2001 zunächst für rechts- und später konsequenterweise auch für grundbuchfähig erklärte und spätestens mit Einführung des § 899a BGB sowie der Präzisierung von § 47 Abs. 2 GBO auch anfänglich noch bestehende „Ruckeligkeiten“ auf Grundbuchebeine weitgehend beseitigt wurden, ist die GbR auch im Immobilienbereich (wieder) salonfähig ge-

worden. Echte⁵² Einschränkungen der Verkehrsfähigkeit bestehen weder bei der Veräußerung von Grundbesitz von einer GbR noch bei Erwerb von Immobilien durch eine GbR.

Für Verfechter der (Außen-)GbR-Lösung liegen die Vorteile auf der Hand: Die Gesellschaft selbst ist Eigentümerin des Grundbesitzes, die Beteiligten halten „nur“ Anteile an dieser, ohne dass sie den Grundbesitz oder den Anteil ohne Mitwirkung des anderen Ehegatten veräußern können. Dem Grundbuch kann die Beteiligungsquote nicht entnommen werden, was umgekehrt – zusammen mit einer formfreien⁵³ Übertragung von GbR-Anteilen – Raum gibt, das Konstrukt an sich verändernde Verhältnisse anzupassen. Bei Lichte betrachtet dürfte dies auch der Hauptvorteil der GbR-Lösung gegenüber der Miteigentumlösung sein: Die Ehegatten sind also nicht auf „starre“, in das Grundbuch einzutragende Miteigentumsquoten verwiesen, die möglicherweise zwar im Zeitpunkt des Erwerbs die Verhältnisse zutreffend widerspiegeln, spätere Veränderungen, etwa durch (weitere) Investitionen eines Ehegatten hingegen nur dann reflektieren, wenn man zu notarieller Urkunde Bruchteile überträgt, die Auffassung erklärt und die Grundbucheintragung bewirkt.⁵⁴ Dies führt – mag auch die Grunderwerbsteuer unter Ehegatten kein Thema sein⁵⁵ – jedenfalls zu Kosten bei Notar und Grundbuchamt. Ob es im Einzelfall stets angezeigt und sachgerecht ist, den Ehegatten beim Erwerb von Grundbesitz eine GbR „überzustülpen“, mag bezweifelt werden. In jedem Fall wird der Vertragsgestalter eine Gesellschaftslösung nicht ohne ordentlichen GbR-Vertrag empfehlen können, weil die gesetzlichen Regelungen – man denke nur an die viel zitierte Auflösung der GbR beim Tod eines Ehegatten gem. § 727 Abs. 1 BGB – in ihren gesetzlichen Rechtsfolgen typischerweise nicht gewollt sind. Dem Notar, der die Beteiligten nicht ohne vernünftige gesellschaftsvertragliche Regelungen ihrem Schicksal überlassen will, bleibt nur Entwurf und ggf. Beurkundung eines GbR-Vertrags, was zu erheblichen Mehrkosten führt und sich auch dann geschäftswerterhöhend auswirkt, wenn im Erwerbsvertrag nur „rudimentäre“ GbR-Abreden getroffen werden.⁵⁶

Entscheidend gegen die GbR-Lösung dürfte jedoch eine erkennbar zunehmend restriktivere BFH-Rechtsprechung in Bezug auf § 13 Nr. 4a ErbStG sprechen. Es steht zu befürchten, dass das Privileg nicht ohne Weiteres von der Finanzverwaltung auf ein in GbR gehaltenes Familienheim angewandt wird, weil der Wortlaut der Norm von Eigentum oder Miteigen-

46 Münch/Munzig, Familienrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, § 12 Rdnr. 22.

47 Zur Ausgestaltung im Einzelnen vgl. Teil 1, MittBayNot 2020, 415, 419.

48 Angelehnt an Münchner Handbuch des Gesellschaftsrechts/Schücking, Band 1, 5. Aufl. 2019, § 3 Rdnr 47, der von den wenig geliebten Kindern des Gesellschaftsrechts spricht.

49 Vgl. hierzu Teil 1, MittBayNot 2020, 415, 419 m. w. N.

50 Siehe hierzu die unter Ziff. 3. b) bb) geschilderte schenkungssteuerliche Problematik

51 Sog. „Hamburger Ehegattenmodell“, vgl. K. Schmidt, AcP 182 (1982), 481 ff.

52 Zurückhaltender Münch/Munzig, Familienrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, § 12 Rdnr. 24; vgl. zu etwaigen Schwierigkeiten Teil 1, MittBayNot 2020, 422.

53 Anders MünchKomm-BGB/Schäfer, 7. Aufl. 2017, § 719 Rdnr. 35 ff., der jedenfalls für den Fall, dass die Gesellschaft nur aus einem Grundstück besteht, § 311b BGB für anwendbar hält.

54 Freilich gelten für die Übertragung von Miteigentum die Grundsätze der Übertragung von Eigentum, vgl. statt vieler Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 3287.

55 Siehe § 3 Nr. 4 GrEStG.

56 Eingehend zu Pro und Contra der GbR-Lösung Münch/Munzig, Familienrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, § 12 Rdnr. 19 ff. Zu den Vor- und Nachteilen ferner Raff, NZFam 2018, 768, vgl. außerdem die Ausführungen in Teil 1, MittBayNot 2020, 415, 421 f. zu nichtehelichen Lebensgefährten.

tum spricht.⁵⁷ Hiergegen kann man indes § 10 Abs. 1 Satz 4 ErbStG ins Feld führen, wonach der Erwerb einer vermögensverwaltenden Personengesellschaft als anteiliger Erwerb gilt. Dennoch ist Vorsicht geboten. Jedenfalls wenn der allgemeine Freibetrag des § 16 Nr. 1 ErbStG nicht ausreicht, erschöpft ist oder (anderweitig) sich zu erschöpfen droht, sollte man aus Vorsichtsgründen die GbR-Lösung für das Familienheim nicht favorisieren. Als Anwendungsfall für sie kommt somit faktisch nur noch der Erwerb, das Halten und Verwalten von Immobilienvermögen unter Ehegatten jenseits der selbst genutzten Immobilie in Betracht, ggf. bereits vorausschauend gedacht als Familienpool⁵⁸ für die spätere Übertragung von GbR-Anteilen an Kinder oder Enkelkinder.⁵⁹ Gerade wenn diese aber noch nicht volljährig sind, ist wegen der Haftungsproblematik oder dem Sonderkündigungsrecht gem. § 723 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BGB sogar eher an eine Kommanditgesellschaft zu denken⁶⁰.

c) Bruchteilsgemeinschaft mit flankierenden (ehevertraglichen) Abreden

aa) Die Bruchteilsgemeinschaft als Lösungsansatz

Jedenfalls für das Familienheim dürfte sich somit als klassische Erwerbsform unter Ehegatten, sofern man den Erwerb zum Alleineigentum eines Ehegatten außer Acht lässt, (nur) das Miteigentum zu Bruchteilen anbieten.⁶¹ Dessen Eckpunkte – maßgeblich sind mangels abweichender Vereinbarungen die §§ 1009-1010 sowie §§ 741 ff. BGB – sind bekanntlich wie folgt: Die Ehegatten sind zu gleichen Teilen oder ggf. in abweichender Quote unmittelbar an der Immobilie beteiligt. Jeder Bruchteil ist nach der gesetzlichen Konzeption selbstständig belastbar und veräußerbar, was jedoch bei intakter Ehe ohnehin kein Thema sein dürfte und selbst im Krisenfall faktisch regelmäßig daran scheitert, dass ein fremder Dritter als Erwerber sich nicht auf eine Bruchteilsgemeinschaft mit dem verbleibenden Ehegatten einlassen dürfte und Banken regelmäßig nicht bereit sind, einen Kredit nur an einem Bruchteil abzusichern. Eine Teilungsversteigerung gemäß § 180 ZVG ist denkbar, durch § 180 Abs. 3 ZVG jedoch zum Kindeswohl mit zusätzlichen Hürden versehen. Jedenfalls in

der Trennungsphase steht ihr zudem § 1361b Abs. 3 BGB im Wege.

Scheitert die Ehe, muss die Immobilie daher – regelmäßig im Rahmen von Scheidungsvereinbarungen – auseinandergesetzt werden. In den meisten Fällen, vor allem, wenn noch minderjährige Kinder im Spiel sind, verbleibt ein Ehegatte in der Immobilie gegen Übernahme der noch offenen Bankschulden, Zahlung eines verhandelten Ausgleichsbetrags und ggf. gegen eine Kompensation im Rahmen eines gesamtverhandelten Pakets, bei dem auch die Scheidungsfolgen an sich, vor allem in Bezug auf den Zugewinn, den Versorgungsausgleich und den nachehelichen Unterhalt, mitberücksichtigt werden. Spätestens bei einer Trennung und Scheidung kommt bei den „Ausgleichsverhandlungen“ der Umfang des Miteigentums, also die Quote wieder auf den Tisch, ist doch mit ihr berechtigterweise die Vorstellung verbunden – die bei fehlenden sonstigen Vereinbarungen auch zutreffend ist⁶² – gleich ihrem Umfang am Wert beteiligt zu sein. Ein gedankenloser Erwerb als Miteigentümer zu gleichen Bruchteilen ist somit jedenfalls dann interessenswidrig, wenn ein Ehepartner mehr Eigenkapital als der andere einbringt, es sei denn über die Festlegung auf hälftiges Miteigentum soll ein pauschaler Ausgleich für ehebedingte Nachteile eines Ehegatten, etwa wegen Betreuung gemeinsamer Kinder, geschaffen werden.⁶³

bb) Flankierende (ehevertragliche) Abreden

Investiert ein Ehegatte in höherem Umfang, als es sacherechtlich seiner Beteiligung zu Bruchteilen entspricht, in die Immobilie, schafft in gewissem Umfang eine schuldrechtliche Vereinbarung Abhilfe, wonach bei einem Verkauf oder einem Scheitern der Ehe die Mehrleistungen auszugleichen sind, und zwar entweder zum Nominalbetrag, verzinst oder unverzinst, möglicherweise auch unter Berücksichtigung des sich veränderten Werts der Immobilie.⁶⁴ Die Nähe dieser Gestaltung zur Darlehenslösung ist nicht zu verhehlen. Im Kern gilt es zu vereinbaren, dass z. B. bei einem Verkauf die Eigenmittel gegenübergestellt werden und derjenige Ehegatte, der prozentual betrachtet mehr, als es seinem Bruchteil entspricht, investiert hat, ein „Vorab“ vom Erlös – nach Wegfertigung der noch offenen Verbindlichkeiten – erhält.

Im Lichte der Rechtsprechung des OLG Karlsruhe⁶⁵ ist bei derartigen Abreden, die sich erkennbar nicht auf den Charakter eines Darlehens beschränken, bzgl. der Form Vorsicht geboten. Jedenfalls wenn die Abrede den gesamten Ausgleich in Bezug auf die Immobilie abschließend regelt und hierdurch en passant der gesetzliche Güterstand modifiziert wird, weil die Immobilie hiernach bei der Berechnung des Zugewinnausgleichs zu Recht nicht mehr zu berücksichtigen ist, dürfte die Formvorschrift des § 1410 BGB unter Ehegatten gelten. Auch der schmale Grat, auf dem § 1378 Abs. 3 Satz 3 BGB den

57 Zweifelnd zunächst *Wachter*, ZEV 2014, 192 und *Ziegler*, MittBayNot 2017, 354, 356; erheblich befeuert werden die Zweifel durch die Entscheidung des BFH, Urteil vom 29.11.2017, II R 14/16, NJW 2018, 1422 (zu § 13 Abs. 1 Nr. 4b ErbStG), wonach ein Eigentumsverschaffungsanspruch jedenfalls ob des Wortlauts der Norm für das Privileg nicht genügt. Generell ist eine restriktive Linie des BFH zum Familienheimprivileg in den letzten Jahren zu beobachten, hierzu mit Beispielen *Grziwotz*, in der Anm. zu BFH, Urteil vom 29.11.2017, II R 14/16, NJW 2018, 1422. Im Zweifel wird man eine verbindliche Auskunft der Finanzverwaltung in Erwägung ziehen müssen (§ 89 Abs. 2 AO).

58 Zur „Familiengesellschaft“ unter Ehegatten instruktiv *Münch/Munzig*, Familienrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, § 12.

59 Zu den Vorzügen und der Empfehlung, das Familienheim außen vor zu lassen, etwa *Vosseler/Regierer*, ZEV 2018, 434.

60 Instruktiv zu den zivil- und steuerlichen Unterschieden von *Oertzen/Hermann*, ZEV 2003, 400.

61 Ebenso zu Recht *Münch/Munzig*, Familienrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, § 12 Rdnr. 8.

62 Ebenso *Münch/Munzig*, Familienrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, § 12 Rdnr. 11 unter Berufung auf *Bamberger/Roth/Gehrlein*, BGB, 4. Aufl. 2019, § 753 Rdnr. 1.

63 In diesem Sinne auch *Münch/Munzig*, Familienrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, § 12 Rdnr. 11.

64 *Münch/Munzig*, Familienrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, § 12 Rdnr. 11 mit Formulierungsvorschlag in Rdnr. 12.

65 DNotZ 2010, 140 mit Anm. *Bruch*.

Kautelarjuristen mitunter wandern lässt, ist vorsichtig zu beschreiten, stellt jedoch im Ergebnis keine unüberwindbare Hürde zur Regelung der Hausbaufälle dar.⁶⁶

Ohnehin wäre es zu kurz gegriffen, das Ehegüterrecht bei der Miteigentumslösung auszublenden. Trennen sich Ehegatten, die in Zugewinnsgemeinschaft leben, und kommt es zur Scheidung, spielt auch das Ehegüterrecht in die Auseinandersetzung der Immobilie mit hinein, stellt doch die jeweilige Beteiligung eine in das Endvermögen der Ehegatten einzustellende Vermögensposition dar, die ohne gesonderte Vereinbarungen auch Gegenstand des Zugewinnausgleichs ist. Dies ist nur dann unproblematisch, wenn die Immobilie während der Ehe gemeinsam erworben wurde und die Investition, sei es durch Eigen- und/oder Fremdkapital, zu gleichen Teilen getragen wurde oder eine hiervon abweichende Lastenverteilung bewusst erfolgt ist im Hinblick auf einen Ausgleich innerfamiliärer, ehebedingter Nachteile. Schon dann, wenn ein Ehegatte die Immobilie in die Ehe eingebracht hat und sie somit auch (einseitiges) Anfangsvermögen ist und/oder Investitionen des anderen Ehegatten vorliegen, kann dem Vertragsgestalter und damit letztlich den Beteiligten das Ehegüterrecht einen Strich durch den an sich wohl konzipierten Ausgleich machen. Insofern sind flankierende Vereinbarungen für den Fall der Scheidung nicht zu vermeiden (hierzu unter 4. b)).

4. Gestaltungsempfehlungen für praxisrelevante Fallkonstellationen

a) Fallkonstellation 1: Erwerb durch Ehegatten mit gleicher Beteiligung

aa) Familienheim

Vergleichsweise unkritisch sind die Fälle, in denen die Ehegatten eine Immobilie nach Eheschließung gemeinsam erwerben. Ein Erwerb zu gleichen Bruchteilen dürfte sich hier in vielen Fällen anbieten. Dies gilt namentlich dann, wenn das Eigenkapital beider (in etwa) gleich hoch ist und/oder, wenn das Fremdkapital gleichermaßen gemeinsam aufgenommen und bzgl. Zins und Tilgung in etwa in gleichem Umfang zurückgeführt wird. Die Miteigentumslösung kommt aber auch dann infrage, wenn möglicherweise das Eigenkapital einerseits und/oder die Beiträge eines Ehegattens zum Abtragen des Fremdkapitals andererseits unterschiedlich hoch sind, die Ehegatten es jedoch im Rahmen der ehelichen Lebensgemeinschaft als gerecht empfinden, hierdurch einen pauschalen Ausgleich zu schaffen. Ist die eheliche Lebensgemeinschaft etwa dahin gehend ausgelegt, dass gemeinsame Kinder aus ihr hervorgehen (sollen) und insoweit absprachegemäß ein Ehegatte überproportional im Verhältnis zum anderen seine Berufstätigkeit einschränken wird, um sich der Kinderbetreuung zu widmen, kann dies für einen Erwerb zu gleichen Bruchteilen sprechen. Steuerlich ist all dies unkritisch, wenn und soweit es sich um das Familienheim handelt, weil bekanntlich es egal ist, ob gemäß § 13 Abs. 1 Nr. 4a ErbStG Miteigentum an den anderen Ehegatten übertragen wird oder Aufwendungen für das Familienheim von einem Ehegatten allein getragen werden.⁶⁷ Weitergehende (ehevertragliche) Vereinbarungen sind insoweit regelmäßig nicht veranlasst.

bb) Immobilie als Investment

Gleichermaßen leicht zu handhaben sind die Fälle, in denen sich Ehegatten eine Immobilie zur Kapitalanlage kaufen und hier regelmäßig den ganz überwiegenden Teil mit Fremdkapital bestreiten und/oder in etwa gleich hohe Eigenkapitalanteile einbringen. Selbst wenn die Tilgung des Fremdkapitals nicht entsprechend den Erwerbsquoten erfolgt, kann dies ehebedingte Gründe haben und ein gemeinsamer Vermögensaufbau beabsichtigt sein. Da jedoch das Privileg des § 13 Abs. 1 Nr. 4a ErbStG nicht greift, ist darauf zu achten, dass der allgemeine Freibetrag von 500.000 € nicht überschritten wird. Bei (erheblich) unterschiedlichem Erwerbseinkommen kann in gewissem Umfang mit § 1380 BGB argumentiert werden, wonach die im Verhältnis zum Miteigentumsanteil überobligatorischen Leistungen des einen Ehegatten an den anderen Ehegatten vorweggenommener Zugewinnausgleich sind (vgl. § 29 Abs. 1 Nr. 3 ErbStG). Eine entsprechende, ausdrückliche Abrede mag sich anbieten, wenn nicht aus Vorsichtsgründen ohnehin der Umfang des Miteigentums doch gleich entsprechend den geleisteten Aufwendungen austariert wird.

cc) Späteres Familienheim

Eine wenig beachtete Fallgruppe lässt sich unter dem Stichwort „späteres Familienheim“ oder mit der Frage „Wann ist ein Familienheim ein Familienheim?“ zusammenfassen. Mag diese Frage auch zivilrechtlich kaum Herausforderungen mit sich bringen, muss man sich dennoch über schenkungsteuerliche Mechanismen im Klaren sein. Folgender Fall soll dies verdeutlichen: Die Ehegatten M und F erwerben im Februar 2018 eine Immobilie, die sie später als Familienheim nutzen wollen. Der Verkäufer muss vereinbarungsgemäß die Immobilie erst bis Februar 2019 räumen. Nach fristgerechter Räumung wird die Immobilie bis Februar 2020 saniert, bevor die Ehegatten – wie von ihnen immer geplant – in diese mit den gemeinsamen Kindern einziehen. M und F erwerben zum Miteigentum zu je ½, das gesamte Eigenkapital für Erwerb und Renovierung stammt indes vom Ehemann allein; dieser trägt auch Zins und Tilgung allein. Im Jahr 2019 bezweifelt das FA, dass hier in ein Familienheim investiert wird, weil außer der Beteuerung der Ehegatten, es als solches zu nutzen, hierzu „nichts Handfestes“ vorliegt.

Wenn und soweit der Tatbestand des § 13 Abs. 1 Nr. 4a ErbStG erfüllt ist, unterscheidet sich der Fall nicht von der unter aa) geschilderten Konstellation. Dies ist steuerlich indes nicht sicher, weil jedenfalls bei einem gewissen Abstand zwischen Erwerb und Einzug (im Fall rund zwei Jahre) die Gefahr besteht, dass die Absicht, es als Familienheim zu nutzen, aufgegeben wird oder das FA einen Beleg fordert, weil die spätere Nutzung für Dritte nicht erkennbar ist. Wer Diskussionen mit der Finanzbehörde vermeiden will, gestaltet für die Beteiligten den Zeitraum zwischen Erwerb und Einzug. In Be-

⁶⁷ Komplexer wäre die Fallgestaltung bei nichtehelichen Partnern oder ggf. bei Ehegatten, die nicht in das Familienheim investieren; siehe hierzu *Schlünder/Geißler*, ZEV 2007, 64 und replizierend *Weimer*, ZEV 2007, 316.

⁶⁶ Näher zum Ganzen *Everts*, MittBayNot 2012, 258, 260.

tracht kommt ein Erwerb durch einen Ehegatten allein und – nach Einzug – die Übertragung von Miteigentum an den anderen Ehegatten. Ab hier ist auch die Übernahme von Zins und Tilgung beliebigen Umfangs durch nur einen Ehegatten unkritisch.⁶⁸ Da jedoch der geschilderte Fall ohnehin nur Spannung in sich birgt, wenn der allgemeine Freibetrag von 500.000 € (§ 16 Abs. Nr. 1 ErbStG) überschritten ist, fallen insoweit nochmals vergleichsweise hohe Kosten bei Notar und Grundbuchamt an. Alternativ dürfte nur in Frage kommen, dass gleich im „richtigen“ Erwerbsverhältnis gekauft wird, jedoch eine Darlehensabrede für die Zwischenzeit unter den Ehegatten getroffen wird, die die vom mehr investierenden Ehegatten getätigten Aufwendungen, die an sich entsprechend der Erwerbsquote – regelmäßig somit wohl hälftig – vom anderen Ehegatten zu tragen gewesen wären, berücksichtigt. Nach Einzug kann die Rückzahlung des Darlehens erlassen werden. Die hierin liegende Schenkung erfolgt in das Familienheim. Es greift das Privileg des § 13 Abs. 1 Nr. 4a ErbStG. Der Darlehensvertrag bedarf keiner Form, sollte zu Beweis Zwecken indes wenigstens schriftlich abgefasst sein. Gelingt es den Beteiligten und/oder deren steuerlichem Berater selbst, den Entwurf zu fertigen, mag sich dennoch eine Unterschriftenbeglaubigung anbieten, um beweissicher für das FA den Zeitpunkt des Abschlusses zu dokumentieren, um etwaigen späteren Diskussionen um einen vermeintlich nachträglichen Abschluss von vornherein zu begegnen.

b) Fallkonstellation 2: Erwerb durch Ehegatten mit unterschiedlichem Eigenkapital

Nicht selten kommt es vor, dass auch junge Ehegatten bereits durch vorweggenommene Erbfolge, etwa aus früherer Zeit oder gezielt im Rahmen einer sog. mittelbaren Grundstücksschenkung mit teils erheblichem Eigenkapital ausgestattet sind/werden. Insoweit ist folgende Konstellation als geradezu klassisch zu bezeichnen: Erworben werden soll eine gebrauchte Immobilie für 700.000 €, die mit Erwerbsnebenkosten und kleineren Renovierungsaufwendungen einen Finanzbedarf von 800.000 € auslöst. Ehefrau F erhält für den Erwerb im Wege mittelbarer Grundstücksschenkung 400.000 € Eigenkapital, M kann aus seinem (Anfangs-)Vermögen 50.000 € beisteuern. Für die verbleibenden 350.000 € wird ein Darlehen bei der örtlichen Sparkasse aufgenommen. Beide Ehegatten sind derzeit berufstätig, F will ihre Berufstätigkeit indes nach Geburt gemeinsamer Kinder einschränken. Sie betrachten es als fair, wenn M sodann für Zins- und Tilgung des Fremdkapitals in dieser Zeit (überwiegend) allein aufkommt. Im Falle der Trennung will F – „angespitzt“ durch ihre Eltern – sichergestellt wissen, dass „ihre“ 400.000 € nicht verloren sind. Fünf Jahre später kommt es zur Scheidung. Die Immobilie ist zu diesem Zeitpunkt 1 Mio. € wert, das noch offene Darlehen beträgt noch 300.000 €, sonstiges Vermögen ist im nennenswerten Umfang nicht vorhanden. F bleibt mit dem gemeinsamen Sohn in der Immobilie.

Hätten die Ehegatten zu gleichen Bruchteilen erworben, wäre die Rechnung wie folgt: Beide Ehegatten haben ein Endvermögen von 350.000 € (1 Mio. € abzgl. 300.000 € offenes Fremdkapital; sodann hälftige Zurechnung). Das Anfangsver-

mögen von F beträgt 400.000 €. Sie hat demnach keinen Zugewinn erzielt. Da M indes nur ein Anfangsvermögen von 50.000 € hatte, hat er in Höhe von 300.000 € einen Zugewinn erzielt, den er zur Hälfte, also in Höhe von 150.000 € an F auszugleichen hat. Für die Übertragung des halben Miteigentumsanteils muss F somit 500.000 € an M „zahlen“ (sei es direkt oder sei es durch Übernahme auch dessen Schuldanteil bei der Sparkasse). Im Gegenzug steht ihr ein Zugewinnausgleichsanspruch in Höhe von 150.000 € gegen M zu, sodass sie wirtschaftlich „nur“ 350.000 € aufzubringen hat. Im Ergebnis hat sie jedoch 400.000 € für den ursprünglichen Erwerb, rechnerisch gesehen 25.000 € für die Tilgung des Fremdkapitals und sodann weitere 350.000 €, insgesamt also 775.000 € aufgebracht, um nach der Scheidung Alleineigentum zu erhalten.

Fraglich ist, ob eine abweichende Erwerbsquote für Abhilfe gesorgt hätte. Wenn das Gesamtinvestment zu Beginn 800.000 € beträgt, F 400.000 € Eigenkapital einbringt und das Fremdkapital von 350.000 € zur Hälfte (175.000 €) ihr zugerechnet werden soll, ist ihr Gesamtbeitrag 575.000 € und damit 71,875/100. Der Beitrag von M beläuft sich auf 225.000 € und damit auf 28,125/100. Für den Zugewinn gilt in diesem Fall: Das Endvermögen von F beträgt 718.750 € \cdot 150.000 € = 568.750 €, das von M 281.250 € \cdot 150.000 € = 131.250 €. Bei gleichen Anfangsvermögen wie im Ausgangsfall hat F einen Zugewinn von 168.750 € erzielt, M hingegen nur in Höhe von 81.250 €. Ihm steht gegen F eine Forderung in Höhe von 43.750 € zu. Bei sonst gleichen Annahmen müsste F im Scheidungsfall M für dessen Miteigentumsanteil zwar „nur“ 281.250 € zahlen, ihm jedoch zudem seine Zugewinnausgleichsforderung in Höhe von 43.750 € erfüllen und somit insgesamt 325.000 € zahlen. Für den Erwerb der Immobilie hat sie bei Scheidung somit wirtschaftlich gesehen aufgebracht: 400.000 € für den ursprünglichen Erwerb, rechnerisch gesehen 25.000 € für die bisherige Tilgung des Fremdkapitals sowie 325.000 € und somit insgesamt 750.000 € und somit letztlich kaum weniger, als wenn das Erwerbsverhältnis 50:50 gewesen wäre. Die Gestaltung dürfte in die Kategorie „gut gemeint, schlecht gemacht“ fallen. Der Fall wird noch abenteuerlicher, wenn auch sonstiges Endvermögen mit in die Berechnung einfließt.

Wenn man sich nicht der Darlehenslösung zuwenden will, bleibt nur: Abschluss einer flankierenden Abrede, die wohl ehevertraglichen Charakter hat und folglich unter § 1410 BGB fällt, mit Herausnahme der Immobilie aus dem Zugewinnausgleich und konkreter Abrede zu einer Erlösverteilung im Scheidungsfall bei Verkauf an einen Dritten sowie Bestimmung der Rechenformel bei Übernahme der Immobilie durch einen Ehegatten. Die einzig verbleibende Gerechtigkeitsfrage, die man sich noch stellen kann, ist: In welchem Umfang sollen die Ehegatten an den (vermuteten) Wertsteigerungen partizipieren? Falls dies zu gleichen Teilen erfolgen soll, sollte auch das Erwerbsverhältnis entsprechend festgelegt und in das Grundbuch eingetragen werden. Soll sich indes das höhere Eigenkapital von F entsprechend „verzinsen“, bleibt nur die Quote von 71,875/100 zu 28,125/100.

Konkret wäre somit zu vereinbaren:

(1) die Herausnahme der Immobilie aus dem Zugewinnausgleich, wenn nicht ohnehin der gesetzliche Güterstand aus anderen Gründen modifiziert wird,

68 Schlünder/Geißler, ZEV 2007, 64 und replizierend Weimer, ZEV 2007, 316.

(2) eine Abrede, nach der im Trennungs-/Scheidungsfall sich die Ehegatten auf Verlangen je eines von ihnen innerhalb von z. B. drei Monaten auf einen gemeinsamen Wert der Immobilie verständigen,

(3) hilfsweise für den Fall, dass dies nicht gelingt, jeder von ihnen einen durch den Präsidenten der örtlichen IHK benannten Immobiliensachverständigen als Schiedsgutachter beauftragen kann, der sodann – bei hälftiger Teilung von dessen Kosten – den Wert für beide verbindlich als Schiedsgutachter festsetzt,

(4) diese Wertermittlung freilich nicht erforderlich ist, wenn die Immobilie an einen fremden Dritten verkauft werden soll und schließlich

(5) ist die Erlösverteilung zu regeln.

Hierfür bietet sich somit für den Fall des Verkaufs an: Vom Verkaufserlös (1 Mio. €) wird zunächst das noch offene Fremdkapital (300.000 €) in Abzug gebracht, von der sich ergebenden Differenz (700.000 €) erhält jeder Ehegatte sodann sein eingebrachtes Eigenkapital (400.000 € zu 50.000 €), der Restbetrag (250.000 €) entfällt entsprechend der Miteigentumsquote (bei gleichen Teilen somit zu je 125.000 € auf beide Ehegatten, bei dem genannten abweichenden Verhältnis zu 179.687,50 € auf F und in Höhe von 70.312,50 € auf M).

Übernimmt F hingegen die Immobilie bei Scheidung zu Alleineigentum, könnte folgende Rechenformel vereinbart werden: Vom den durch den Gutachter ermittelten Wert (1 Mio. €) haben die Ehegatten das noch offene Fremdkapital (300.000 €) zu gleichen Teilen zu tragen; von der Differenz enthält jeder Ehegatte rechnerisch sein Eigenkapital zurück (Wert wie bei Verkauf, in Summe 450.000 €); die Differenz steht beiden zu gleichen Teilen (je 125.000 € oder 179.687,50 € zu 70.312,50 €) zu. Im Falle gleicher Beteiligung hat F somit wirtschaftlich für den Erwerb zu Alleineigentum aufgewandt: 400.000 € Eigenkapital anfängliche anteilige Tilgung des Fremdkapitals zunächst in Höhe von 25.000 € Übernahme von 50 % der Verbindlichkeiten in Höhe von 150.000 €; sodann muss sie M dessen Eigenkapital erstatten (50.000 €) und seine Hälfte des errechneten Deltas (125.000 €) auszahlen, im Ergebnis also einen Betrag von 175.000 €. Übernimmt sie – wie regelmäßig – das Bankdarlehen in Höhe von 300.000 €, sind die 150.000 €, die rechnerisch auf M entfallen, vom Zahlungsbetrag in Abzug zu bringen. In jedem Fall hat M wirtschaftlich gesehen insgesamt aufgewandt: 750.000 €, bei abweichendem Erwerbsverhältnis nur 695.312,50 €. Eine „Verwässerung“ durch Zugewinnausgleichsfragen wird vermieden.

Freilich sollte man auch die Notarkosten im Blick haben. Ein Ehevertrag nach⁶⁹ Erwerb der Immobilie bezogen und beschränkt auf die Herausnahme der Immobilie aus dem Zugewinnausgleich löst eine 2,0 Gebühr (Nr. 21000 KV-GNotKG) aus dem nach § 100 Abs. 2 GNotKG ermittelten Wert der Immobilie aus (auszugehen ist von Gesamtanschaffungskosten

von 800.000 €), höchstens aber dem nach § 100 Abs. 1 GNotKG ermittelten Wert („modifiziertes Reinvermögen“, das vorliegend 450.000 € beträgt). Da Eheverträge gem. § 111 Nr. 2 GNotKG stets ein besonderer Beurkundungsgegenstand sind, sind Vereinbarungen über die Erlösverteilung im Scheidungsfall gesondert zu bewerten. Der Geschäftswert ermittelt sich wie folgt: Auszugehen ist vom aktuellen Wert der Immobilie (§ 96 GNotKG), also mangels anderer Anhaltspunkte von den Gesamtanschaffungskosten in Höhe von 800.000 €; hiervon ist ein Abschlag zu machen, weil bei einer Scheidung ja nicht die Immobilie als solche „auseinandergesetzt“⁷⁰, sondern „nur“ eine vom zivilrechtlichen Eigentum abweichende Erlösverteilung vereinbart wird. Man wird von einem Teilwert von 20-30%, bei hohen Werten auch von geringeren Teilwerten ausgehen können (§ 97 Abs. 1, § 36 Abs. 1 GNotKG). Der sich hieraus ergebende Wert ist mit dem Wert des Ehevertrags zu addieren (§ 35 GNotKG).

c) Fallkonstellation 3: Ein Ehegatte bringt Immobilie mit, der andere investiert (gering)

Für diese Fallgruppe wurde bereits die (schlanke) Darlehenslösung in Spiel gebracht, die erforderlich und ausreichend ist.

d) Fallkonstellation 4: Ein Ehegatte bringt Immobilie mit, der andere investiert erheblich

Diese Fallkonstellation unterscheidet sich im Kern nicht von der unter b) dargestellten. Hinzu kommt allenfalls die Frage, ob dem anderen Ehegatten Miteigentum eingeräumt werden soll und wenn ja, ob er es im Scheidungsfall wieder herauszugeben hat. Vor allem, wenn der Grundbesitz schon über Generationen im Besitz einer Familie war, wird ein Herausgabeanspruch im Scheidungsfall regelmäßig gewünscht sein. Zu den Abreden zu b) tritt somit nur hinzu: F kann im Falle der Scheidung – ggf. bereits vorverlagert bei dauerndem Getrenntleben i. S. d. § 1567 BGB – die Übertragung des Miteigentums von M – gesichert durch Vormerkung – verlangen, Zug-um-Zug gegen Zahlung eines Betrags, der sich entsprechend den Berechnungen unter b) ergibt. Denkbar ist es, den Betrag zeitlich zu strecken oder erst mit Rechtskraft der Scheidung fällig zu stellen, dann aber wohl ab Rechtskraft der Scheidung verzinslich.

5. Fazit

Die Vielschichtigkeit der Lebenssachverhalte bei Investitionen von nichtehelichen Lebenspartnern oder Ehegatten erfordert maßgeschneiderte Lösungen durch den Vertragsgestalter. Dennoch wird man in der notariellen Praxis für die meisten Fälle mit dem in diesem Beitrag dargestellten Instrumentarium an Lösungsvorschlägen fündig werden, wenn es gilt, flankierend zu einem Grundstückskaufvertrag oder einer Überlassung im Rahmen der sog. „Hausaufälle“ Investitionsfragen für den Fall der Trennung angemessen umzusetzen.

⁶⁹ Wird hingegen die ehevertragliche Vereinbarung im Vorfeld des Erwerbs (also nicht zeitgleich mit der Beurkundung des Kaufvertrags über die Immobilie) geschlossen, gelangt man über § 100 Abs. 3 GNotKG lediglich zu einem Wert von 30 % vom Verkehrswert der Immobilie.

⁷⁰ Dies wäre etwa bei der Auseinandersetzung einer Gesamthandsgemeinschaft anzunehmen.

Praxisupdate Gesellschaftsrecht

Von Notarassessor Dr. **Julius Forschner**, LL.M. (Cambridge), Würzburg

Der folgende Beitrag gibt einen Überblick über die notarrelevanten Entwicklungen im Gesellschaftsrecht. Hierbei sollen nicht nur die gesetzgeberischen Aktivitäten und ausgewählte Rechtsprechung beleuchtet werden, sondern auch auf Gestaltungsprobleme allgemeiner Art eingegangen werden. Auch wenn zu dem Thema gewiss schon viel geschrieben wurde: Ganz ohne Pandemiegesetzgebung kommt auch dieser Beitrag nicht aus. Eine Darstellung der relevanten gesetzgeberischen Maßnahmen sei den Lesern allerdings erspart. Dies ist an anderer Stelle zur Genüge erfolgt.¹ Der Blick soll nach einigen aktuellen Fragen der virtuellen Hauptversammlung vielmehr in die Zukunft gerichtet werden: Was können aus der Pandemie für die Gestaltungspraxis für Lehren gezogen werden? Welche Regelungen sind möglicherweise ein Modell für die Zukunft, welche sollten wieder abgeschafft werden?²

I. Aktienrecht

Als der Gesetzgeber innerhalb eines Wochenendes (notwendigerweise) das Präsenzerfordernis in der Hauptversammlung abschaffte, war das für die Aktionäre ein erheblicher Verlust an Rechten. Die einschneidendste Maßnahme war aber nicht die Abschaffung des Präsenzerfordernisses an sich, sondern die Eröffnung der Möglichkeit einer (auch elektronisch) teilnehmerlosen Hauptversammlung. Die Kernbotschaft stand in der Gesetzesbegründung: Sämtliche Rechte des Aktionärs, die üblicherweise *in* der Hauptversammlung wahrgenommen werden und nicht ausdrücklich Niederschlag im MaßnG-GesR³ gefunden haben, fallen weg. Überspitzt war in der Literatur von einem „nordkoreanischen Parteitag online“⁴ die Rede. Was zu-

nächst überzogen erscheint, lässt einen doch grübeln, wenn man einige virtuelle Hauptversammlungen verfolgt hat. Aktionärsfragen werden zwar meist beantwortet, aber es handelt sich in aller Regel um blutleere Übertragungen in eine Richtung, ohne die Aktionäre zu beteiligen. Es wird von Versammlungen börsennotierter Gesellschaften berichtet, die nur 22 Minuten gedauert haben sollen.⁵ Von der Möglichkeit, die Aktionäre online *teilnehmen* zu lassen, hat fast keine der börsennotierten Gesellschaften Gebrauch gemacht.⁶ Das wird kaum dazu beitragen, die Akzeptanz der online abgehaltenen Gesellschafterversammlungen zu erhöhen.

1. Die Rolle des Notars in der virtuellen Hauptversammlung

Erfreulich ist, dass der Gesetzgeber erkannt hat, wie wichtig die Rolle des Notars auch bei Abhaltung einer virtuellen Hauptversammlung ist.⁷ Viele Gesellschaften hatten mit den Neuregelungen – insbesondere aufgrund der Kürze der Zeit – Schwierigkeiten und haben noch mehr als sonst die Notare in die Vorbereitung der virtuellen Hauptversammlungen eingebunden. Aufgrund der Abwesenheit der Aktionäre bei dem rein elektronisch vollzogenen Abstimmungsvorgang hat sich das Bedürfnis an ordnungsgemäßer Dokumentation mit bestandsbegründender Wirkung sogar erhöht.

2. Versammlungsort der virtuellen Hauptversammlung

Eine lebhafteste Diskussion ist über die Frage entbrannt, ob die virtuelle Hauptversammlung überhaupt einen Versammlungsort hat und ob dieser in der Einladung anzugeben ist, obwohl kein Aktionär vor Ort teilnehmen darf. Gemäß § 121 Abs. 5 Satz 1 AktG soll die Hauptversammlung am Sitz der Gesellschaft stattfinden, wenn die Satzung nichts anderes bestimmt. Gemäß § 121 Abs. 3 Satz 1 AktG muss der Ort der Hauptversammlung bei der Einberufung angegeben werden. Teilweise wurde vertreten, der Versammlungsort der virtuellen Hauptversammlung sei der „Cyberspace“⁸ – einen Versammlungsort im Sinne des § 121 Abs. 3 und 5 AktG gebe es nicht.

1 *Bücker/Kulenkamp/Schwarz/Seibt/von Bonin*, DB 2020, 775; DNotI-Report 8/2020, 61; *E. Vetter/Tielmann*, NJW 2020, 1175; *Götze/Robkopf*, DB 2020, 768; *Herb/Merkelbach*, DStR 2020, 811; *Herrler*, GWR 2020, 191; *Herrler*, DNotZ 2020, 465; *Grigoleit/Herrler*, AktG, 2. Aufl. 2020, § 118 Rdnr. 36a ff.; *Lieder*, ZIP 2020, 837; *Mayer/Jenne*, BB 2020, 835; *Noack/Zetzsche*, AG 2020, 265; *Omlor/Dilek*, BB 2020, 1026; *Schäfer*, NZG 2020, 481; *Simons/Hauser*, NZG 2020, 488; *Stelmasczyk/Forschner*, Der Konzern 2020, 221; *Tröger*, BB 2020, 1019; *Wälzholz/Bayer*, DNotZ 2020, 285; *Wicke*, DStR 2020, 885; *Wicke*, GmbHG, 4. Aufl. 2020, Einl. Rdnr. 27a ff.; BeckOGK-AktG/*Wicke*, Stand: 15.4.2020, § 130 Rdnr. 5 ff.

2 Zwischenzeitlich zeichnet sich ab, dass die Maßnahmen wohl ein Jahr bis Ende 2021 verlängert werden, vgl. den Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz für eine Verordnung zur Verlängerung von Maßnahmen im Gesellschafts-, Genossenschafts-, Vereins- und Stiftungsrecht zur Bekämpfung der Auswirkungen der COVID-19-Pandemie vom 18.9.2020.

3 Gesetz über Maßnahmen im Gesellschafts-, Genossenschafts-, Vereins-, Stiftungs- und Wohnungseigentumsrecht zur Bekämpfung der Auswirkungen der COVID-19-Pandemie, BGBl. 2020 I, S. 570, dort Art. 2.

4 Widmann/Mayer/Vossius, Umwandlungsrecht aktuell April 2020, B. I. 1.

5 „Lindes 22 Minuten“, FAS v. 3.8.2020, S. 25; allerdings handelt es sich bei der Linde plc. um eine public limited company mit Sitz in Dublin, die ihr „general meeting“ nicht unter den Vorschriften des deutschen COVID-19-G, sondern unter irischem Recht abgehalten hat. Vgl. zu Regelungen in anderen Ländern *Zetzsche/Sorensen/Consiglio/Yeboa-Smith*, COVID-19-Crisis and Company Law – towards virtual shareholder meetings, abrufbar im Internet unter <http://ssrn.com/abstract=3576707> (zuletzt abgerufen am 5.8.2020).

6 Vgl. die ausführliche Analyse von *Danwerth*, AG 2020, 418, 425.

7 BT-Drucks. 19/18110, S. 26.

8 *Mayer/Jenne/Miller*, BB 2020, 1282, 1285; *Mayer/Jenne*, BB 2020, 835, 840.

§ 1 Abs. 2 MaßnG-GesR enthält zur Frage des Versammlungsorts keine Regelung. Dies spricht prima facie dafür, dass die Regelungen zum Versammlungsort auch unter der Neuregelung weiterhin Geltung beanspruchen. Die Gesetzesbegründung spricht davon, dass der Notar die Durchführung der Hauptversammlung am „Aufenthaltsort“ des Versammlungsleiters protokollieren soll.⁹ Diese Formulierung („Aufenthaltsort“) deutet zunächst darauf hin, dass es überhaupt keinen „Versammlungsort“ gibt. Ein „Versammlungsort“ passe sachlich nicht zur Durchführung als virtuelle Hauptversammlung.¹⁰ An anderer Stelle ist in der Gesetzesbegründung jedoch von einer „Versammlung“ die Rede und dass der Stimmrechtsvertreter der Gesellschaft am Ort „der Versammlung“ zulässig sei. Man wird deshalb wohl davon ausgehen müssen, dass es sich auch bei der virtuellen Hauptversammlung um eine Versammlung mit einem „Versammlungsort“ im Sinne des § 121 AktG handelt. Die Vertreter der gegenteiligen Auffassung übersehen, dass der Gesetzgeber ersichtlich von einer „Präsenzversammlung der Funktionsträger“¹¹ an einem bestimmten Ort ausgeht. Auch dies ist ein Versammlungsort im Sinne des AktG.

Auf einem anderen Blatt steht die Frage, ob bei der Einberufung der Versammlungsort angegeben werden muss, können doch ohnehin keine Aktionäre teilnehmen. Formal ließe sich zwar anführen, dass § 1 MaßnG-GesR keine Abweichung von § 121 Abs. 3 Satz 1 AktG enthält. Das überzeugt allerdings nicht. Die Angabe des Versammlungsorts verkäme zur bloßen Förmelerei, wenn die Aktionäre ohnehin nicht vor Ort teilnehmen dürfen.¹² § 121 Abs. 3 Satz 1 AktG ist in diesem Fällen teleologisch zu reduzieren.¹³ Ob man den Ort gleichwohl angeben möchte, um jedes Restrisiko einer Nichtigkeit gemäß § 241 Nr. 1 AktG zu vermeiden,¹⁴ ist letztlich eine Entscheidung, die die Gesellschaft selbst zu treffen hat. Vor dem Hintergrund der offensichtlichen Unsinnigkeit der Ortsangabe dürfte das Risiko kalkulierbar sein.

Ebenfalls für die Praxis noch ungeklärt ist die Frage, ob Vorgaben in der Satzung bzgl. des Versammlungsorts weiterhin zu beachten sind.¹⁵ Für eine teleologische Reduktion¹⁶ der Satzungsbestimmung streitet auch hier der Sinn der statutarischen Festlegung eines Versammlungsorts: die poten-

zielle Gefahr der Beeinträchtigung des Teilnahmerechts bei willkürlicher Wahl eines Versammlungsorts.¹⁷ Andererseits müssen jedenfalls die Funktionsträger an diesem Ort zusammenkommen. Ob nur die Aktionäre oder auch die Funktionsträger vom statuarisch festgelegten Versammlungsort geschützt werden sollen, ist durchaus offen. Jedenfalls zur Vermeidung des Anfechtungsrisikos¹⁸ sollten Satzungsbestimmungen weiterhin eingehalten werden.

3. Gewährleistung des Teilnahmerechts nach Ende der Pandemie

§ 118 Abs. 1 Satz 2 AktG bestimmt schon jetzt – ohne Pandemiegesetzgebung –, dass die Satzung die elektronische Teilnahme vorsehen kann. Auch im Rahmen des § 118 Abs. 1 Satz 2 AktG ist es möglich, lediglich die elektronische Wahrnehmung einzelner Rechte vorzusehen. Dies wurzelt aber freilich darin, dass den Aktionären bisher stets die Möglichkeit der Präsenzteilnahme garantiert war. In der Diskussion gewinnt man von Zeit zu Zeit den Eindruck, die Autoren gehen wie selbstverständlich davon aus, dass jedem Aktionär die elektronische Teilnahme problemlos möglich sei. Dabei wird der betagte Aktionär, der seine Aktien vor Erfindung des Internets zur Altersvorsorge erworben hat, vergessen. Gleiches gilt für Aktionäre, die in Gegenden wohnen, in denen es bisher keine schnelle Internetverbindung gibt.¹⁹ Die Möglichkeit der Online-Teilnahme ist dort eine theoretische. Der Gesetzgeber sollte nach Ende der Pandemie im Aktienrecht zügig zum alten Rechtszustand zurückkehren: Satzungsautonomie und autonome Entscheidung der Aktionäre über virtuelle oder analoge Teilnahme.²⁰

II. GmbH-Recht

1. Einfluss der Pandemie auf das GmbH-Recht

Auch der Einfluss des MaßnG-GesR auf das GmbH-Recht wurde an anderer Stelle hinreichend erörtert.²¹ Bisher weniger beleuchtet wurden die Lehren, die man unabhängig von den gesetzgeberischen Maßnahmen für die Satzungsgestaltung

9 BT-Drucks. 19/18110, S. 26.

10 Schäfer, NZG 2020, 481, 483.

11 Wicke, DStR 2020, 885.

12 Fritz/Weber/Sieber, COVAbmildG, 2020, § 1 COVGesMG Rdnr. 94.

13 Lieder, ZIP 2020, 837, 839; Götze/Roßkopf, DB 2020, 768, 770; Herrler, GWR 2020, 191, 192; Schäfer, NZG 2020, 481, 483 mit dem Hinweis, dass die Nichtigkeitsfolge bei fehlender Ortsangabe unverhältnismäßig sei; Heinze, Coronavirus und Hauptversammlung 2020, abrufbar unter: <https://www.schmitzheinze.de/2020/04/01/coronavirus-hauptversammlung-folgen-fuer-unternehmen-2020/> (zuletzt abgerufen am 6.8.2020).

14 Noack/Zetzsche, AG 2020, 265, 267.

15 Die Satzungsbestimmung weiterhin für maßgeblich haltend Bückler/Kulenkamp/Schwarz/Seibt/von Bonin, DB 2020, 775, 77; K. Schmitt/Lutter/Spindler, AktG, 4. Aufl. 2020, § 118 Rdnr. 63d. Für eine teleologische Reduktion Noack/Zetzsche, AG 2020, 265, 266.

16 Noack/Zetzsche, AG 2020, 265, 266.

17 BGH, Urteil vom 28.1.1985, II ZR 79/84, BeckRS 2009, 10067.

18 Ein Verstoß gegen die Satzungsbestimmungen führt nicht zur Nichtigkeit sondern lediglich zur Anfechtbarkeit, vgl. Grigoleit/Herrler, AktG, § 121 Rdnr. 26; Henssler/Strohn/Liebscher, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2019, § 121 AktG Rdnr. 22; Hüffer/Koch/Koch, AktG, 14. Aufl. 2020, § 121 Rdnr. 12; MünchKommAktG/Kubis, 4. Aufl. 2018, § 121 Rdnr. 93; implizit auch BGH, Urteil vom 28.1.1985, II ZR 79/84, BeckRS 2009, 10067.

19 Der von Noack/Zetzsche geäußerte Wunsch „Das Internet für die Fernteilnehmer gibt es überall“ (AG 2020, 265, 267) dürfte einer praktischen Verprobung im ländlichen Raum nicht standhalten.

20 Zu Recht kritisch auch Heckschen/Strnad, GmbHR 2020, 807, 809 sowie Fritz/Weber/Sieber, COVAbmildG, § 1 COVGesMG Rdnr. 11.

21 Baumbach/Hueck/Noack, GmbHG, Online-Aktualisierung 2020, § 2 COVMG; Ernst, ZIP 2020, 889 ff.; Lieder, ZIP 2020, 837 ff.; Miller/Nehring-Köppl, WM 2020, 911 ff.; Omlor/Dilek, BB 2020, 1026 ff.; Reichert/Knoche, GmbHR 2020, 461 ff.; Stelmasczyk/Forschner, Der Konzern 2020, 221 ff.; Wicke, NZG 2020, 501 ff.; Wicke, GmbHG, Einl. Rdnr. 27a-27p.

ziehen sollte.²² Rückkehr zur Satzungsautonomie sollte auch hier das Motto sein. Für die Gesellschafter stellt sich die Frage, inwieweit von den Möglichkeiten des § 45 Abs. 2 GmbHG vor allem in Bezug auf § 48 Abs. 2 GmbHG Gebrauch gemacht werden soll.

a) Vor- und Nachteile einer versammlungslosen Beschlussfassung

Die fernmündliche, elektronische und auch gemischte Beschlussfassung ist bereits jetzt in vielen Satzungen vorgesehen. Seltener finden sich Regelungen zum Umlaufverfahren.²³ Sind solche Regelungen vorhanden, geben sie häufig lediglich den Sinngehalt des § 48 Abs. 2 GmbHG wieder.²⁴ Die Pandemiegesetzgebung gibt Anlass, bei der Gesellschaftsgründung mit den Beteiligten zu erörtern, ob eine von § 48 Abs. 2 GmbHG abweichende Regelung gewünscht ist und eine Erleichterung in die Satzung aufgenommen werden soll. Das kann insbesondere bei verschiedenen Zeitzonen oder vollen Terminkalendern von Vorteil sein, denn es erspart die Zusammenkunft zur gleichen Zeit (ob virtuell oder persönlich). Jeder Gesellschafter kann seine Stimme im vorgegebenen Zeitrahmen zu einer beliebigen Zeit abgeben. Den Vorteilen der versammlungslosen Beschlussfassung (schnelle und effektive Reaktionsmöglichkeit auf Veränderungen, niedriger Organisationsaufwand, keine Reisekosten) stehen auch Nachteile gegenüber: Keine Möglichkeit zur Diskussion und zum persönlichen Austausch und damit das Fehlen der Befriedungsfunktion einer persönlichen Aussprache. Diskussionen sind allenfalls informell im Vorfeld möglich.

Wo immer möglich, sollten die Gesellschafter deshalb Präsenzversammlungen abhalten. Die Praxis zeigt, dass der persönliche Austausch und die Diskussion in größerer Runde dazu beitragen kann, Unstimmigkeiten zu beseitigen – die Präsenzversammlung ist die „erste Wahl“.²⁵

Satzungsbestimmungen, die die Präsenzversammlung zur einzig möglichen Abstimmungsform erklären,²⁶ scheinen hingegen aus der Zeit gefallen. Ein denkbarer Mittelweg könnte sein, sich gedanklich an der Regelung zu orientieren, die der

22 Für die GmbH bisher nur bei *Heckschen/Strnad*, GmbHR 2020, 807 ff.; zu den Lehren bzgl. künftiger virtueller Versammlungen bei der AG *Dubovitskaya*, NZG 2020, 647 ff.

23 Eine ausführliche Regelung enthält bspw. § 9 Abs. 3 der Mustersatzung bei Meyer-Landrut/*Peter/A. Wenz*, Formular-Kommentar GmbH-Recht, 4. Aufl. 2019, A. V.19 sowie bei Beck'sches Formularbuch Bürgerliches-, Handels- und Wirtschaftsrecht/*Wentrup*, 13. Aufl. 2019, Form. IX. 9.

24 Fuhrmann/Wälzholz/*Wälzholz*, Formularbuch Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2018, Kapitel 13 M 13.2; Römermann/*Seibt*, Münchener Anwaltshandbuch GmbH-Recht, 4. Aufl. 2018, § 2 Rdnr. 200; Heckschen/Heidinger/*Heidinger*, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, 4. Aufl. 2018, Kap. 4 Rdnr. 348; Beck'sches Notarhandbuch/*Mayer/Weiler*, 7. Aufl. 2019, § 22 Rdnr. 759 (Gesamtformular § 11); Eckhardt/Hermanns, Kölner Handbuch Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2017, Kapitel 2. A. Rdnr. 343; Beck'sche Online-Formulare Vertrag/*Giehl*, Stand: 1.12.2019, Form. 7.6.1.1, § 6.

25 *Heckschen/Strnad*, GmbHR 2020, 807, 810.

26 Zu finden bspw. bei Heckschen/Heidinger/*Heckschen*, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, Kap. 4 Rdnr. 343.

Gesetzgeber für den Verein geschaffen hat. In § 5 Abs. 3 MaßnG-GesR ist vorgesehen, dass ein Beschluss der Mitglieder im Umlaufverfahren abweichend von § 32 Abs. 2 BGB gültig ist, wenn alle Mitglieder beteiligt wurden, bis zu einem vom Verein gesetzten Termin mindestens die Hälfte der Mitglieder ihre Stimmen in Textform abgegeben haben und der Beschluss mit der erforderlichen Mehrheit gefasst wurde. Die Norm kann selbstredend nicht eins-zu-eins auf die GmbH übertragen werden, denn ihr liegt das Prinzip zugrunde, dass beim Verein ein Mitglied eine Stimme hat.²⁷ Sie kann jedoch als Ideengeber dienen, zwischen Teilnahmerecht auf der einen und Praktikabilität in Zeiten von Reisebeschränkungen auf der anderen Seite einen angemessenen Ausgleich zu formulieren.

b) Initiativrecht beim Umlaufverfahren

Teilweise wird empfohlen, das Initiativrecht bezüglich der Umlaufbeschlüsse – das nach herrschender Meinung jedem Gesellschafter sowie dem Geschäftsführer zusteht²⁸ – durch die Satzung zu beschränken.²⁹ Es sollte hierbei allerdings bedacht werden, dass in Zeiten, in denen keinerlei Präsenzversammlungen stattfinden können und nur Beschlüsse im Umlaufverfahren in Frage kommen, weil die Satzung keine virtuelle Gesellschafterversammlung vorsieht, ein Abschneiden des Initiativrechts der einzelnen Gesellschafter faktisch auch zu einem Abschneiden des Beschlussantragsrechts führt, das dem einzelnen Gesellschafter ansonsten in der Gesellschafterversammlung zusteht.³⁰ Welche Regelung in diesem Punkt sinnvoll ist, hängt vor allem auch von der Gesellschafterstruktur ab. Bei kleinen Gesellschaften mit wenigen Gesellschaftern scheint ein Initiativrecht jedes Gesellschafters sinnvoll, bei Gesellschaften mit großem Gesellschafterkreis sollte ein Quorum festgelegt werden (bspw. angelehnt an § 50 Abs. 1 GmbHG).

c) Beschlussfeststellung

Klarheit sollte eine entsprechende Klausel auch dahin gehend schaffen, wie die im präsenzlosen Verfahren gefassten Beschlüsse wirksam werden. Eine Beschlussfassung ohne Feststellung scheint wenig sinnvoll.³¹ Regelungen, die die Schwelle des § 48 Abs. 2 GmbHG absenken, müssen zudem das Teilnahmerecht der Gesellschafter in den Blick nehmen und Regelungen treffen, um dieses zu gewährleisten. Eine sinnvolle Satzungsklausel könnte bspw. wie folgt lauten:

27 Heckschen/Heidinger/*Heckschen*, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, Kap. 8 Rdnr. 87; MünchKomm-BGB/*Leuschner*, 8. Aufl. 2018, § 32 Rdnr. 28; jurisPK-BGB/D. *Otto*, Stand: 8.7.2020, § 32 Rdnr. 59; BeckOK-BGB/*Schöpfli*, Stand: 1.5.2020, § 32 Rdnr. 22; Staudinger/*Schwennicke*, Neub. 2019, § 32 Rdnr. 80. Die Satzung kann zwar etwas anderes vorsehen, in der Praxis sind Mehrfachstimmrechte bei Vereinen aber eher die Ausnahme.

28 MünchKomm-GmbHG/*Liebscher*, 3. Aufl. 2018, § 48 Rdnr. 150; Beck'sches Handbuch GmbH/*Fischer/Schmidt*, 5. Aufl. 2014, § 4 Rdnr. 72; Baumbach/Hueck/*Zöllner/Noack*, GmbHG, 22. Aufl. 2019, § 48 Rdnr. 31.

29 *Heckschen/Strnad*, GmbHR 2020, 807, 810.

30 Lutter/*Hommelhoff/Bayer*, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 48 GmbHG, Rdnr. 10; Baumbach/Hueck/*Zöllner/Noack*, GmbHG, 48. Rdnr. 20.

31 So auch *Ernst*, ZIP 2020, 889, 892.

Formulierungsvorschlag Umlaufverfahren:

Abweichend von § 48 Abs. 2 GmbHG können Beschlüsse im Umlaufverfahren auf Antrag eines jeden Gesellschafters (alternativ: eines Gesellschafters, der mindestens [...] % der Stimmrechte hält) oder der Geschäftsführer gefasst werden, wenn alle Gesellschafter mindestens in Textform aufgefordert wurden, ihre Stimme innerhalb einer angemessenen Frist abzugeben und sich mindestens Gesellschafter mit mehr als 50 % der Stimmrechte an der Beschlussfassung beteiligt haben. Für eine ordnungsgemäße Aufforderung zur Stimmabgabe genügt die Aufforderung an die dem Geschäftsführer zuletzt mitgeteilte E-Mail-Adresse des Gesellschafters. Die Stimmabgabe erfolgt innerhalb der in der Aufforderung angegebenen Frist per E-Mail an die in der Aufforderung durch die Geschäftsführer angegebene E-Mail-Adresse. Der Beschluss wird mit Beschlussfeststellung und Mitteilung an alle Gesellschafter mindestens in Textform wirksam. Für die Beschlussfassung gelten die gesetzlichen oder gesellschaftsvertraglichen Mehrheiten.

d) Vorsehen einer virtuellen Beschlussfassung in der Satzung?

Gesellschaften mit beschränkter Haftung haben meist einen überschaubaren Gesellschafterkreis. Die Versammlungsbeschränkungen haben die GmbH deswegen in aller Regel weniger getroffen als die großen Aktiengesellschaften, die Hauptversammlungen abzuhalten haben. Doch auch hier kann es Probleme geben, wenn in der Satzung nicht ausreichend Vorsorge getroffen wird, zum Beispiel wenn ausländische Gesellschafter nicht anreisen können. Dass der Gesetzgeber beim Umlaufverfahren anknüpft und den Gesellschaften somit Handlungsfähigkeit sichert, scheint konsequent. Die schriftliche Stimmabgabe ist allen Gesellschaftern ohne großen Aufwand möglich und es herrscht Gleichberechtigung unter den Gesellschaftern: Im Gegensatz zur kombinierten Beschlussfassung, bei der einigen Gesellschaftern vor Ort die Teilnahme ermöglicht ist und einige nur schriftlich ihre Stimme abgeben, ist beim reinen schriftlichen Verfahren kein Gesellschafter bevorzugt. Keinem kommt ein Rederecht zu, kein Gesellschafter kann sich an der Diskussion beteiligen.

Die Beschlussfassung per Videokonferenz gesetzlich anzuordnen, würde unnötig in die Satzungsautonomie der Gesellschafter eingreifen.³² Die meisten Satzungen sehen eine solche Regelung und eine Regelung zur kombinierten Beschlussfassung³³ ohnehin bereits jetzt vor – in aller Regel wird hierbei zu Recht die Zustimmung sämtlicher Gesellschafter gefordert.³⁴

32 A. A. Behme, DZWIR 2020, 269, 272.

33 Wofür zwingend eine Satzungsgrundlage erforderlich ist, vgl. BGH, Urteil vom 16.1.2006, II ZR 135/04, NZG 2006, 428.

34 Heckschen/Heidinger/Heckschen, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, Kap. 4 Rdnr. 343; Beck'sches Formularbuch Bürgerliches-, Handels- und Wirtschaftsrecht/Wentrup, Form. IX. 9 dort § 11.

2. Firmenrecht

Auch außerhalb der Pandemie gab es interessante Entwicklungen in der gesellschaftsrechtlichen Rechtsprechung, insbesondere zum Firmenrecht und zur Gesellschafterliste (dazu sogleich unten). Dem Firmenrecht wird in der notariellen Praxis häufig nicht die Beachtung geschenkt, die es eigentlich verdient. Dabei sind gerade an dieser Stelle die Parteien besonders dankbar, wenn der Notar sie vor nachträglichen Änderungen (und damit unnötigen Kosten) bewahrt.

a) Not & Elend GmbH

Registergericht und OLG waren sich einig: Eine Gesellschaft, deren Unternehmensgegenstand darauf gerichtet ist, Spielhallen und Vergnügungsstätten zu betreiben,³⁵ darf sich nicht „Not & Elend GmbH“ nennen. In der Begründung hingegen waren sie sich uneins: Das Registergericht sah keine ausreichende Kennzeichnungs- und Unterscheidungskraft im Sinne des § 18 Abs. 1 HGB, das OLG hielt die Firma für irreführend im Sinne des § 18 Abs. 2 HGB.

Eine Firma ist zur Irreführung geeignet, wenn sie bei den maßgeblichen Verkehrskreisen unrichtige Vorstellungen hervorrufen kann.³⁶ Ob eine Eignung zur Irreführung vorliegt und ob diese als wesentlich im Sinne von § 18 Abs. 2 Satz 1 HGB anzusehen ist, ist vom Standpunkt der beteiligten Verkehrskreise aus zu beurteilen.³⁷ Maßgeblich ist hierbei die objektivierte Sicht eines durchschnittlichen Angehörigen der betroffenen Personenkreise bei verständiger Würdigung. Ein subjektives Element, also eine Irreführungsabsicht ist ebenso wenig erforderlich wie der tatsächliche Eintritt einer Fehlvorstellung bei den Betroffenen.³⁸ Eine Irreführung über die Art des Unternehmens liege vor, wenn der tatsächliche Geschäftsbetrieb keinen Bezug zu der in der Firma behaupteten Tätigkeit habe.³⁹

Methodisch „innovativ“ greift das OLG Düsseldorf für die Definition, was unter „Not und Elend“ zu verstehen ist, auf Wikipedia zurück. Nach der dortigen Definition sei „Not und Elend“ eine Wendung des allgemeinen Sprachgebrauchs und beschreibe Trübsal, einen Zustand von Not, Armut oder Hilflosigkeit. Der gesamten Wendung komme damit die Bedeutung zu, eine Misere zu beschreiben.⁴⁰

Auch wenn ein Rückgriff auf Wikipedia als Referenz gar nicht erforderlich sein dürfte, so überzeugt die Deutung des Gerichts der Wendung „Not und Elend“ durchaus. Was allerdings nicht überzeugt, ist die Folgerung, dass selbige den Rechtsverkehr in

35 Der Unternehmensgegenstand wurde gleichzeitig mit der Umfirmierung erweitert um „Gastronomie, Einzel- und Großhandel von Lebensmitteln und Kleinwaren“, was für die Entscheidung letztlich keine Relevanz entfaltet.

36 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.8.2019, I-3 Wx 26/19, FGPrax 2020, 32; vgl. auch MünchKomm-HGB/Heidinger, 4. Aufl. 2016, § 18 Rdnr. 48.

37 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.8.2019, I-3 Wx 26/19, FGPrax 2020, 32, 33.

38 MünchKomm-HGB/Heidinger, § 18 Rdnr. 49.

39 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.8.2019, I-3 Wx 26/19, FGPrax 2020, 32, 33.

40 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.8.2019, I-3 Wx 26/19, FGPrax 2020, 32, 33.

die Irre führen könne. Es trifft zwar zu, dass diese Bezeichnung keinerlei Bezug zum tatsächlichen Geschäftsbetrieb der Gesellschaft hat und auch nicht erkennen lässt, was für eine Art Gewerbe die Gesellschaft betreibt. Das ist jedoch auch gar nicht erforderlich. Nachdem auch frei erfundene Fantasiebezeichnungen zulässig sind,⁴¹ muss der Gesellschaft auch ermöglicht werden, sich einer Wendung des allgemeinen Sprachgebrauchs zu bedienen, solange diese Wendung selbst den Rechtsverkehr nicht in die Irre führt. Von der allgemeinen Bezeichnung „Not und Elend“ dürfte eine solche Irreführungsgefahr nicht ausgehen. Sie lässt auf den Geschäftszweck keinen Rückschluss zu – denn „Not und Elend“ sind keine geschäftliche Tätigkeit. Auch der Gedanke, dass sich beispielsweise eine karitative Vereinigung, die Menschen in Not und Elend hilft, so nennen würde, dürfte eher fernliegend sein.

Treffender dürfte sich die Unzulässigkeit der Firma (wenn überhaupt) aus § 18 Abs. 1 HGB ableiten lassen – wie es offenbar auch das Registergericht tat. Die Bezeichnung muss geeignet sein, die gedankliche Verbindung zu einem ganz bestimmten Unternehmen herzustellen.⁴² Zwar sind Fantasiefirmen zulässig, bei der Verwendung von Alltagsbegriffen als Fantasienamen kann es jedoch an der erforderlichen Unterscheidungskraft fehlen.⁴³ Der vorliegende Fall ist ein Grenzfall – einerseits sind „Not“ und „Elend“ Alltagsbegriffe, andererseits kommen sie als zusammengesetzte, feststehende Ausdrucksform einer Fantasiebezeichnung sehr nahe. Als Notar bleibt nur, die Beteiligten bei der Gründung für die Problematik zu sensibilisieren.

b) Gemeinnützige Unternehmergesellschaft

Seit 2013 besteht gemäß § 4 Abs. 2 GmbHG die Möglichkeit, dass eine GmbH, die ausschließlich und unmittelbar steuerbegünstigte Zwecke nach den §§ 51 bis 68 AO verfolgt, die Abkürzung „gGmbH“ in ihrer Firma verwendet.⁴⁴ Eine entsprechende Parallelregelung in § 5a GmbHG für die Unternehmergesellschaft hat der Gesetzgeber nicht geschaffen. Es stellte sich also die Frage, ob § 5a Abs. 1 GmbHG und § 4 Satz 2 GmbHG zusammen gelesen werden können und somit auch die Firmierung als „gUG“ möglich ist, einer gemeinnützigen Unternehmergesellschaft, oder ob der Gemeinnützigkeitszusatz die Errichtung einer „vollwertigen“ GmbH voraussetzt. Teilweise wurde im Schrifttum davon ausgegangen, dass die Firmierung als „gUG“ unzulässig sei.⁴⁵ Der BGH hat nun erfreulicherweise Klarheit geschaffen und geurteilt, dass auch einer Unternehmergesellschaft (die in der Sache eine GmbH mit weniger Stammkapital ist), den Gemeinnützigkeitszusatz verwenden und als „gUG“ firmieren darf.⁴⁶

41 MünchKomm-HGB/Heidinger, § 17 Rdnr. 23; BeckOGK-HGB/Lüken/Natzel, Stand: 15.11.2019, § 18 Rdnr. 74.

42 *Krafka*, Registerrecht, 11. Aufl. 2019, Rdnr. 220.

43 MünchKomm-HGB/Heidinger, § 18 Rdnr. 37.

44 Eingeführt durch das Gesetz zur Stärkung des Ehrenamtes (Ehrenamtsstärkungsgesetz) vom 21.3.2013, BGBl. I, S. 556.

45 Roth/Altmeppen/Altmeppen, GmbHG, 9. Aufl. 2019, § 5a Rdnr. 7; Henssler/Strohn/Schäfer, Gesellschaftsrecht, § 5a GmbHG Rdnr. 13; BeckOK-GmbHG/Miras, Stand: 1.5.2020, § 5a Rdnr. 52; MünchKomm-GmbHG/Heinze, 3. Aufl. 2018, § 4 Rdnr. 18a.

46 BGH, Beschluss vom 28.4.2020, II ZB 13/19, NJW 2020, 2035.

Auch diese Entscheidung ist zu begrüßen. Die Unternehmergesellschaft ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung, die lediglich das in § 5 Abs. 1 GmbHG geforderte Mindeststammkapital nicht erreicht. Es gibt in der Sache kein Differenzierungskriterium, warum der UG der Gemeinnützigkeitszusatz verwehrt werden sollte. Die Verfolgung von gemeinnützigen Zwecken steht nicht im Zusammenhang mit der Höhe des Stammkapitals. Die Besonderheiten der UG manifestieren sich vielmehr in besonderen Vorschriften zum Gläubigerschutz, der aber auch bei Führung des Zusatzes „gUG“ gleichermaßen gewährleistet werden kann.

3. Gesellschafterliste

Eine Entscheidung betrifft die Aufnahme einer Veränderungsspalte in die Gesellschafterliste, andere Entscheidungen befassen sich mit der grundlegenden Frage, ob auch eine materiellrechtlich inhaltsgleiche Liste eingereicht werden kann, die lediglich der Ergänzung der nach § 40 Abs. 1 GmbHG n. F. erforderlichen Angaben dient.

a) Fehlen einer Veränderungsspalte

Das OLG Hamm hatte sich jüngst mit der Frage zu befassen, ob das Fehlen einer Veränderungsspalte der Aufnahme der eingereichten Gesellschafterliste in das Handelsregister auch dann entgegensteht,⁴⁷ wenn es sich nicht um eine Bereinigungsliste im Sinne des § 1 Abs. 4 GesLV handelt.⁴⁸ Die neu in der GesLV geregelte Bereinigungsliste und die dafür vorgesehene Veränderungsspalte bereiten der Praxis noch gewisse Schwierigkeiten. Gemäß § 2 Abs. 1 GesLV werden Veränderungen nach § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG nach Maßgabe der Abs. 2-4 in eine Veränderungsspalte eingetragen. Gemäß § 2 Abs. 2 GesLV sind in den Fällen des § 1 Abs. 4 GesLV (Bereinigungsliste) die Änderungen in die Veränderungsspalte aufzunehmen. § 2 Abs. 3 GesLV sieht vor, dass Veränderungen, die dort genannt sind (Teilung, Zusammenlegung bzw. Einziehung von Geschäftsanteilen, Kapitalerhöhung, Kapitalherabsetzung und Anteilsübertragung) in die Veränderungsspalte eingetragen werden „sollten“. Nicht in § 2 Abs. 3 GesLV genannte Veränderungen „können“ gemäß § 2 Abs. 4 GesLV in die Veränderungsspalte eingetragen werden. Sinn und Zweck der Veränderungsspalte ist es, die historische Entwicklung der Beteiligung seit der zuletzt im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste nachzuzeichnen.

Aus der Gesetzesbegründung geht deutlich hervor, dass der differenzierende Wortlaut „ist (...) einzutragen“ (§ 2 Abs. 2 GesLV) und „sollte eingetragen werden“ (§ 2 Abs. 3 GesLV) bewusst gewählt wurde und abgesehen von der Pflicht in § 2 Abs. 2 GesLV eine weitergehende Pflicht nicht statuiert werden sollte, sondern lediglich das Ermessen des Listenerstellers in eine bestimmte Richtung gelenkt werden sollte.⁴⁹ Dem hat sich die Rechtsprechung bereits kurz nach Inkrafttreten

47 OLG Hamm, Urteil vom 6.4.2020, 27 W 26/20, GmbHR 2020, 708, 709.

48 Verordnung über die Ausgestaltung der Gesellschafterliste (Gesellschafterlistenverordnung – GesLV) vom 20.6.2018, BGBl. I, S. 870. Kritisch zur GesLV *Miller*, NJW 2018, 2518 ff.

49 BR-Drucks. 105/18, S. 10.

der GesLV angeschlossen.⁵⁰ Es überrascht deshalb, dass das Registergericht in dem Fall, der der aktuellen Entscheidung des OLG Hamm zugrunde lag, die Aufnahme einer Liste mit der Begründung abgelehnt hat, dass die Formulierung „sollte eingetragen werden“ in § 2 Abs. 3 GesLV als „ist einzutragen“ gemeint sei.⁵¹ Das ist schon mit Blick auf die Gesetzesbegründung offensichtlich unzutreffend. Es ist deshalb zu begrüßen, dass die Beschwerde erfolgreich war und das Gericht bestätigt, dass die Formulierung „sollte“ zu einem gebundenen Ermessen des jeweiligen>Listenerstellers führt – in diesem Fall des Notars. Das Gericht stellt zudem klar, dass eine Überprüfung der Ermessensausübung des Notars durch das Registergericht ausscheidet. Eine Begründung der Ermessensausübung des Notars sei ebenfalls nicht erforderlich. Das Gericht dürfe davon ausgehen, dass der Notar die Entscheidung als öffentlicher Amtsträger rechtmäßig getroffen habe.⁵²

Es bleibt dem>Listenersteller (Geschäftsführer oder Notar) freilich unbenommen, freiwillig eine Veränderungsspalte aufzunehmen (§ 1 Abs. 4 GesLV), um so zu einer Erhöhung der Übersichtlichkeit der Gesellschafterliste beizutragen.

b) Neue Gesellschafterliste ohne Veränderung im Gesellschafterbestand

Gleich zwei Entscheidungen befassen sich aus unterschiedlichem Blickwinkel mit der Frage, wann eine neue Gesellschafterliste eingereicht werden kann, ohne dass sich eine Veränderung im Gesellschafterbestand oder Umfang der Beteiligung ergeben hat.

aa) Neue Liste bei Widerspruch gegen die vorherige Liste

Im ersten Fall beschlossen die Gesellschafter die Einziehung der Geschäftsanteile zweier Mitgesellschafter und die beteiligten Notare reichten entsprechende Listen zum Handelsregister ein. Beiden Listen ist ein Widerspruch gemäß § 16 Abs. 3 Satz 4 GmbHG zugeordnet. Im weiteren Verlauf reichte ein anderer Notar für die Beteiligten eine neue Gesellschafterliste zur Aufnahme in den Registerordner ein, die bezüglich der materiellrechtlichen Verhältnisse keine Veränderung gegenüber der vorherigen Liste aufweist. Hintergrund war eine Wiederholung des Einziehungsbeschlusses aufgrund eines (angeblich) neuen Einziehungsgrundes. Das Registergericht lehnte die Aufnahme der neuen Gesellschafterliste mit der Begründung ab, dass die neue Liste keine Änderung im Vergleich zur vorherigen Liste aufweise. Der der Liste zugeordnete Widerspruch dürfe nicht dadurch umgangen werden, dass eine neue, inhaltsgleiche Liste eingereicht werde.⁵³

50 KG, Beschluss vom 21.3.2019, 22 W 81/18, DNotZ 2019, 791 m. Anm. S. Freier.

51 OLG Hamm, Urteil vom 6.4.2020, 27 W 26/20, GmbHR 2020, 708, 709.

52 OLG Hamm, Urteil vom 6.4.2020, 27 W 26/20, GmbHR 2020, 708 mit Verweis auf *Wachter*, GmbHR, 2019, 585, 587 und *Freier*, DNotZ 2019, 791.

53 KG, Beschluss vom 18.12.2019, 22 W 91/18, BeckRS 2019, 42647 Rdnr. 3.

Das KG hielt die Beschwerde für unbegründet. Von der formalen Prüfungscompetenz des Registergerichts sei auch umfasst, zu prüfen, ob sich Veränderungen in der Person des Gesellschafters oder dem Umfang der Beteiligung ergeben haben.⁵⁴ Dies sei vorliegend nicht der Fall. Sinn und Zweck der Gesellschafterliste sei, im Hinblick auf die Personen der Gesellschaft und ihre Beteiligung eine höhere Transparenz und Rechtssicherheit zu schaffen. Die Liste diene nicht der Legitimation der zugrunde liegenden materiellrechtlichen Vorgänge, sondern mache diese Vorgänge nach außen hin deutlich.⁵⁵

Zunächst ist die Sorge des Registergerichts, dass die Einreichung der neuen Liste den Widerspruch, der der vorherigen Liste zugeordnet ist, aushebele, nicht begründet. Der Widerspruch behält seine Sperrwirkung nämlich auch dann, wenn eine neue Liste ohne erneuten Widerspruch eingereicht und aufgenommen wird.⁵⁶ Die Beseitigung des Widerspruchs erfordert vielmehr analog § 19 GBO die Bewilligung des Berechtigten.⁵⁷ Ob man die vorliegende Entscheidung für zutreffend hält, hängt vor allem davon ab, ob man der Liste auch eine Aussagekraft darüber beimessen will, zu welchem Zeitpunkt sich eine Veränderung vollzogen hat. Dann wäre die Möglichkeit der Einreichung zweier aufeinander folgender, identischer Listen, deren Aussage auf unterschiedlichen Rechtsakten beruht, zu bejahen.

Auch wenn nach zutreffender herrschender Meinung der Zeitpunkt der Veränderung nicht zwingend in der Gesellschafterliste anzugeben ist,⁵⁸ soll die Liste doch eine möglichst lückenlose, übersichtliche Dokumentation ermöglichen.⁵⁹ Würde man die erneute Einreichung einer Liste mit identischem Gesellschafterbestand nicht zulassen, wenn die Wirksamkeit der vorangehenden Änderung unklar ist, wäre später durchaus mit Verwirrung zu rechnen. Denn dann würde eine Liste mit älterem Aufnahmedatum den Rechtszustand ausweisen, den erst der nach diesem Datum erfolgte – erneute – Einziehungsbeschluss herbeigeführt hätte. Selbst wenn man in der Liste selbst kein Datum der Veränderung oder der Unterzeichnung angibt, so ist der Tag der Aufnahme in den Registerordner aus dem Handelsregister ersichtlich.⁶⁰

Auch der Wortlaut des § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG spricht für die Zulässigkeit der erneuten Listeneinreichung. Denn die Pflicht des Geschäftsführers zur Einreichung knüpft an das

54 KG, Beschluss vom 18.12.2019, 22 W 91/18, BeckRS 2019, 42647 Rdnr. 11.

55 KG, Beschluss vom 18.12.2019, 22 W 91/18, BeckRS 2019, 42647 Rdnr. 12.

56 KG, Beschluss vom 17.5.2013, 12 W 30/12, DNotZ 2013, 796; MünchKomm-GmbHG/*Heidinger*, § 16 Rdnr. 287.

57 KG, Beschluss vom 17.5.2013, 12 W 30/12, DNotZ 2013, 796.

58 *Lutter/Hommelhoff/Bayer*, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 40 Rdnr. 31; MünchKomm-GmbHG/*Heidinger*, § 16 Rdnr. 60; *Baumbach/Hueck/Servatius*, GmbHG, § 40 Rdnr. 4; a. A. *Ulmer/Habersack/Löbbe/Paefgen*, GmbHG, 2. Aufl. 2014, § 40 Rdnr. 29. Während die meisten Autoren eine Zeitangabe der Veränderung für zulässig aber nicht zwingend halten, hält *Scholz/Seibt*, GmbHG, 12. Aufl. 2020, § 40 GmbHG, Rdnr. 38 die Angabe sogar für unzulässig mit dem Argument, sie habe keine rechtliche Bedeutung und könne zu Verwirrungen führen.

59 *Wicke*, GmbHG, § 40 Rdnr. 4.

60 MünchKomm-GmbHG/*Heidinger*, § 40 Rdnr. 60.

Wirksamwerden der Veränderung an. Wirksam wurde im vorliegenden Fall aber möglicherweise erst der zweite Einziehungsbeschluss. Zudem ist Anknüpfungspunkt das Wirksamwerden der Veränderung in der Person des Gesellschafters, nicht die Veränderung im Vergleich zur vorangegangenen, möglicherweise unrichtigen Liste. Die Einreichung zweier aufeinander folgender Listen mit der gleichen Beteiligung muss also jedenfalls dann zulässig sein, wenn das Wirksamwerden der vorangehenden Rechtsänderung unklar ist.

bb) Neue Liste zur Anpassung an geänderte gesetzliche Anforderungen

Im Rahmen der Umsetzung der Vierten EU-Geldwäscherichtlinie wurde § 40 Abs. 1 GmbHG erheblich erweitert.⁶¹ Insbesondere wurde die Verpflichtung aufgenommen, nunmehr auch die prozentuale Beteiligung eines Gesellschafters am Stammkapital in der Liste aufzuführen. Um nicht sofort nach Inkrafttreten einen Ansturm auf die Registergerichte zu verursachen, entschloss sich der Gesetzgeber, vor dem 26.6.2017 eingereichten Listen Bestandsschutz zu gewähren (vgl. § 8 EGGmbHG). Es ist also nicht erforderlich, eine nach altem Recht eingereichte Liste an die Anforderungen des „neuen“ § 40 GmbHG anzupassen.

Ein Anreiz, veraltete Listen zu ersetzen, wurde gleichwohl geschaffen. Die in § 20 Abs. 2 GWG vorgesehene Meldefiktion wird durch die Gesellschafterliste nämlich nur dann erfüllt, wenn die Gesellschafterliste elektronisch abrufbar ist. Noch vorhandene „Altlisten“ in Papierform⁶² können die Meldefiktion nicht erfüllen. Unschädlich für die Meldefiktion gemäß § 20 Abs. 2 GWG ist jedoch, wenn lediglich die Prozentangaben in der Liste fehlen.⁶³ Die Einreichung einer neuen, um die Prozentangaben ergänzten Liste ist also nicht erforderlich, um die Meldefiktion herbeizuführen. Gut möglich ist jedoch, dass den Beteiligten die Rechtsauffassung des Bundesverwaltungsamts hierzu nicht bekannt war oder die Liste vorsorglich eingereicht werden sollte. Teilweise wird nämlich die geäußerte Auffassung des Bundesverwaltungsamts in den FAQ zu den fehlenden Prozentangaben als nicht hinreichend eindeutig und präzise aufgefasst.⁶⁴ Möglich ist zudem, dass gewünscht ist, dass konzernweit einheitlich gestaltete Gesellschafterlisten verwendet werden, sodass die Beteiligten eine Aktualisierung um die Prozentangaben schon aus Gründen der Übersichtlichkeit wünschen.

Das Registergericht Duisburg war – entgegen der herrschenden Meinung⁶⁵ – der Ansicht, § 40 Abs. 1 GmbHG sei dahin

gehend zu verstehen, dass eine Veränderung im Gesellschafterbstand oder im Umfang der Beteiligung eines Gesellschafters nicht lediglich pflichtauslösendes Moment für die Einreichung einer Gesellschafterliste ist, sondern auch unabdingbare Voraussetzung. Eine Einreichung ohne Veränderung sei demnach nicht möglich. Als Begründung wurde darauf rekurriert, dass andernfalls die Pflicht zur Meldung an das Transparenzregister umgangen werde. Dem trat das OLG Düsseldorf zu Recht entgegen und entschied, dass die „anlasslose“ Einreichung einer Gesellschafterliste auch dann zulässig ist, wenn die aktuelle Gesellschafterliste bereits im elektronischen Registerordner aufgenommen ist, jedoch nicht sämtliche Angaben enthält, die nach aktueller Gesetzesfassung erforderlich sind.⁶⁶

Die Entscheidung ist zutreffend und deshalb zu begrüßen. Ein Grundsatz, dass die Einreichung einer neuen Gesellschafterliste eine Veränderung im Sinne des § 40 Abs. 1 GmbHG voraussetzt, lässt sich dem Gesetz ebenso wenig entnehmen wie der Grundsatz, dass eine Gesellschafterliste nur dann zum Registerordner eingereicht werden darf, wenn sie eingereicht werden muss. Sinn und Zweck ist die Herstellung größtmöglicher Publizität der Gesellschafterliste. Dieser Telos wird am besten dadurch erreicht, dass eine Gesellschafterliste stets auf dem aktuellen Stand gehalten wird und zwar nicht nur, was die materiellrechtlichen Veränderungen angeht, sondern auch was die formalen Anforderungen an die Liste angeht. Ein Interesse des Registergerichts, dass ihm nur dann Arbeit bereitet wird, wenn sich eine materiellrechtliche Änderung im Bestand der Gesellschafter oder dem Umfang der Beteiligung ergibt, steht dem nicht entgegen. Wenn der Gesetzgeber die Anforderungen an die Gesellschafterlisten ändert, muss legitimerweise damit gerechnet werden, dass die Gesellschaften ihre Liste an die aktuellen Anforderungen anpassen, auch wenn eine dahin gehende Pflicht nicht besteht. Das Argument, die Meldepflicht zum Transparenzregister werde umgangen, wenn eine Liste eingereicht werde, um lediglich die Meldefiktion herbeizuführen, kann ebenfalls nicht überzeugen.⁶⁷ Der Gesetzgeber wollte mit der Meldefiktion gerade eine Entlastung des Transparenzregisters schaffen.

c) Legitimationswirkung von „Altlisten“

Last but not least: Das KG bringt neuen Schwung in eine alte Diskussion. Seit Inkrafttreten des MoMiG wird darum gerungen, ob eine Veränderung im Gesellschafterbstand, die vor dem 31.10.2008 nach altem Recht lediglich einer Anzeige an die Gesellschaft bedurfte, nach neuem Recht im Rahmen des § 16 Abs. 1 GmbHG auch dann zu beachten ist, wenn zwischenzeitlich keine entsprechend angepasste Gesellschafterliste in das Handelsregister aufgenommen wurde.⁶⁸ Eine BGH-Entscheidung steht bislang aus.⁶⁹ Das OLG Dresden entschied

61 Ausführlich MünchKomm-GmbHG/Heidinger, § 40 Rdnr. 13.

62 Vgl. zur Einreichung einer neuen Gesellschafterliste, wenn bisher lediglich eine Liste in Papierform eingereicht wurde, OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17.4.2020, I-3 Wx 57/20, NJW-RR 2020, 741 ff.

63 So ausdrücklich die FAQ des Bundesverwaltungsamts, Stand: 20.2.2020, 8 Nr. 10 – abrufbar unter: https://www.bva.bund.de/DE/Das-BVA/Aufgaben/T/Transparenzregister/_documents/FAQ_transparenz_kachel.html (zuletzt abgerufen am 5.7.2020).

64 Vgl. zu den verbleibenden Zweifelsfragen Wachter, GmbHR 2020, 703, 707.

65 Lieder/Cziupka, GmbHR 2018, 231; Wachter, GmbHR 2017, 1177; Seibert/Bochmann/Cziupka, GmbHR 2017, 1128, 1129.

66 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 30.4.2020, 3 Wx 28/19, GmbHR 2020, 703.

67 So auch Wachter, GmbHR 2020, 703, 706.

68 Zum Streitstand: MünchKomm-GmbHG/Heidinger, § 16 Rdnr. 119; Wicke, GmbHG, § 16 Rdnr. 2 m. w. N. Ausführlich auch schon DNotI-Report 2008, 185 ff.

69 Ausdrücklich offengelassen von BGH, Urteil vom 18.9.2018, II ZR 312/16, DNotZ 2019, 118 Rdnr. 28.

kürzlich, dass ausschließlich auf die materielle Rechtslage abzustellen sei. Eine einmal begründete Gesellschafterstellung dürfe durch eine Gesetzesänderung nicht beeinträchtigt werden. Ansonsten liege ein Verstoß gegen das verfassungsrechtliche Rückwirkungsverbot vor.⁷⁰

Das KG tritt dem nun entgegen und geht in seiner Entscheidung davon aus, dass die Regelung des § 16 Abs. 1 GmbHG auch dann greife, wenn die Gesellschafterstellung bereits vor Inkrafttreten des MoMiG materiellrechtlich begründet, die Liste aber nicht aktualisiert wurde.⁷¹ Dies gelte „jedenfalls soweit das Registerverfahren betroffen ist“.⁷² Argumentiert wird maßgeblich mit dem Sinn und Zweck des § 16 Abs. 1 GmbHG, eine lückenlose Nachvollziehbarkeit des Gesellschafterbestands zu gewährleisten. Eine unterschiedliche Behandlung von „Altlisten“ sei nicht gerechtfertigt.⁷³ Auch die verfassungsrechtlichen Bedenken des OLG Dresden teilt das KG nicht. Es handele sich nur um eine „unechte Rückwirkung“, da die betroffene Rechtsposition „nachträglich entwertet“ (sic!) würde.⁷⁴ Zuzugeben ist dem KG jedenfalls, dass dem Gesellschafter die materielle Rechtsposition nicht genommen, sondern lediglich gefordert wird, die Aufnahme einer aktualisierten Gesellschafterliste zu bewirken.

70 OLG Dresden, Beschluss vom 1.6.2016, 17 W 289/16, RNotZ 2017, 322.

71 KG, Beschluss vom 20.8.2019, 22 W 1/18, NZG 2020, 235 Rdnr. 16.

72 KG, Beschluss vom 20.8.2019, 22 W 1/18, NZG 2020, 235 Rdnr. 15.

73 KG, Beschluss vom 20.8.2019, 22 W 1/18, NZG 2020, 235 Rdnr. 19.

74 KG, Beschluss vom 20.8.2019, 22 W 1/18, NZG 2020, 235 Rdnr. 23.

Für die Praxis bleibt es jedenfalls bis zur Klärung durch den BGH spannend. Trotz Zulassung der Rechtsbeschwerde durch das KG wurde die Entscheidung rechtskräftig. Das ist durchaus erstaunlich. Vorsorglich sollte in der Praxis stets eine aktualisierte Gesellschafterliste nach neuem Recht eingereicht werden, bevor ein entsprechender Gesellschafterbeschluss gefasst wird. Denn nach Auffassung des KG sind Beschlüsse bis zur Einreichung einer aktualisierten Liste schwebend und – sollte die Einreichung nicht unverzüglich erfolgen – endgültig unwirksam.

III. Ausblick

Die Pandemiegesetzgebung hat der gesellschaftsrechtlichen Diskussion in der Literatur einen ungeahnten Schub verliehen. Während spektakuläre BGH-Entscheidungen im Gesellschaftsrecht in diesem Jahr ausblieben, klärten die Oberlandesgerichte einige für die Praxis interessante Rechtsfragen. Rechtsprechung zum MaßnG-GesR liegt – soweit ersichtlich – bislang nicht vor. Das wird sich im kommenden Jahr mit Sicherheit ändern, wenn die ersten Fälle zu den Gerichten kommen. Es bleibt zu hoffen, dass die Gerichte mit dem nötigen Fingerspitzengefühl vorgehen und berücksichtigen, dass sowohl die Gesetze mit heißer Nadel gestrickt waren als auch, dass die Gesellschaften kaum Zeit hatten, sich auf die Entwicklungen vorzubereiten.

BUCHBESPRECHUNGEN

Manfred Bengel/Wolfgang Reimann:

Handbuch der Testamentsvollstreckung

7. Aufl., C. H. Beck, 2020. 942 S., 129 €

Von Notar Dr. **Georg Westermeier**, München

Um lästige Wiederholungen zu vermeiden, wird auf die letzte Buchbesprechung zur fünften Auflage in MittBayNot 5/2014 verwiesen. Das grundsätzlich zu diesem Werk, das nach wie vor unter der Rubrik eines Handbuches erscheint, Gesagte, insbesondere zu den Gestaltungs- und Formulierungshilfen, zu dessen Leser- und Adressatenkreis, zur praktischen Anwendung und zum dogmatischen Tiefgang gilt für die siebte Auflage unverändert fort, die seither um 99 Seiten angewachsen ist. Auch das durchaus statische Rechtsgebiet der Testamentsvollstreckung – die wenigen Paragraphen im BGB bestehen seit alters her nahezu unverändert fort – kann sich der allgemeinen dynamischen Rechtsentwicklung nicht ganz verschließen. So ist das Kapitel über die internationale Testamentsvollstreckung (§ 9) deutlich angewachsen. Es reicht von Fragen zur Qualifikation der Testamentsvollstreckung (§ 9 Rdnr. 2 f.), zur Abgrenzung von Erbstatut und Formstatut (§ 9 Rdnr. 72 f.), zum Statutenwechsel (§ 9 Rdnr. 50 ff.), über die Kollision des Erbstatuts zu anderen Statuten wie insbesondere zum Sachenrechtstatut – hier wurde in letzter Zeit (EuGH, Urteil vom 12.10.2017, C-218/16, NJW 2017, 3767) diskutiert, inwiefern dem Vermächtnis unmittelbar dingliche Wirkung (sog. Vindikationslegat) zukommt – und dem Gesellschaftsstatut (Streit zwischen der Sitztheorie [BGH, Urteil vom 30.1.1970, V ZR 139/68, BGHZ 53, 181] und der Gründungstheorie [EuGH, Urteil vom 9.3.1999, Centros, C-212/97, NJW 1999, 2027; Urteil vom 5.11.2002, Überseering, C-208/00, NJW 2002, 3614; Urteil vom 30.9.2003, Inspire Art, C-167/01, NJW 2003, 3331]), ferner über die einzelnen Länderberichte, die Ausführungen (§ 9 Rdnr. 416 ff.) zum US-amerikanischen Recht des Trusts miteingeschlossen, bis zum internationalen Verfahrensrecht im Erbschaftsverfahren und zur Beantragung eines Eigenrechts- oder eines Fremdrechts-testamentsvollstreckerverzeugnisses. Praxistauglich schließt dieses Kapitel mit einer Checkliste für Fälle mit Auslandsberührung und einem Formulierungsvorschlag für eine Rechtswahl nach Artikel 25 Abs. 2 EGBGB.

Weiteres Highlight der siebten Auflage ist der von Prof. Dr. *Piltz* und Dr. *Holtz* im achten Kapitel gestaltete steuerrechtliche Teil, der der durchaus komplexen steuerrechtlichen Stellung des Testamentsvollstreckers Rechnung trägt; es dient der zuverlässigen Information nicht nur für den Vertragsgestalter, sondern für den Testamentsvollstrecker selbst, um Haftungsrisiken in diesem Bereich zu vermeiden.

Auch wenn der Versicherungsschutz der Notare bekanntlich die aufsichtlich genehmigungsfreie Tätigkeit des Testamentsvollstreckers mitabdeckt, so soll dieses Handbuch jedem Testamentsvollstrecker ein ständiger Begleiter sein, nämlich einerseits als Pflichtenheft und andererseits Hilfestellung für die Beantwortung jeglicher Frage im Zusammenhang der Ausübung des durchaus haftungsträchtigen Testamentsvollstreckeramtes. Nicht sehr bekannt in diesem Zusammenhang, aber ausführlich dargestellt ist etwa die Möglichkeit der Außerkraftsetzung von Erblässanordnungen durch das zuständige Nachlassgericht (§ 2216 Abs. 2 Satz 2 BGB – § 4 Rdnr. 37 ff.).

Unter notariellen Gesichtspunkten sind besonders interessant die Ausführungen von Dr. *Dietz* zu § 1 über die Grundlagen des Testamentsvollstreckerrechtes und die Ausformulierung von Testamentsvollstreckeranordnungen, die Darstellungen von Prof. Dr. *Reimann* in § 2 mit zahlreichen Vorschlägen über die Anordnung der Testamentsvollstreckung und die Einsetzung des Testamentsvollstreckers in allen denkbaren in der Praxis vorkommenden Varianten sowie die Ausführungen von *Klinger* und Dr. *Dietz* in § 7 über die Beendigung der Testamentsvollstreckung insbesondere mit zahlreichen formellrechtlichen Fragestellungen einschließlich mit Formulierungsvorschlägen etwa für eine Freigabeerklärung (§ 7 Rdnr. 116) und für einen Löschungsantrag infolge Veräußerung eines Nachlassgrundstückes (§ 7 Rdnr. 122). Die neueste Rechtsprechung ist, soweit ersichtlich, bis zum Redaktionsschluss mitberücksichtigt worden (vgl. etwa § 2 Rdnr. 267: OLG Braunschweig, Beschluss vom 12.2.2019, 1 W 19/17, FGPrax 2019, 83 zur Amtsannahmebestätigung des Testamentsvollstreckers; § 7 Rdnr. 161: OLG München, Beschluss vom 30.1.2019, 34 Wx 181/18, DNotZ 2020, 41 zur Löschung des Testamentsvollstreckervermerks infolge vollständiger Aufgabenerledigung).

Praxisrelevant und auch für Notare besonders wichtig sind die Ausführungen von Dr. *Schaub* über die Ausführung der Testamentsvollstreckung im Normalfall und in besonderen Fällen, aber auch der Abschnitt über Testamentsvollstreckung und Stiftungsrecht – von Todes wegen kann eine Stiftung nur über einen Testamentsvollstrecker errichtet werden – verfasst von Dr. *Pauli*. Die Ausführung von Dr. *Pauli* in § 6 Rdnr. 23 ff. zu Fragen der Substitution und seiner Mahnung an den Testamentsvollstrecker, zurückhaltend mit der Erteilung einer Generalvollmacht zu sein, werden zuweilen relativiert durch den Beschluss des KG vom 13.11.2018 (1 W 323/18, MittBayNot 2019, 273 ff. m. Anm. *Reimann*).

Auch hat leider die Covid 19-Pandemie Einzug gehalten (§ 4 Rdnr. 25a zum Widerstreit zwischen der persönlichen und wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit und der Pflicht zum raschen Handeln; § 5 Rdnr. 556 i. V. m. § 12 Rdnr. 65 ff. zur Berücksichtigung der aktuellen Covid-19-Gesetzgebung; § 5 Rdnr. 608a ff. zur Vermögensanlage in Krisenzeiten).

Angesichts der einhergehenden wirtschaftlichen Entwicklung wird dem Schutz des Nachlasses vor dem Gläubigerzugriff durch die Anordnung einer Testamentsvollstreckung (§ 1 Rdnr. 216 ff.) einen breiteren Anwendungsbereich erhalten.

Neu hinzugekommen ist ein von Prof. Dr. Haas, einem international anerkannten Experten für Schiedsgerichtsbarkeit, ver-

antworteter Abschnitt über die Schiedsgerichtsbarkeit im Testamentsvollstreckerrechth (§ 5 Rdnr. 481 ff.).

Auch wenn Notar a. D. Prof. Dr. Bengel nur noch Mitherausgeber dieser Ausgabe ist, ist es schön, dass er gewissermaßen als Spiritus Rector erhalten geblieben ist.

Als Fazit bleibt zu konstatieren, dass der siebten Auflage dieses „Handbuches“ jedem, der mit der Gestaltung oder Ausführung einer Testamentsvollstreckung befasst ist, dieses Werk eine exzellente und verlässliche Hilfe darstellt.

Gabriele Müller-Engels/Robert Sieghörtner/Nicole Emmerling de Oliveira:

Adoptionsrecht in der Praxis – einschließlich Auslandsbezug

4. Aufl., Gieseking, 2020. 234 S., 49 €

Von Richter am KG Dr. **Martin Menne**, Berlin

Auch wenn die Zahl der Adoptionen in den letzten Jahren stark zurückgegangen ist – während im Jahr 1991 noch etwa 7.100 Kinder und Jugendliche adoptiert wurden, wurden annähernd dreißig Jahre später, im Jahr 2018, lediglich noch ca. 3.700 Minderjährigenadoptionen ausgesprochen –, geht bei der Adoption am Notar kein Weg vorbei. Denn die Notarin, der Notar beraten den Annehmenden umfassend und beurkunden seinen Adoptionsantrag sowie alle weiteren, eventuell erforderlichen Erklärungen. Von daher verwundert es nicht, dass der vorliegende Band von einem Notar und zwei leitenden Mitarbeiterinnen des DNotI verfasst wurde. Dabei ist der Zeitpunkt der Neuauflage gut gewählt: Denn mit dem neuen § 1766a BGB hat der Gesetzgeber kürzlich die Entscheidung des BVerfG zur Frage der Stiefkindadoption in nichtehelichen Lebensgemeinschaften¹ umgesetzt und eine Annahme des Kindes des nichtehelichen Lebenspartners ermöglicht, ohne dass das Verwandtschaftsverhältnis des Kindes zu dem in Partnerschaft lebenden Elternteil erlischt. In diesem Zusammenhang wurde auch die international-privatrechtliche Anknüpfung der Adoption nach Art. 22 Abs. 1 EGBGB vom Gesetzgeber überarbeitet. Schließlich besteht mit der Öffnung der Ehe für Personen des gleichen Geschlechts jetzt zudem die Möglichkeit, dass gleichgeschlechtliche Ehegatten gemeinschaftlich ein fremdes Kind adoptieren oder eine Stiefkindadoption durchführen; eine Möglichkeit, die insbesondere bei miteinander verheirateten Frauen, von denen eine sich einer medizinisch assistierten Fortpflanzungsbehandlung unterzogen hat, praktische Bedeutung erlangt. Weiter ist zu berücksichtigen, dass in Fällen, in denen das Kind im Ausland

durch eine Leihmutter geboren wurde, genetisch aber mit einem Wunscheltern teil verwandt ist, für den anderen, nicht verwandten Wunscheltern teil nicht selten das Bedürfnis einer Stiefkindadoption des auf diese Weise ausgetragenen Kindes auftritt. Schließlich liegt der Entwurf des Adoptionshilfe-Gesetzes vor, durch den sich weitreichende Änderungen bei der Adoptionsvermittlung ergeben werden und mit dem Auslandsadoptionen ohne Begleitung durch eine Adoptionsvermittlungsstelle untersagt werden sollen: Das Gesetz ist vom Deutschen Bundestag im Sommer 2020 zwar verabschiedet worden, aber der Bundesrat hat die Zustimmung versagt, so dass das Gesetz bislang nicht inkraft treten konnte. Nimmt man jetzt noch die seit der Voraufgabe ergangene Rechtsprechung und neue Literatur hinzu, die einzuarbeiten waren, liegen genügend Gründe vor, die eine Neubearbeitung des Bandes rechtfertigen.

Auch in der Neuauflage bietet das Werk unverändert eine umfassende, gelungene Gesamtdarstellung des Adoptionsrechts. Es richtet sich, dem Vorwort zufolge, in erster Linie an die Notarin bzw. den Notar, die Adoptionsanträge und Einwilligungen beurkunden, aber auch an den Richter, der über Adoptionen entscheidet, sowie an Rechtsanwälte, die die Mandatschaft in Adoptionssachen beraten wollen.

Tatsächlich hat der Band den Nutzerinnen und Nutzern einiges zu bieten: Erste Grundlagen werden in der Einleitung gelegt, in der die Adoptionspraxis und die Entwicklung des Adoptionsrechts des BGB dargestellt werden und das Rechtsinstitut abgegrenzt wird. Aufgrund der aktuellen, europaweit festzustellenden Tendenz, anstelle einer Adoption auf fortpflanzungsmedizinische Maßnahmen, insbesondere auf im Aus-

¹ Beschluss vom 26.3.2019, 1 BvR 673/17, FamRZ 2019, 1061.

land durchgeführte Leihmutterchaften, zurückzugreifen, wäre es schön gewesen, wenn im Band die Wechselwirkungen, praktischen Zusammenhänge und Probleme etwa in Konstellationen, in denen der genetisch nicht verwandte Wunschelternteil mittels der Adoption eine familienrechtliche Verbindung zu dem durch eine Leihmutter geborenen Kind herstellen will, stärker thematisiert würden: Das betrifft die Abgrenzung der Rechtsinstitute (Rdnr. 19 ff.), insbesondere aber auch eventuelle Besonderheiten, wenn eine Anerkennung der im Ausland erfolgten Zuordnung des durch eine Leihmutter geborenen Kindes zu den inländischen Wunscheltern scheitert und auf eine Adoption des auf diese Weise gezeugten Kindes zurückgegriffen werden soll bzw. muss. (Rdnr. 75, 200): Zu überlegen wäre, ob derartige Fragen nicht in einem eigenen Abschnitt zusammengefasst vertieft behandelt werden könnten.

Besonders gut gelungen sind auch die weiteren Abschnitte des Bandes: Die Voraussetzungen der Minderjährigen- und der Volljährigenadoption, ihre Wirkungen sowie die Möglichkeiten, eine ausgesprochene Adoption wieder aufheben zu lassen, werden ausführlich, mit zahlreichen Fundstellen unterlegt, erörtert. Sehr zu begrüßen ist, dass im Abschnitt zu den Verfahrensfragen nicht nur auf das gerichtliche Verfahren, sondern auch auf das Verfahren der Adoptionsvermittlungsstellen eingegangen wird (Rdnr. 182 ff.). Die Darstellung ist dabei mit zahlreichen Musterfällen sowie statistischen Daten angereichert, die dazu beitragen, den Stoff besser fassbar und „plastischer“ zu machen; zusätzlich sind den meisten Abschnitten kurze Literaturübersichten beigegeben, anhand derer die Thematik weiter vertieft werden kann.

Ein klarer Schwerpunkt des Bandes, der besonders zu seiner Qualität beiträgt, ist die ausführliche Darstellung von Adoptionen mit Auslandsbezug; wenn also bei einer im Inland durchgeführten Adoption ausländische Staatsangehörige beteiligt

sind, oder – in der Praxis weitaus bedeutsamer – wenn es darum geht, eine im Ausland ausgesprochene Adoption im Inland anerkennen zu lassen.² Der Praktiker findet hier eine ausführliche, insgesamt sehr gelungene Gesamtdarstellung grenzüberschreitender Adoptionen und der vielfältigen, in diesem Zusammenhang möglichen „Problemlagen“ und „Untiefen“, die es schon im Vorfeld, durch sorgfältige Beratung und Aufklärung seitens der Notarin oder des Notars, zu vermeiden gilt.

Für den Berater außerordentlich wichtig ist schließlich die ausführliche Darstellung der weiteren Folgen und Rechtswirkungen einer Adoption im Staatsangehörigkeits- und Aufenthaltsrecht, bei der Namensführung, im Erbrecht, und, besonders im Hinblick auf Volljährigenadoptionen vielfach von Interesse, im Steuerrecht: In den fast 60 Seiten dieses Abschnitts finden sich wertvolle Hinweise auf das „Umfeld“ einer Adoption sowie Antworten auf in der Beratungssituation von der Mandatschaft voraussichtlich zu erwartende Fragen. Abgerundet wird das Ganze durch einen umfangreichen, über 25 Seiten starken „Formularteil“, in dem sich zahlreiche, durch einige Fußnoten kommentierte, ausgesprochen nützliche Muster für notarielle Adoptionsanträge, Einwilligungen und sonstige, im Zusammenhang mit einer Adoption vorkommende, notariell zu beurkundende Erklärungen finden.

„Unter dem Strich“: Gerade weil Adoptionen heute nicht mehr so häufig vorgenommen werden, ist der Berater auf Unterstützung und sachgerechte Hilfestellung angewiesen, die er in dem schönen, empfehlenswerten Band von *Gabriele Müller-Engels*, *Nicole Emmerling de Oliveira* und *Robert Sieghörtner* umfassend zusammengetragen findet. Dem Werk gebührt eine unbedingte Empfehlung.

² Vgl. zur aktuellen Statistik *Schlauß*, ZKJ 2018, 214, 217 f.

Rembert Süß (Hrsg.):

Erbrecht in Europa

4. Aufl., ZErB, 2020. 1.687 S., 169 €

Von Notar Dr. **Benedikt Selbherr**, Weilheim i. OB

Seit der Voraufgabe dieses Standardwerks zum internationalen Erbrecht sind fünf Jahre vergangen, die durch die ersten praktischen Erfahrungen mit der EuErbVO geprägt waren.

Das Werk hält an seinem Grundkonzept einer Aufteilung in einen Allgemeinen Teil und in nunmehr 49 Länderberichte zu den Erbrechtsordnungen aller europäischen Länder fest.

Die Länderberichte entsprechen in Anzahl, Auswahl, Struktur und Schwerpunktsetzung im Wesentlichen der Voraufgabe: Dargestellt werden grundsätzlich das internationale und materielle Erbrecht sowie Erbverfahrensrecht und Grundzüge des Erbschaftsteuerrechts des entsprechenden Landes.

Zusätzlich aufgenommen wurde ein Bericht über das Erbrecht der Balearen (*Steinmetz/Huzel/García Alcázer*), denn Spanien ist in erbrechtlicher Hinsicht ein Mehrrechtsstaat, und auf den Balearen hat bekanntermaßen eine nicht unerhebliche Anzahl Deutscher ihren gewöhnlichen Aufenthalt genommen (von denen nicht alle eine Rechtswahl zugunsten ihres Heimatrechts getroffen haben dürften). Mit Katalonien ist eine weitere Teil-erbrechtsordnung Spaniens vertreten. Die Berichte sind der praktischen Bedeutung der jeweiligen Erbrechtsordnung für den deutschen Notar entsprechend sinnvoll gewichtet mit gewissen Schwerpunkten bei Italien (*Wiedemann/Pertot/Ballerini*), Spanien (*Steinmetz/Huzel/García Alcázer*), Frankreich (*Döbereiner*) und Großbritannien (*Odersky*), aber auch bei der Schweiz (*Wolf/Dorjee-Good*) und Österreich (*Haunschmidt*). Viele Leser werden ihre „eigene“ ausländische Rechtsordnung haben, in die sie sich aus verschiedenen Gründen hineingedacht haben. Dem hier herausgegriffenen Teil zum gemeinspanischen Recht (*Steinmetz/Huzel/García Alcázer*) kann eine umfassende und sorgfältige Darstellung der dortigen Erbrechtslage attestiert werden, auch wenn (noch?) nicht auf alle der sieben Erbrechtsordnungen Spaniens vertieft eingegangen wird – von weiteren lokalen erbrechtlichen Gewohnheitsrechten ganz abgesehen. Mag auch die Prägung der Lebensverhältnisse in Deutschland immer internationaler werden – die meisten Notare werden sich in ihrer Beratungspraxis nicht allzu häufig vertieft mit dem materiellen Erbrecht anderer Länder zu befassen haben, und seit Inkrafttreten der EuErbVO auch weniger mit dem Kollisions(erb-)recht anderer europäischer Länder. Die Länderberichte werden daher wohl eher

von Spezialisten zurate gezogen. Sie bieten dem Interessierten gleichwohl einen faszinierenden Einblick in die Vielfalt europäischer Erbrechtskultur. Gar nicht uninteressant ist in diesem Zusammenhang auch die (für den Verständnishorizont des Außenstehenden verfasste) Darstellung des Länderberichts für Deutschland.

Die Anschaffung der Neuauflage lohnt sich indes ganz unabhängig von den Länderberichten bereits wegen des Allgemeinen Teils (*Süß/Meyer*), der eine aktuelle, praxisnahe und verständliche Zusammenfassung der nach wie vor komplexen Materie des internationalen Erbrechts in Europa bietet, und zwar einschließlich einer instruktiven Darstellung der Grundzüge des deutschen internationalen Erbschaftsteuerrechts (*Reich/Voß*). Lag die Stärke dieses Allgemeinen Teils schon bislang in seiner klaren, prägnanten und mit Beispielen veranschaulichten Darstellung, so zeichnete sich die Neuauflage vor allem, aber nicht nur, durch eine Auswertung der bisherigen Rechtsprechung des EuGH und deutscher Instanzgerichte zur EuErbVO aus. Beispielhaft hingewiesen sei im Rahmen der Abgrenzung des Erbstatus zu anderen Statuten auf die instruktiven Ausführungen zu den praktischen Konsequenzen der eher unglücklichen „Mahnkopf“-Entscheidung des EuGH¹ für die Qualifikation von § 1371 Abs. 1 BGB (§ 3 Rdnr. 93 ff.) sowie zur dinglichen Wirkung von Vindikationslegaten nach der „Kubicka“-Entscheidung des EuGH (§ 3 Rdnr. 110 ff.).² Wer sich unter Zeitdruck in die Systematik des internationalen Erbrechts unter dem Regime der EuErbVO bzw. des internationalen Erbrechts einarbeiten will oder muss, wird hier nach wie vor gut bedient.

Die mitgelieferte CD-ROM bietet umfangreiches Material, insbesondere Gesetzestexte zu ausländischen Erbrechtsordnungen. Hilfreich mag im Einzelfall sicher auch der unter dem Stichwort „Internationales Erbrecht vor der EuErbVO“ beige-fügte Allgemeine Teil des besprochenen Werks aus der zweiten Auflage von 2008 sein. Die Anschaffung auch der Neuauflage als praktisches Hilfsmittel für den notariellen Alltag kann einschränkungslos empfohlen werden.

1 Urteil vom 1.3.2018, C-558/16, DNotZ 2018, 785.

2 Urteil vom 12.10.2017, C-218/16, DNotZ 2018, 33.

Hartmut Wicke:

GmbHG

4. Aufl., C. H. Beck, 2020. 788 S., 69 €

Von Notarassessor **Christoph Aumann**, LL.M. (London), Maître-en-droit (Paris), Dachau

Der in der Reihe Beck'sche Kompakt-Kommentare erscheinende Kommentar zum GmbHG ist in der vierten Auflage ein fester Bestandteil der Literatur zum GmbH-Recht. Seine Beliebtheit hat mehrere gute Gründe, die nicht nur in der durch zahlreiche weitere Veröffentlichungen (zuletzt etwa: Die GmbH in Zeiten der Corona-Pandemie, NZG 2020, 501) weithin bekannten Expertise des Autors bestehen: Da ist zum einen die gute Zugänglichkeit des Werks. Die übliche, nach den einzelnen Vorschriften aufgebaute Kommentarstruktur wird ergänzt durch bereits im Inhaltsverzeichnis kenntlich gemachte und damit schnell auffindbare Anhänge zu einzelnen, nicht einer Vorschrift eindeutig zuordenbaren Rechtsbereichen wie etwa der Gesellschafterdarlehen als Anhang zu § 30. Der Kommentierung einiger Vorschriften ist eine Gliederungsübersicht vorangestellt, was bei Kommentaren im Kompaktformat oft nicht Standard ist und möglicherweise auch hier bei noch mehr Vorschriften wünschenswert gewesen wäre. Ein ausführliches Stichwortverzeichnis schließt das Werk ab.

Dass sich der Kommentar gerade für den ersten Schnellzugriff gut eignet (der zu diesem Zeitpunkt im GmbH-Recht noch unbeschlagene Verfasser dieser Zeilen lernte dies bereits mittels einer Voraufgabe im Großkanzlei-Praktikum im dritten Studiensemester zu schätzen), liegt aber nicht nur an dessen Aufbau, sondern auch und gerade am Inhalt. So fällt auf, dass die alleinige Autorenschaft des Herausgebers Redundanzen vermeidet, einen einheitlichen Stil gewährleistet und vor allem Widersprüche ausschließt. Was an einer Stelle des Kommentars vertreten wird, wird nicht an anderer Stelle widerlegt. Und obwohl der Kommentar ein schlankes Format aufweist, ist er bei weitem kein Leichtgewicht. Allein der Umfang der (in amerikanischer Zitierweise) referenzierten Rechtsprechung und Literatur erstreckt jeden Anschein nur oberflächlicher Durchdringung im Keim und gibt dem Leser die Möglichkeit, bei Bedarf tiefergehend zu recherchieren. Gerade im Bereich der auf dem

Rückdeckel des Buches ausgewiesenen drei Schwerpunkte Kapitalaufbringung und -erhaltung, Liste der Gesellschafter und Haftung der Geschäftsführer ist das Werk in Ausführlichkeit und Tiefe der Kommentierung deutlich dickeren Kommentaren oft ebenbürtig. Als Beispiele seien genannt die Kommentierung der Frage, wann im Rahmen des § 30 GmbHG eine Leistung an einen Dritten als Leistung an den Gesellschafter gilt (§ 30 Rdnr. 16 f.) oder zur Frage, welcher Notar zur Einreichung der Gesellschafterliste zuständig ist, wenn an einem Vorgang wie etwa an einer Kapitalerhöhung mehrere Notare beteiligt sind (§ 40 Rdnr. 14a). Dass das Werk dabei nicht nur für die Mitarbeiter, sondern auch den Notar selbst eine gute Informationsquelle sein kann, zeigt auch die prägnante Kommentierung der Frage der Behandlung einer erfolgten Voreinzahlung auf die künftige Einlagenschuld bei der Kapitalerhöhung (§ 56a, Rdnr. 5 f.). Denn nicht selten erfährt der Notar erst im Rahmen der Beurkundung des Erhöhungsbeschlusses von der erfolgten Voreinzahlung.

Wer gleichwohl noch ein Argument dafür benötigt, diesen Kommentar neben einem an den meisten Notarstellen bereits vorhandenen (umfangreicheren) Buch zum GmbH-Recht anzuschaffen, der sei auf die besonders hohe Aktualität hingewiesen. So sind das Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht und das Gesetz zur Errichtung eines Wirtschaftsstabilisierungsfonds in der Kommentierung bereits in einem eigenen Kapitel in der Einleitung berücksichtigt. Konsequenterweise wird hier zum Beispiel Art. 2 § 2 COVID-19-G bei beurkundungspflichtigen Satzungsänderungen für analog anwendbar erklärt, sodass eine Beschlussfassung durch Beurkundung der Einzelstimmen der Gesellschafter auch ohne deren sämtliches Einverständnis möglich ist (Einl. Rdnr. 27h) und bei umwandlungsrechtlichen Zustimmungsbeschlüssen die analoge Anwendung diskutiert (Einl. Rdnr. 27i).

RECHTSPRECHUNG

BÜRGERLICHES RECHT – ALLGEMEINES

1. Anspruch auf Rückübertragung mehrerer Grundstücke nach einem Schenkungswiderruf wegen groben Undanks

BGH, Urteil vom 22.10.2019, X ZR 48/17 (Vorinstanz:
OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 20.4.2017, 13 U 118/10)

BGB § 530 Abs. 1, § 531 Abs. 1

LEITSÄTZE:

- 1. Der Widerruf einer Schenkung wegen groben Undanks bedarf keiner umfassenden rechtlichen Begründung. Die Erklärung muss den zugrunde liegenden Sachverhalt allenfalls so weit darstellen, dass der Beschenkte ihn von anderen Geschehnissen unterscheiden, die Einhaltung der in § 532 BGB vorgesehenen Jahresfrist beurteilen und im Umkehrschluss erkennen kann, welche ggf. anderen Vorfälle der Schenker nicht zum Anlass für die Erklärung des Widerrufs genommen hat.**
- 2. Der Widerruf einer Schenkung gemäß § 530 BGB setzt objektiv eine Verfehlung des Beschenkten von gewisser Schwere voraus. Darüber hinaus muss die Verfehlung auch in subjektiver Hinsicht Ausdruck einer Gesinnung des Beschenkten sein, die in erheblichem Maße die Dankbarkeit vermissen lässt, die der Schenker erwarten kann.**
- 3. Die Prüfung der subjektiven Seite setzt dabei in der Regel auch eine Auseinandersetzung mit den emotionalen Aspekten des dem Widerruf zugrunde liegenden Geschehens voraus. Hierfür kann auch von Bedeutung sein, ob der Beschenkte im Affekt gehandelt hat oder ob sich sein Verhalten als geplantes, wiederholt auftretendes, von einer grundlegenden Antipathie geprägtes Vorgehen darstellt.**

SACHVERHALT:

- 1 Die Kläger verlangen von ihrem Sohn, dem Beklagten, die Rückübertragung mehrerer Grundstücke nach einem Schenkungswiderruf wegen groben Undanks.
- 2 Die Kläger übertrugen am 28.7.1994 in zwei notariell beurkundeten Verträgen dem Kläger mehrere Grundstücke und Grundstücksanteile, darunter einen Miteigentumsanteil an dem Hofgrundstück R-Straße in L. An diesem Grundstück behielten sie sich ein lebenslanges Wohnungsrecht an einer Wohnung im zweiten Stock vor. Der Beklagte verpflichtete sich zu Ausgleichszahlungen an seine Geschwister in Höhe von insgesamt 400.000 DM, die zwei oder drei Jahre nach dem Tode des Längstlebenden der Kläger zu zahlen sind.

3 Nach Übertragung der Grundstücke kam es zu Streitigkeiten zwischen den Parteien. Am 7.11.2006 gab es eine zunächst verbale und schließlich körperliche Auseinandersetzung zwischen dem Kläger zu 2 und dem Beklagten. Mit Schreiben vom 15. und 16.11.2006 erklärten die Kläger wegen dieses und weiterer Ereignisse den Widerruf der Schenkung wegen groben Undanks. Der Beklagte ist dem entgegengetreten und hat hilfsweise geltend gemacht, von ihm für die Grundstücke erbrachte Aufwendungen seien bereicherungsmindernd zu berücksichtigen.

4 Die auf Rückübertragung eines Teils der übertragenen Grundstücke und Grundstücksanteile nebst Ersatz vorgerichtlicher Rechtsverfolgungskosten gerichtete Klage ist in erster Instanz erfolglos geblieben. Das Berufungsgericht hat den Beklagten hingegen antragsgemäß verurteilt. Dagegen wendet sich der Beklagte mit der vom Senat zugelassenen Revision, der die Kläger entgegengetreten.

AUS DEN GRÜNDEN

5 Die zulässige Revision hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

6 I. Das Berufungsgericht hat seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet:

7 Den Klägern stehe ein Rückübertragungsanspruch wegen groben Undanks gemäß § 530 Abs. 1 BGB zu. Bei den beiden Übergabeverträgen handele es sich um gemischte Schenkungen mit dem Ziel einer vorweggenommenen Erbfolge. Der unentgeltliche Teil überwiege; die eingeräumten Nießbrauchs- und Nutzungsrechte wiesen gegenüber dem auf circa 1,5 Mio. € zu beziffernden Wert der Immobilienrechte einen deutlich untergeordneten Charakter auf.

8 Der Beklagte habe sich durch sein Verhalten am 7.11.2006 einer schweren Verfehlung des groben Undanks schuldig gemacht. Der Beklagte habe den Kläger zu 2 unvermittelt vor die Brust gestoßen, sodass dieser umgefallen sei. Anschließend habe der Beklagte ihn in den Schwitzkasten genommen. Selbst wenn unterstellt werde, dass auch der Kläger zu 2 durch sein eigenes, ggf. provozierendes und uneinsichtiges Verhalten zur Eskalation der Auseinandersetzung beigetragen habe, sei mit dem Angriff des Beklagten gegen seinen Vater das Maß des Hinnehmbaren und Vertretbaren deutlich überschritten worden. Die Widerrufsvoraussetzungen seien damit auch gegenüber der Klägerin zu 1 erfüllt, weil der Kläger zu 2 zu ihren nahen Angehörigen im Sinne von § 530 BGB zähle.

9 Soweit sich der Beklagte auf Aufwendungen berufe, habe er der ihn insoweit treffenden Darlegungslast nicht genügt. Sein Vortrag erweise sich als widersprüchlich, weil die zuletzt gemachten Angaben vom Vortrag in erster Instanz abwichen, ohne dass der Beklagte eine Begründung dafür angebe. Zudem seien die behaupteten Material- und Lohnkosten weder inhaltlich noch rechnerisch nachvollziehbar.

10 II. Dies hält der rechtlichen Nachprüfung in einem entscheidungserheblichen Punkt nicht stand.

11 1. Zutreffend ist das Berufungsgericht zu dem Ergebnis gelangt, dass die beiden zwischen den Parteien geschlossenen Verträge als Schenkungsverträge anzusehen sind.

12 a) Eine (gemischte) Schenkung liegt vor, wenn die Leistung des Schenkers den Wert etwa versprochener Gegenleistungen objektiv überwiegt und die Parteien sich darüber einigen, dass die Wertdifferenz unentgeltlich zugewendet werden soll. Besteht zwischen dem Wert der Zuwendung und dem Wert der Gegenleistung eine auffallende, über ein geringes Maß deutlich hinausgehende Diskrepanz, dann begründet dies im Einklang mit der Lebenserfahrung die tatsächliche, widerlegbare Vermutung für einen Schenkungswillen der Vertragsparteien (BGH, Urteil vom 18.10.2011, X ZR 45/10, NJW 2012, 605 Rdnr. 19).

13 b) Diese Voraussetzungen sind im Streitfall erfüllt.

14 aa) Der Wert der übertragenen Grundstücke beträgt nach den Feststellungen des Berufungsgerichts rund 1,5 Mio. €. Als Gegenleistungen des Beklagten sind allein die von ihm übernommenen Zahlungsverpflichtungen an seine Geschwister in Höhe von insgesamt 400.000 DM zu berücksichtigen, die erst nach dem Tode des Letztversterbenden der beiden Kläger zu erfüllen sind.

15 Damit besteht eine erhebliche Diskrepanz im Sinne der oben aufgezeigten Rechtsprechung.

16 bb) Entgegen der Auffassung der Revision führt der Umstand, dass sich die Kläger mehrere Nießbrauchrechte und ein Wohnungsrecht vorbehalten haben, nicht zu einer abweichenden Beurteilung.

17 Die Einräumung solcher Rechte an einem unentgeltlich übertragenen Grundstück stellt grundsätzlich keine Leistung des Beschenkten dar. Sie führt nur dazu, dass der Wert des zugewendeten Gegenstands von vornherein geringer anzusetzen ist (BGH, Urteil vom 5.2.1993, V ZR 181/91, NJW 1993, 1577 [zu 1.]; Urteil vom 18.10.2011, X ZR 45/10, NJW 2012, 605 Rdnr. 22; Urteil vom 28.9.2016, IV ZR 513/15, NJW 2017, 329 Rdnr. 9). Im Streitfall besteht auch bei Berücksichtigung dieses Umstands eine erhebliche Diskrepanz zwischen Leistung und Gegenleistungen.

18 Der Beklagte muss die ihm obliegenden Zahlungen erst nach dem Tod beider Kläger erbringen, also zu einem Zeitpunkt, zu dem die Belastungen erloschen sind und ihm der volle Wert der Grundstücke zugute kommt. Zur Beurteilung der Frage, ob eine Diskrepanz zwischen Leistung und Gegenleistung vorliegt, darf der Wert der Zahlungsansprüche deshalb nicht mit dem Wert der (belasteten) Grundstücke im Zeitpunkt des Vertragsschlusses verglichen werden. Entscheidend sind vielmehr die Wertverhältnisse zu dem Zeitpunkt, an dem die Zahlungsansprüche fällig werden. Davor steht den durch Belastungen im Wert geminderten Vermögenswerten keine Gegenleistung gegenüber, sodass für diesen Zeitraum ebenfalls eine Diskrepanz zwischen Leistung und Gegenleistung vorliegt.

19 2. Entgegen der Auffassung der Revision steht den Klageforderungen nicht entgegen, dass diese auf Rückgabe der Schenkungsgegenstände und nicht auf Wertersatz in Höhe der Differenz zwischen Leistung und Gegenleistung gerichtet sind.

20 Nach der Rechtsprechung des BGH geht der in § 531 Abs. 2 BGB eingeräumte Anspruch bei Widerruf einer gemischten Schenkung grundsätzlich nur dann auf Rückübertra-

gung des überlassenen Gegenstandes, wenn der Wert der Gegenleistung weniger als die Hälfte des effektiven Wertes des Geschenkes betrug (BGH, Urteil vom 19.1.1999, X ZR 42/97, NJW 1999, 1626, 1627 [zu I. 2. b) aa]; insoweit nicht in BGHZ 140, 275]; Urteil vom 11.4.2000, X ZR 246/98, NJW 2000, 598, juris Rdnr. 13; Urteil vom 18.10.2011, X ZR 45/10, NJW 2012, 605 Rdnr. 15).

21 Dies ist im Streitfall gegeben, weil dem Wert der übernommenen Gegenleistungen auch in diesem Zusammenhang der Wert der übertragenen Gegenstände nach Erlöschen der Nießbrauch- und Wohnungsrechte gegenüberzustellen ist und die Gegenleistung bislang nicht erbracht wurde, sondern erst nach dem Tod der Kläger fällig wird.

22 3. Entgegen der Ansicht der Revision ist es aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht die drei Schreiben der Prozessbevollmächtigten der Kläger vom 15. und 16.11.2006 als formal wirksame Widerrufserklärung angesehen hat.

23 a) Der Umstand, dass das Schreiben vom 15.11.2006 nicht auf den Vorfall vom 7.11.2006 Bezug nimmt, ist schon deshalb unerheblich, weil das erste der beiden Schreiben vom 16.11.2006 als Ergänzung zu jenem Schreiben formuliert ist und beide Schreiben deshalb im Zusammenhang zu würdigen sind.

24 b) Ebenfalls unerheblich ist der Umstand, dass die Schreiben nicht zum Ausdruck bringen, warum der Vorfall vom 7.11.2006 auch die Klägerin zu 1 zum Widerruf berechtigen soll.

25 § 531 Abs. 1 BGB verlangt keine umfassende rechtliche Begründung des Widerrufs. Die Erklärung muss den zugrunde liegenden Sachverhalt allenfalls so weit darstellen, dass der Beschenkte ihn von anderen Geschehnissen unterscheiden, die Einhaltung der in § 532 BGB vorgesehenen Jahresfrist beurteilen und im Umkehrschluss erkennen kann, welche ggf. anderen Vorfälle der Schenker nicht zum Anlass für die Erklärung des Widerrufs genommen hat (vgl. Staudinger/*Chiusi*, Neub. 2013, § 531 Rdnr. 2).

26 Diesen Anforderungen werden die im Streitfall zu beurteilenden Schreiben gerecht. Aus ihnen ist auch in Bezug auf die Klägerin zu 2 ersichtlich, dass diese die Schenkung (unter anderem) wegen des Vorfalls vom 7.11.2006 widerrufen will.

27 4. Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung kann das Verhalten des Beklagten am 7.11.2006 nicht als grober Undank qualifiziert werden.

28 a) Rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht allerdings festgestellt, dass es zwischen den Parteien am 7.11.2006 zunächst einen verbalen Streit und sodann eine körperliche Auseinandersetzung gegeben hat, bei der der Beklagte über den ausgehobenen Graben auf dem Hofgrundstück ging, dem Kläger zu 2 unvermittelt heftig gegen die Brust stieß, dieser umfiel und der Beklagte den Kläger zu 2 in den „Schwitzkasten“ nahm. Die diesbezüglichen Verfahrensrügen der Revision greifen nicht durch; von einer weiteren Begründung wird abgesehen (§ 564 ZPO).

29 b) Rechtsfehlerhaft hat das Berufungsgericht indes die Voraussetzungen groben Undanks bejaht.

30 aa) Der Widerruf einer Schenkung gemäß § 530 BGB setzt objektiv eine Verfehlung des Beschenkten von gewisser Schwere voraus. Darüber hinaus muss die Verfehlung auch in subjektiver Hinsicht Ausdruck einer Gesinnung des Beschenkten sein, die in erheblichem Maße die Dankbarkeit vermissen lässt, die der Schenker erwarten kann (BGH, Urteil vom 11.10.2005, X ZR 270/02, FamRZ 2006, 196 [zu 1.]; Urteil vom 11.7.2000, X ZR 89/98, BGHZ 145, 35 [zu 3. a])). Ob diese beiden Voraussetzungen erfüllt sind, ist aufgrund einer Gesamtwürdigung aller relevanten Umstände des Einzelfalls zu beurteilen. Diese Umstände sind darauf hin zu untersuchen, ob und inwieweit erkennbar wird, dass der Beschenkte dem Schenker nicht die durch Rücksichtnahme geprägte Dankbarkeit entgegenbringt, die der Schenker erwarten darf (BGH, Urteil vom 25.3.2014, X ZR 94/12, NJW 2014, 3021 Rdnr. 18 m. w. N.).

31 Anhaltspunkte dafür, was der Schenker an Dankbarkeit erwarten kann, können neben dem Gegenstand und der Bedeutung der Schenkung auch die näheren Umstände bieten, die zu der Schenkung geführt und deren Durchführung bestimmt haben (BGH, Urteil vom 13.11.2012, X ZR 80/11, NJW-RR 2013, 618 Rdnr. 11). Besondere Bedeutung kann ferner der persönlichen Beziehung zwischen Schenker und Beschenktem zukommen, vor allem dann, wenn diese von einer besonderen Verantwortlichkeit des Beschenkten gegenüber dem Schenker geprägt ist (BGH, NJW 2014, 3021 Rdnr. 18).

32 Die Prüfung der subjektiven Seite setzt dabei in Fällen wie im Streitfall insbesondere auch eine Auseinandersetzung mit den emotionalen Aspekten des dem Widerruf zugrunde liegenden Geschehens voraus. Hierfür kann auch von Bedeutung sein, ob der Beschenkte im Affekt gehandelt hat oder ob sich sein Verhalten als geplantes, wiederholt auftretendes, von einer grundlegenden Antipathie geprägtes Vorgehen darstellt. Anhaltspunkte für ein im Wesentlichen affektbedingtes Handeln können sich aus dem unmittelbar vorangegangenen Verhalten des Schenkers ergeben.

33 bb) Die vom Berufungsgericht vorgenommene Würdigung wird diesen Anforderungen nicht gerecht.

34 Das Berufungsgericht erkennt in den vom Beklagten gegenüber dem Kläger zu 2 begangenen Tätlichkeiten – im Ergebnis zu Recht – eine schwere objektive Verfehlung. Es nimmt zugunsten des Beklagten an, dass der Kläger zu 2 durch sein eigenes, provozierendes und uneinsichtiges Verhalten gegenüber dem Beklagten zur Eskalation der Auseinandersetzung mit beigetragen hat, hält aber für ausschlaggebend, dass der Beklagte seinen Eltern Dank für die Übertragung des Grundbesitzes und darüber hinaus Respekt und Nachsicht schuldet, auch wenn er mit deren Verhaltensweisen nicht einverstanden war.

35 Diese Erwägungen sind zwar für sich gesehen nicht zu beanstanden. Sie berücksichtigen aber nicht alle für den Streitfall relevanten Umstände.

36 (1) Das Berufungsgericht hat sich nicht mit dem Umstand befasst, dass die zwischen den Parteien geschlossenen Übergabeverträge und der Umstand, dass die Parteien auf demselben Grundstück zusammenwohnen, die Notwendigkeit be-

gründeten, durch beiderseitige Rücksichtnahme ein gedeihliches Zusammenleben zu ermöglichen.

37 Die Verträge sind zwar nicht als Altenteilsvertrag oder Leibgeding im Sinne von Art. 96 EGBGB und §§ 4 bis 18 des Hessischen Ausführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch anzusehen, weil eine solche Qualifizierung grundsätzlich die Übernahme von Unterhaltspflichten voraussetzt (BGH, Urteil vom 8.12.2015, X ZR 98/13, BGHZ 208, 154 Rdnr. 18; Urteil vom 31.10.1969, V ZR 138/66, BGHZ 53, 41 [zu II. B. 2.]; Urteil vom 19.6.1964, V ZR 4/63, juris Rdnr. 33) und solche Pflichten im Streitfall nicht übernommen wurden. Der Umstand, dass der Beklagte das Hofgrundstück erhielt, auf dem die Kläger weiterhin ein Wohnungsrecht hatten, begründete aber ein vergleichbares Näheverhältnis und die Notwendigkeit zu einem gedeihlichen Zusammenleben. Vor diesem Hintergrund unterlagen beide Seiten in gewissem Umfang einer Pflicht zur Rücksichtnahme, die sowohl für die Prüfung einer objektiven Verfehlung als auch der subjektiven Gesinnung relevant ist.

38 Dies schließt nicht aus, dass Verfehlungen des Beklagten, die die gebotene Rücksichtnahme in besonderem Maße vermissen lassen, als Ausdruck groben Undanks eingestuft werden. Dies erfordert aber eine Abwägung, die diesem Aspekt in besonderem Maße Rechnung trägt. Diese Abwägung wird im wieder eröffneten Berufungsrechtszug nachzuholen sein.

39 (2) Das Berufungsgericht hat ferner den von ihm als möglich angesehenen Umstand, dass der Kläger zu 2 durch provozierendes und uneinsichtiges Verhalten zur Eskalation beigetragen hat, nicht in der gebotenen Weise in die Abwägung eingestellt.

40 Das Berufungsgericht hat insoweit zwar zutreffend angenommen, dass der Beklagte auch gegenüber Provokationen in gewissem Umfang Zurückhaltung und Nachsicht üben muss. Es hat sich aber nicht mit der Frage befasst, ob ein objektiv unangemessenes Verhalten auch dann als Ausdruck einer subjektiv undankbaren Haltung angesehen werden kann, wenn es sich als spontane, im Wesentlichen affektgesteuerte Reaktion in einer eskalierenden Auseinandersetzung darstellt, bei der der Schenker in vergleichbarer Weise zur Eskalation beigetragen hat.

41 Auch in diesem Zusammenhang hätte das Berufungsgericht bei seiner Würdigung insbesondere in Erwägung ziehen müssen, inwieweit die Kläger ihrerseits die für das gemeinsame Zusammenleben auf dem Hofgrundstück erforderliche und gebotene Rücksichtnahme haben vermissen lassen.

42 Das LG hat hierzu in Würdigung der Aussagen der von ihm vernommenen Zeugen festgestellt, die Aggression des Beklagten sei – auch wenn sie ohne Zweifel als maßlos einzustufen sei – aus der Situation heraus zu verstehen und damit zu erklären, dass der Beklagte wegen der von den Klägern begonnenen Aktion aufgebracht gewesen sei. Dass sein Verhalten noch eine andere Motivation gehabt habe, welche auf groben Undank schließen lasse, gehe aus den genannten Umständen nicht hervor. Weitergehende Feststellungen hat das Berufungsgericht – das die Zeugen nicht erneut vernommen hat – bislang nicht getroffen. Auch dies wird ggf. nachzuholen sein.

43 III. Das angefochtene Urteil ist demnach aufzuheben. Die Sache ist mangels Entscheidungsreife an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

44 Sollte das Berufungsgericht erneut zu dem Ergebnis gelangen, dass die Kläger die Schenkung aufgrund des Vorfalls vom 7.11.2006 – allein oder in Verbindung mit den weiteren von den Klägern geltend gemachten Vorfällen – wirksam widerrufen haben, so wird es sich erneut mit dem Einwand des Beklagten zu befassen haben, er sei infolge von Aufwendungen, die er für die Grundstücke getätigt habe, entreichert.

45 Hierbei wird das Berufungsgericht die Beweisangebote des Beklagten nicht schon deshalb unberücksichtigt bleiben lassen, weil dessen Vortrag in Widerspruch zu früherem Vorbringen steht. Eine Partei ist nicht gehindert, ihr Vorbringen im Laufe des Rechtsstreits zu ändern. Eine Änderung kann zwar im Rahmen der Beweiswürdigung berücksichtigt werden. Die Nichtberücksichtigung eines erheblichen Beweisangebots wegen vermeintlicher Widersprüche im Vortrag der beweisbelasteten Partei läuft aber auf eine prozessual unzulässige vorweggenommene Beweiswürdigung hinaus und verstößt damit zugleich gegen Art. 103 Abs. 1 GG (vgl. nur BGH, Beschluss vom 21.10.2014, VIII ZR 34/14, NJW-RR 2015, 910 Rdnr. 18).

46 Des Weiteren wird das Berufungsgericht ggf. nochmals zu prüfen haben, ob die Angaben des Beklagten zu den aufgewendeten Lohnkosten eine Beweisaufnahme oder eine Schätzung nach § 287 ZPO ermöglichen. Dass der Beklagte insoweit nur „glatte“ Beträge genannt hat, steht einer solchen Vorgehensweise nicht entgegen. Der Beklagte hat im Einzelnen angegeben, für welche Baumaßnahmen die Arbeiten angefallen sind und welchen zeitlichen Umfang sie hatten. Dass seine Angaben möglicherweise auf Rundungen beruhen, führt nicht ohne Weiteres dazu, dass sie als unsubstantiiert anzusehen sind. Andererseits wird der Beklagte, soweit ihm dies möglich ist, Gelegenheit haben, seine Angaben weiter zu präzisieren und seine Angaben zu Materialkosten zu substantiieren.

2. Änderung der Bezugsberechtigung einer Lebensversicherung zugunsten des Betreuers

BGH, Urteil vom 25.9.2019, IV ZR 99/18 (Vorinstanz: OLG Braunschweig, Urteil vom 12.3.2018, 11 U 64/17)

*BGB a. F. § 126 Abs. 3, § 1908i Abs. 1 Satz 1, §§ 1857a, 1852 Abs. 2 Satz 1, § 1831 Satz 1 a. F., § 1812 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3, § 164 Abs. 1 Satz 1
VVG a. F. § 159 Abs. 2 Satz 1 und 2*

LEITSATZ:

Bei einer Lebensversicherung auf den Tod eines anderen erfordert die Änderung der Bezugsberechtigung im Todesfall in entsprechender Anwendung von § 159 Abs. 2 Satz 1 VVG die schriftliche Einwilligung der versicherten Person. Entsprechend § 159 Abs. 2 Satz 2 VVG kann jedenfalls der für den Aufgabenkreis Gesundheitsfürsorge

bestellte Betreuer der versicherten Person diese bei Erteilung der Einwilligung nicht vertreten, wenn die Bezugsberechtigung zu seinen Gunsten geändert werden soll.

3. Prüfung einer im Außenverhältnis unbeschränkten Vollmacht durch das Grundbuchamt

OLG Köln, Beschluss vom 18.5.2020, 2 Wx 61/20, mitgeteilt von **Werner Sternal**, Vorsitzender Richter am OLG Köln

BeurkG § 51 Abs. 1

BGB §§ 167, 181

GBO §§ 20, 29 Abs. 1, § 71 Abs. 1

LEITSÄTZE:

1. Bei einer im Außenverhältnis unbeschränkten Vorsorgevollmacht, die im Innenverhältnis zwischen dem Vollmachtgeber und dem Bevollmächtigten auf den Eintritt des Vorsorgefalls (Geschäftsunfähigkeit und Betreuungsbedürftigkeit) beschränkt ist, kann und darf das Grundbuch eine Grundbucheintragung nur dann ausnahmsweise ablehnen, wenn es sichere Kenntnis von einem Missbrauch der Vollmacht hat.
2. Sichere Kenntnis von einem Missbrauch besteht bei einer Beschränkung im Innenverhältnis auf die Geschäftsunfähigkeit und Betreuungsbedürftigkeit nur dann, wenn für das Grundbuchamt aufgrund von vorgelegten Urkunden oder freier Beweiswürdigung zur vollen Überzeugung die Geschäftsfähigkeit bzw. die fehlende Betreuungsbedürftigkeit feststeht.
3. Die erst nach Eingang eines Eintragungsantrages beim Grundbuch von diesem erlangte Kenntnis eines von dem Vollmachtgeber erklärten Widerrufs einer Vorsorgevollmacht hindert nicht mehr die Grundbucheintragung.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Beteiligte zu 1, die Mutter der Beteiligten zu 2, ist Eigentümerin des im Rubrum näher bezeichneten Grundbesitzes.

2 Mit Schriftsatz vom 7.11.2019 – beim Grundbuchamt am 8.11.2019 eingegangen – hat der Notar eine beglaubigte Abschrift eines notariell beurkundeten Übertragungsvertrages vom 7.11.2019 (...) eingereicht und die Umschreibung des Eigentums auf die Beteiligte zu 2 sowie die Eintragung eines Wohnungs- sowie Nießbrauchsrechts für die Beteiligte zu 1 beantragt. In der eingereichten Urkunde überträgt die Beteiligte zu 1, vertreten durch die Beteiligte zu 2, den im Rubrum bezeichneten Grundbesitz auf sich im Wege der vorweg genommenen Erbfolge. Zudem behält sich die Beteiligte zu 1, vertreten durch die Beteiligte zu 2, ein Wohnungsrecht sowie ein Nießbrauchsrecht an dem streitbefangenen Grundstück vor. Der notariellen Urkunde ist eine Kopie der Ausfertigung einer

von der Beteiligten zu 1 ihrem Ehemann sowie der Beteiligten zu 2 erteilten notariellen Vollmacht vom 22.3.2012 (...) beigefügt, in der es u. a. heißt:

„I.

Ich erteile hiermit meinem Ehemann ...

GENERALVOLLMACHT

Der Bevollmächtigte ist dementsprechend befugt, mich in allen persönlichen und vermögensrechtlichen Angelegenheiten, soweit dies gesetzlich zulässig ist, gerichtlich und außergerichtlich zu vertreten.

Diese Vollmacht soll als allgemeine Vorsorgevollmacht auch dann fortgelten, wenn ich – gleich aus welchen Gründen – nicht mehr imstande bin, eigene Entscheidungen zu treffen.

(...)

Der Bevollmächtigte ist befugt, Rechtsgeschäfte mit sich im eigenen Namen und als Vertreter Dritter vorzunehmen; er ist also von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit.

Soweit sie sich auf vermögensrechtliche Angelegenheiten bezieht, kann diese Vollmacht für einzelne von dem Bevollmächtigten zu bestimmende Rechtsgeschäfte auf Dritte übertragen werden. In persönlichen Angelegenheiten ist die Vollmacht dagegen nicht übertragbar.

Diese Vollmacht soll durch meinen Tod nicht erlöschen.

Die gleiche Vollmacht erteile ich meiner Tochter ... [= die Beteiligte zu 2] Meine Tochter (...) soll von dieser Vollmacht jedoch nur Gebrauch machen, wenn mein Ehemann (...) verstorben oder aus sonstigen Gründen dauerhaft oder vorübergehend nicht in der Lage ist, die Vollmacht auszuüben. Die Verhinderung meines Ehemannes (...) ist Dritten gegenüber nicht nachzuweisen. Im Übrigen gelten die nachfolgend unter III. 1.) im Innenverhältnis getroffenen Anweisungen auch für die Ersatzbevollmächtigte.

(...)

II.

Patientenverfügung

(...)

III.

Schlussbestimmungen

1) Anweisungen im Innenverhältnis

Die Bevollmächtigten werden angewiesen, von der Vollmacht in persönlichen Angelegenheiten erst dann Gebrauch zu machen, wenn der Vorsorgefall (Geschäftsunfähigkeit, Betreuungsbedürftigkeit) eingetreten ist. Gleiches gilt grundsätzlich für die Verwendung der Vollmacht in vermögensrechtlichen Angelegenheiten; unabhängig vom Eintritt des Vorsorgefalls darf jeder Bevollmächtigte aber auch schon dann aufgrund der Vollmacht in vermögensrechtlichen Angelegenheiten für mich handeln, wenn er

von mir entsprechend beauftragt worden ist. Die vorstehenden Anweisungen berühren nur das Auftragsverhältnis zwischen mir und dem Bevollmächtigten; sie haben daher keinen Einfluss auf die Gültigkeit und Wirkung der Vollmacht nach außen gegenüber Dritten.

(...)“

3 Mit Schreiben vom 15.11.2019, beim Grundbuchamt am 18.11.2019 eingegangen, haben die Verfahrensbevollmächtigten der Beteiligten zu 1 der Eintragung widersprochen. Sie haben sich auf den fehlenden Eintritt des Vorsorgefalls sowie einen Missbrauch der Vollmacht durch die Beteiligte zu 2 berufen, da die Beteiligte zu 1 voll geschäftsfähig sei. Zudem habe die Beteiligte zu 1 die Vollmacht gegenüber der Beteiligten zu 2 am 8.11.2019 widerrufen. Mit weiterem Schriftsatz ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 28.11.2019 hat die Beteiligte zu 1 ein Schreiben vom 7.11.2019, indem sie die erteilte Generalvollmacht widerruft, sowie ein ärztliches Attest eines Facharztes für innere Medizin vom 7.11.2019 zu den Akten gereicht. In dem Attest heißt es u. a.: „Zu Person, Ort und Zeit voll orientiert, Fr. (...) [= Beteiligte zu 1] ist vollauf geschäftsfähig.“

4 Die Beteiligte zu 2 hat sich mit Schriftsatz ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 18.12.2019 darauf berufen, die Bedingung für ihre Bevollmächtigung sei eingetreten. Der Ehemann der Beteiligten zu 1 sei am 13.11.2013 verstorben. Die Beteiligte zu 1 sei dement und nicht in der Lage, ihre eigenen persönlichen und wirtschaftlichen Interessen wahrzunehmen. Sie lasse sich von außenstehenden Dritten kritiklos beeinflussen. Zudem habe die Beteiligte zu 1 sie, die Beteiligte zu 2, ausdrücklich mit einer Eigentumsübertragung beauftragt. Die Umschreibung des Eigentums liege im Interesse der Beteiligten zu 1, da eine Sekte bzw. sektenähnliche Vereinigung versuche, sich ihres Vermögens zu bemächtigen.

5 Mit Beschluss vom 11.2.2020 hat das Grundbuchamt den Eintragungsantrag vom 7.11.2019 mit der Begründung zurückgewiesen, es liege eine im Außenverhältnis unbeschränkte Vollmacht vor. Die beantragte Eintragung scheide indes deshalb aus, weil sicheres Kenntnis vom Missbrauch der Vollmacht aufgrund eines Verstoßes im Innenverhältnis bestehenden Beschränkungen vorliege. (...) Hiergegen hat die Beteiligte zu 2 mit Schriftsatz ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 19.2.2020 beim OLG Beschwerde mit dem sinngemäßen Antrag eingelegt, den Beschluss des AG Aachen vom 11.2.2020 (RG-1105-15) aufzuheben und das Grundbuchamt anzuweisen, den Eintragungsantrag vom 7.11.2019 auf Umschreibung des Eigentums und Eintragung eines Wohnungs- sowie Nießbrauchsrechts zu vollziehen.

6 II. Die gemäß § 71 Abs. 1 GBO statthafte und auch im Übrigen zulässige Beschwerde der Beteiligten zu 2 hat in der Sache Erfolg und führt zur Aufhebung der Entscheidung des Grundbuchamtes.

7 1. Vorab ist das Grundbuchamt – auch für künftige Verfahren – erneut darauf hinzuweisen, dass in der Regel nicht der Notar, wie in dem Beschluss des AG ausgeführt wird, sondern die Urkundsbeteiligten Antragsteller sind. Dem Notar steht hinsichtlich der Vollziehung einer Urkunde weder ein eigenes Antragsrecht zu noch ist er Beteiligter des Grundbuchverfahrens.

8 2. Das Grundbuchamt hat die Eintragungsanträge zu Unrecht zurückgewiesen.

9 a) Bei der Auffassung eines Grundstücks hat das Grundbuchamt vor der Eintragung eines Eigentumswechsels gemäß § 20 GBO zu prüfen, ob die erforderliche Einigung der Beteiligten erklärt und in der grundbuchmäßigen Form des § 29 Abs. 1 GBO durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen ist, wie es nach materiellem Recht erforderlich ist, um die Rechtsänderung herbeizuführen (Senat, FGPrax 2007, 102; vgl. auch BayObLG, MittRhNotK 1988, 96; OLG Düsseldorf, FGPrax 2007, 8; *Demharter*, GBO, 31. Aufl. 2018, § 20 Rdnr. 38). Wird die Erklärung über die Einigung für den Eigentümer des Grundstücks – wie hier – durch einen Vertreter abgegeben, muss das Grundbuchamt und im Beschwerdeverfahren der an seine Stelle tretende Senat die Erteilung der Vollmacht und den Umfang der Vertretungsmacht (§ 164 Abs. 1, § 167 Abs. 1 BGB) als Eintragungsvoraussetzung selbstständig prüfen, ohne an die Auffassung des beurkundenden Notars gebunden zu sein (vgl. nur BGH, FGPrax 2016, 145; BayObLG, Rpfleger 1986, 216; OLG Frankfurt a. M., FGPrax 2011, 58; FGPrax 2011, 273; OLG München, FamRZ 2019, 868; vgl. *Demharter*, GBO, § 19 Rdnr. 77; KEHE/*Munzig*, Grundbuchrecht, 8. Aufl. 2019, § 19 GBO Rdnr. 162). In einem solchen Fall bedürfen deshalb auch das Bestehen und die Wirksamkeit der Vollmacht des Nachweises in der Form des § 29 GBO (vgl. BGHZ 29, 366, 368; Senat, FGPrax 2007, 102). Ist eine Vollmacht unter einer Bedingung erteilt worden, muss zudem der Eintritt der Bedingung, von der nach dieser Erklärung die Vertretungsmacht abhängt, dem Grundbuchamt in der Form des § 29 GBO nachgewiesen werden (Senat, FGPrax 2007, 102; OLG Frankfurt a. M., FGPrax 2011, 58).

10 b) Der Senat teilt die Auffassung des Grundbuchamts, dass die von der Beteiligten zu 1 notariell erteilte Vollmacht nach § 167 BGB im Außenverhältnis, bezogen sowohl auf die Regelung zur ersatzweise Bevollmächtigung der Beteiligten zu 2 als auch hinsichtlich der Befugnis, Rechtsgeschäfte mit sich im eigenen Namen und als Vertreter Dritter vorzunehmen, keiner Beschränkung unterliegt. Sie deckt alle Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen ab, die die Bevollmächtigte für die Vollmachtgeberin vornimmt.

11 Für die Auslegung einer Vollmacht gelten die für Grundbucheklärungen aufgestellten Grundsätze. Es ist also auf Wortlaut und Sinn der Erklärung abzustellen, wie es sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung der Erklärung ergibt (OLG Frankfurt a. M., FGPrax 2011, 58; FGPrax 2011, 273; OLG München, FGPrax 2006, 101). Darauf, was die Beteiligten tatsächlich gewollt haben, kommt es in diesem Zusammenhang nicht an (*Demharter*, GBO, § 19 Rdnr. 28). Der Text der Vollmacht ist eindeutig, und es bestehen keine Zweifel an dem Fehlen einer Beschränkung im Außenverhältnis. Zwar soll die Beteiligte zu 2 von der ihr eingeräumten Vollmacht nur Gebrauch machen, wenn der Ehemann der Beteiligten zu 1 verstorben oder aus sonstigen Gründen dauerhaft oder vorübergehend nicht in der Lage ist, die Vollmacht auszuüben. Indes ist in der notariellen Urkunde zusätzlich ausdrücklich seitens der Vollmachtgeberin angeordnet, dass diese Beschränkung Dritten gegenüber und da-

mit im Außenverhältnis nicht nachzuweisen ist, sodass die Voraussetzungen der Ersatzbevollmächtigung keines Nachweises in der Form des § 29 GBO (zum Beispiel durch Vorlage einer Sterbeurkunde) bedürfen.

12 Zudem enthält die dem Ehemann notariell erteilte Vollmacht den Hinweis auf eine Beschränkung der Bevollmächtigung durch die Vollmachtgeberin ausschließlich im Innenverhältnis. Die in der Urkunde erteilten Anweisungen betreffen damit nur das Auftragsverhältnis zwischen der Vollmachtgeberin und dem Ehemann als Bevollmächtigtem und sollen keinen Einfluss auf die Gültigkeit und Wirkung der Vollmacht nach außen gegenüber Dritten haben. Auch diese Regelung gilt nach dem Wortlaut der Vollmachtsurkunde und damit dem Willen der Vollmachtgeberin für die Beteiligte zu 2 als Ersatzbevollmächtigte.

13 c) Die der Beteiligten zu 2 im Außenverhältnis uneingeschränkt erteilte Vollmacht deckt ihrem eindeutigen Wortlaut zufolge die von der Beteiligten zu 2 in der notariellen Urkunde vom 7.11.2019 für die Beteiligte zu 1 abgegebenen Erklärungen, zumal die Bevollmächtigte von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit ist.

14 d) Der Senat teilt nicht die Auffassung des Grundbuchamts, dass aufgrund des Legalitätsprinzips die beantragten Eintragungen ausscheiden.

15 Zwar soll das Grundbuchamt ausnahmsweise auch bei einer im Außenverhältnis unbeschränkten Vollmacht eine Eintragung ablehnen können und müssen, wenn es sichere Kenntnis vom Missbrauch einer im Außenverhältnis unbeschränkten Vollmacht aufgrund von Verstößen gegen im Innenverhältnis bestehende Beschränkungen der Vollmacht hat. Solche Kenntnis kann sich aus ihm bekannten offensichtlichen und eindeutig gefassten internen Bindungsklauseln ergeben. Begründet wird diese Auffassung damit, dass das Grundbuchamt aufgrund des Legalitätsprinzips nicht bewusst daran mitwirken darf, das Grundbuch unrichtig zu machen (OLG München, FGPrax 2013, 111; FamRZ 2019, 868; *Demharter*, GBO, Einl. Rdnr. 1).

16 Jedoch steht entgegen der Auffassung des Grundbuchamts vorliegend eine sichere Kenntnis des von der Beteiligten zu 1 behaupteten Missbrauchs der Vollmacht nicht fest. Aus der objektiven Urkundslage ergibt sich keine Evidenz einer Vollmachtsüberschreitung seitens der Beteiligten zu 2. Aus der Regelung unter I. der Vollmachtsurkunde folgt, dass die dem Ehemann der Beteiligten zu 1 und der Beteiligten zu 2 als Ersatzbevollmächtigter erteilte Generalvollmacht dazu dienen soll, Vorsorge für den Fall zu treffen, dass die Beteiligte zu 1 – gleich aus welchen Gründen – nicht mehr imstande ist, eigene Entscheidungen zu treffen. Ergänzend hierzu wird in III. 1. eine ausschließliche Beschränkung dieser Vollmacht im Innenverhältnis geregelt. Insoweit ist eine in der kautelarjuristischen Praxis gebräuchliche Gestaltung der Vollmacht gewählt worden. Durch die im Außenverhältnis unbeschränkte Bevollmächtigung soll dem Bevollmächtigten der oftmals schwierige Nachweis des Bedingungseintritts erspart werden (vgl. zum Beispiel Senat, FGPrax 2007, 102 zu der Notwendigkeit des Nachweises des Bedingungseintritts in der Form des § 29 GBO).

17 Vor diesem Hintergrund sind an die sichere – nicht unmittelbar durch die Urkunde vermittelte – Kenntnis von dem fehlenden Eintritt der nur im Innenverhältnis angeordneten Beschränkung und damit von einem Missbrauch der Vollmacht strenge Anforderungen zu stellen. Die Vollmachtgeberin ist mit der Erteilung einer entsprechenden Vollmacht das Risiko einer Nutzung der Vollmacht im Außenverhältnis ohne Vorliegen der Beschränkung im Innenverhältnis bewusst eingegangen.

18 Sichere Kenntnis von einem Vollmachtsmissbrauch setzt damit hier voraus, dass die Geschäftsfähigkeit bzw. die fehlende Betreuungsbedürftigkeit der Beteiligten zu 1 für das Grundbuchamt bzw. nunmehr den Senat aufgrund von vorgelegten Urkunden oder freier Beweiswürdigung zur Überzeugung feststeht. Hiervon kann indes nicht ausgegangen werden. Die Beteiligten sind unterschiedlicher Auffassung darüber, ob die Bedingung für eine Bevollmächtigung der Beteiligten zu 2 eingetreten sind. Während die Beteiligte zu 1 unter Vorlage eines allgemein gehaltenen ärztlichen Attestes den Eintritt der Bedingung verneint, beruft sich die Beteiligte zu 2 auf eine Demenz und eine Beeinflussbarkeit der Beteiligten zu 1. Für eine umfassende Aufklärung dieser streitigen Tatsachen ist indes im Grundbuchverfahren kein Raum. Zudem wird bereits in der notariellen Urkunde die interne Beschränkung nicht eindeutig geregelt. Der Wortlaut stellt neben der „Geschäftsunfähigkeit“ auf eine „Betreuungsbedürftigkeit“ ab, ohne näher zu umschreiben, ob damit eine rechtliche Betreuungsbedürftigkeit im Sinne des §§ 1896 ff. BGB oder nur eine tatsächliche Notwendigkeit der Unterstützung der Vollmachtgeberin gemeint ist. Auch die Art der Bedürftigkeit, an den der Vorsorgefall und damit der Eintritt der Bedingung anknüpft (zum Beispiel Notwendigkeit der Vermögensvorsorge, der Aufenthaltsbestimmung, der Gesundheitsvorsorge etc.) wird nicht näher beschrieben. Damit scheidet eine rechtliche Bewertung der internen Beschränkung mit den Mitteln des Grundbuchverfahrens und damit eine sichere Kenntnis von einem Vollmachtsmissbrauch aus.

19 e) Die beantragten Grundbucheintragungen scheitern auch nicht an dem von der Beteiligten zu 1 erklärten Widerruf der Vollmacht.

20 Grundsätzlich ist vom Fortbestand einer erteilten Vollmacht auszugehen, wenn im Grundbuchverfahren in dem für den Grundbuchvollzug maßgeblichen Zeitpunkt keine auf Tatsachen gestützten Zweifel bestehen. Wird zu dem maßgeblichen Zeitpunkt ein Widerruf einer Vollmacht bekannt, so ist das Grundbuchamt berechtigt und verpflichtet, den dadurch bedingten Zweifeln am Bestand der Vollmacht nachzugehen. Es hat dann unter Berücksichtigung der ihm bekannten Tatsachen und Umstände in freier Beweiswürdigung darüber zu befinden, ob die Vollmacht noch fortbestanden hat (OLG München, FGPrax 2019, 61).

21 Als verfahrensrechtliche Erklärung wird die Bewilligung wirksam, wenn die Urkunde in Urschrift, Ausfertigung oder beglaubigter Abschrift mit dem Willen des Erklärenden dem Grundbuchamt zur Herbeiführung einer Eintragung im Grundbuch zugeht (KG, FGPrax 2015, 10; DNotI, DNotI-Report 2019, 153, 154. Liegen die Voraussetzungen vor, die für die Begünstigten einen Anspruch gemäß § 51 BeurkG auf Erteilung einer Ausfertigung der Bewilligungsurkunde begründen

(vgl. dazu BGH, RNotZ 2012, 112), wird die Bewilligung bereits mit Abschluss des Beurkundungsvorgangs wirksam (Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rdnr. 107; DNotI, DNotI-Report 2019, 153, 154, sodass ein danach erklärter Widerruf der Erklärung eines der Urkundsbeteiligten keine Wirkungen mehr entfaltet.

22 Umstritten ist, inwieweit diese Grundsätze bei der Abgabe einer Bewilligung durch einen Vertreter Anwendung finden. Teilweise wird darauf abgestellt, dass das Erlöschen der Vollmacht zwischen notarieller Beurkundung oder Beglaubigung der Bewilligung und Eingang beim Grundbuchamt sich nicht auf die Wirksamkeit der Erklärung auswirke (Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 102a, 102e, 3581). Nach anderer Ansicht muss eine wirksame Vollmacht noch im Zeitpunkt des Wirksamwerdens der verfahrensrechtlichen Erklärung – etwa durch Vorlage beim Grundbuchamt – bestehen. Der Wegfall der Vollmacht vor diesem Zeitpunkt hindere das Wirksamwerden der Bewilligung als verfahrensrechtlicher Erklärung (KG, FGPrax 2015, 10; OLG Düsseldorf, FGPrax 2014, 8; OLG München, FGPrax 2019, 61), wobei nach Auffassung des OLG München (RNotZ 2019, 269; FGPrax 2019, 61) die Bewilligung bei einer Vertretung auch dann wirksam wird, wenn ein Anspruch gemäß § 51 Abs. 1 BeurkG auf Erteilung einer Ausfertigung bestand. Welche der Auffassungen (vgl. dazu DNotI, DNotI-Report, 2019, 153, 155) zu folgen ist, bedarf hier keiner Entscheidung. Der von der Beteiligten zu 1 erklärte Widerruf der Vollmacht ist nach allen in Rechtsprechung und Literatur vertretenen Auffassungen zu spät zugegangen, um die Eintragung zu hindern. Der Vollmachtswiderruf ist dem Grundbuchamt erst durch das Schreiben der Verfahrensbevollmächtigten der Beteiligten zu 1 vom 15.11.2019, eingegangen am 18.11.2019, bekannt geworden. Auch gegenüber der Beteiligten zu 2 ist die Vollmacht erst am 8.11.2019 und damit nicht vor Eingang des Eintragungsantrages beim Grundbuchamt widerrufen worden. Dieser Widerruf hat zudem keine Auswirkungen auf die Wirksamkeit der Vertretung der Beteiligten zu 1 bei der notariellen Beurkundung, da dem Widerruf keine rückwirkende Kraft zukommt (BGH, MDR 2017, 987; OLG München, FGPrax 2019, 61).

23 f) Vorsorglich weist der Senat darauf hin, dass mit der im Grundbuchverfahren ergangenen Entscheidung keine abschließende Aussage darüber getroffen worden ist, ob und inwieweit die Beteiligte zu 2 die ihr eingeräumte Vollmacht im Innenverhältnis missbraucht hat. Ebenfalls musste der Senat nicht prüfen, ob – wie die Beteiligte zu 1 geltend macht – unter Beachtung der Rechtsprechung des BGH (FGPrax 2020, 43) eine Pflicht des Notars bestand, bei der Beurkundung des Übertragungsvertrages das Vorliegen eines Missbrauchs der Vollmacht durch die Beteiligte zu 2 zu prüfen.

24 Die Beteiligte zu 1 wird durch diese im Grundbuchverfahren ergangene Entscheidung nicht vollständig rechtsschutzlos gestellt. So weist der beurkundende Notar in seiner im Rahmen des Grundbuchverfahrens eingereichten Stellungnahme darauf hin, dass der Beteiligten zu 1 der Weg zum Prozessgericht mit der Möglichkeit des einstweiligen Rechtsschutzes offen steht (vgl. auch OLG München, FamRZ 2019, 868).

(...)

26 Die Rechtsbeschwerde ist nicht zuzulassen, weil die Voraussetzungen gemäß § 78 Abs. 2 GBO nicht vorliegen.

4. Keine Beschaffenheitsgarantie bei Anpreisungen in einem Maklerexposé

OLG Dresden, Beschluss vom 17.3.2020, 4 U 2183/19

BGB § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 und Satz 3

LEITSÄTZE:

1. Die Angabe in einem Maklerexposé, ein Gebäude sei „mit wenigen Handgriffen bereit, neue Besitzer zu beherbergen“, stellt keine Beschaffenheitsgarantie bezüglich der Wohn- und Sanierungsstandards dar.
2. Enthält der notarielle Kaufvertrag keine Angaben zur geschuldeten Beschaffenheit eines Grundstücks, kann der Käufer nicht davon ausgehen, dass der Verkäufer eine solche mit ihm vereinbaren wollte.

AUS DEN GRÜNDEN:

(...)

3 1. Ohne Erfolg rügen die Kläger, der im Exposé enthaltene Hinweis auf noch durchzuführende Renovierungsarbeiten sei nicht ausreichend gewesen, da die Beklagten auf das Erfordernis von umfassenden Sanierungsarbeiten hätten hinweisen müssen. Wie bereits ausgeführt, konnten die Hinweise im Exposé bereits nicht als konkrete Zustandsbeschreibung des Gebäudes und damit als Beschaffenheitsgarantie verstanden werden. Mangels hinreichend konkreten oder auch nur bestimmbarer Erklärungsinhalte sind daher Sachmangelansprüche aufgrund der im Exposé enthaltenen Angaben ausgeschlossen.

4 Auch das von den Klägern zitierte Urteil des BGH vom 9.2.2018, V ZR 274/16 rechtfertigt keine andere Beurteilung des Sachverhalts. Nach dieser Entscheidung können auch öffentliche Äußerungen des Verkäufers zur Bestimmung der Sollbeschaffenheit der Kaufsache nach § 434 Abs. 1 Satz 3, § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB herangezogen werden, die somit nicht vom Gewährleistungsausschluss im notariellen Kaufvertrag umfasst sind. Hiervon ist auch der Senat in dem Hinweisbeschluss vom 16.1.2019 ausgegangen (...), konnte aber bereits nicht feststellen, dass die Sollbeschaffenheit der Kaufsache bestimmende Äußerungen vorgelegen haben. Denn das im vorliegenden Fall erstellte Exposé enthält keine den erforderlichen Sanierungsaufwand näher konkretisierende Angaben, sondern nur die inhaltsleere Floskel, das Objekt sei „mit wenigen Handgriffen“ bereit „neue Besitzer zu beherbergen“, und darüber hinaus noch einen ausdrücklichen Hinweis auf den renovierungsbedürftigen Zustand des 1920 errichteten Gebäudes. Dagegen lag der Entscheidung des BGH ein Sachverhalt zugrunde, in die Verkäufer die Gebäude in ihrem Internetangebot als „Luxusimmobilie“ bezeichnet hatten, die „nach neuestem Standard renoviert worden“ seien.

5 2. Entgegen der Ansicht der Berufung greift der im notariellen Kaufvertrag vereinbarte Gewährleistungsausschluss auch im Hinblick auf den Zustand der elektrischen Anlage und der Feuchtigkeits- und Schimmelercheinungen unter den Paneelen ein. Die Kläger haben dagegen den ihnen obliegenden Nachweis arglistigen Handelns im Hinblick auf die behaupteten Mängel nicht geführt. (...)

6 Die erforderliche Kenntnis der Beklagten von dem behaupteten mangelhaften Zustand der Elektroanlage, der eine Gefahr für Leib und Leben darstellen würde, ergibt sich auch nicht aus den von den Klägern im Schriftsatz vom 2.3.2020 aufgeführten und durch Fotos belegten zahlreichen Mängeln und dem Umstand, dass die Beklagten nach Zahlung des Kaufpreises Elektroleitungen aus der Garage entfernt haben sollen. Angesichts der auch von den Klägern nicht in Abrede gestellten Mitteilungen der Beklagten zu Art und Umfang der Arbeiten an der elektrischen Anlage und des bei den Besichtigungen erkennbaren Zustands lässt sich bereits nicht feststellen, dass die Beklagten vorsätzlich falsche Angaben gemacht hätten. Auch der Umstand, dass nach Behauptung der Kläger von der elektrischen Anlage Gefahren für Leib und Leben drohten, belegt noch nicht, dass die Beklagten hiervon Kenntnis hatten. Dagegen spricht bereits, dass die Beklagte das Haus bis kurz vor dem Verkauf bewohnte. Es ist auch nicht ersichtlich, dass die Beklagten über Fachkenntnisse verfügten hätten, diese vortäuschten oder vorgegeben haben, dass die gesamte Anlage durch einen Fachbetrieb erneuert worden wäre. Die Entfernung von Leitungen aus der Garage lässt für sich genommen auch nicht auf eine arglistige Täuschung schließen, da ein Zusammenhang mit den nunmehr geltend gemachten Gewährleistungsansprüchen nicht erkennbar ist und auch nicht näher dargelegt wird.

(...)

5. Zustimmung des WEG-Verwalters zu eigenem Wohnungserwerb

OLG Hamm, Beschluss vom 10.1.2020, I-15 W 72/20

BGB § 181

WEG § 12

LEITSATZ:

Ist die Veräußerung des Wohnungseigentums von der Zustimmung des Verwalters abhängig, so kann dieser die Zustimmung auch dann erteilen, wenn er selbst das Wohnungseigentum erwirbt. § 181 BGB steht der Wirksamkeit der Zustimmung weder in direkter noch in entsprechender Anwendung entgegen (im Anschluss an OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15.11.2019, 3 Wx 217/19).

AUS DEN GRÜNDEN:

1 Die Beschwerde der Beteiligten zu 1 und 2 gegen die Zwischenverfügung ist zulässig (§ 71 GBO) und führt in der Sache zu deren Aufhebung.

2 Entgegen der vom Grundbuchamt in der Zwischenverfügung vertretenen Rechtauffassung kann der Vollzug der beantragten Eintragungen nicht davon abhängig gemacht werden, dass entweder ein zustimmender Beschluss der Wohnungseigentümer zu der Veräußerung des Wohnungseigentums des Beteiligten zu 1 an den Beteiligten zu 2 gefasst und in der Form des § 29 GBO vorgelegt wird oder aber der Beteiligte zu 2 in der Form des § 29 GBO nachweist, dass er in seiner Funktion als Verwalter des Wohnungseigentums von der Beschränkungen des § 181 BGB befreit ist.

3 Die von dem Verwalter eines Wohnungseigentums erteilte Zustimmung zu der Veräußerung einer Wohnungseigentums-einheit an ihn selbst unterliegt nicht den Beschränkungen des § 181 BGB (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15.11.2019, 3 Wx 217/19, juris; KG, FGPrax 2004, 697; jurisPK-BGB/*Lafontaine*, 8. Aufl., § 12 Rdnr. 42; Jennißen/*Grziwotz*, WEG, 6. Aufl., § 12 Rdnr. 21; MünchKomm-BGB/*Commichau*, 8. Aufl., § 12 Rdnr. 13; BeckOGK-WEG/*Skauradszun*, Stand: 1.12.2019, § 12 Rdnr. 19.2.; a. A.: LG Hagen, RNotZ 2007, 349; Bärmann/*Suilmann*, WEG, 14. Aufl., § 12 Rdnr.27).

4 Unmittelbar ist § 181 BGB nicht anwendbar, da der Verwalter seine einseitige Zustimmungserklärung zu der Veräußerung nicht gegenüber sich selbst als Erklärungsempfänger abgibt (OLG Düsseldorf, a. a. O.; KG, a. a. O.; BayObLG, NJW-RR 1986, 1077). In der Zustimmungserklärung ist ein Erklärungsempfänger nicht benannt. Es ist daher davon auszugehen, dass der Verwalter die Zustimmungserklärung gegenüber seinem Veräußerer abgibt (§ 182 Abs. 1 BGB).

5 Eine analoge Anwendung des § 181 BGB auf die vorliegende Konstellation ist aus Sicht des Senats nicht geboten. Zwar mag es im Einzelfall einen Interessenkonflikt des Verwalters als Erwerber einerseits und als Interessenwahrer der Wohnungseigentümer andererseits geben. Dieses rechtfertigt aber nicht die analoge Anwendung des § 181 BGB. Im Interesse der Rechtssicherheit ist § 181 BGB als formale Ordnungsvorschrift aufzufassen, bei der der Interessengegensatz zwar das gesetzgeberische Motiv, aber zur Tatbestandserfüllung grundsätzlich weder erforderlich noch ausreichend ist (OLG Düsseldorf, a. a. O.). Handelt es sich – wie hier – um eine Erklärung, die wahlweise gegenüber verschiedenen privaten Adressaten abgegeben werden kann, kommt eine Anwendung des § 181 BGB nicht in Betracht, wenn der Dritte nicht nur formal, sondern auch der Sache nach Erklärungsempfänger ist (BGHZ 94, 132). Bei der Zustimmung zu der von ihm beabsichtigten Veräußerung ist der Beteiligte zu 1 auch der Sache nach Erklärungsempfänger (§ 182 Abs. 1 BGB).

6 Zudem kann die Wohnungseigentümergeinschaft wirksame Schritte ergreifen, um sich für solche Fälle die Entscheidungshoheit zu sichern. Sie kann die Vereinbarung nach § 12 Abs. 1 WEG so gestalten, dass die Zustimmung zu Erwerbsvorgängen, an denen der Verwalter auf Veräußerer- oder Erwerberseite beteiligt ist, abweichend vom Regelfall nicht vom Verwalter erteilt wird, sondern es eines Beschlusses der Wohnungseigentümer bedarf. *Skauradszun* hat a. a. O. auch zutreffend darauf hingewiesen, dass für den Verwalter eine ungeschriebene Nebenpflicht besteht, die Wohnungseigentümersammlung auf eine bestehende Interessenkollision hinzuweisen und dieser die Möglichkeit zu geben, die Ent-

scheidungsbefugnis für diesen Veräußerungsvorgang an sich zu ziehen. Verletzt der Verwalter diese Nebenpflicht, ist der Veräußerungsvorgang zwar wirksam, der Verwalter aber zum Schadensersatz verpflichtet.

(...)

BÜRGERLICHES RECHT – SACHEN- UND GRUNDBUCHRECHT

6. Anspruch auf Löschung einer Grunddienstbarkeit wegen Wegfall des Vorteils

OLG München, Urteil vom 18.12.2019, 7 U 898/19

BGB §§ 286, 894, 1004 Abs. 1 und 2, §§ 1018, 1019 Satz 2

LEITSÄTZE:

1. Begehren die Eigentümer von zwei Grundstücken, auf denen Ende der 50er bzw. Anfang der 60er Jahre ein „Kartoffelkeller“ mit Erdaufschüttung errichtet worden war und zu deren Lasten auf Duldung der Anlage gerichtete Grunddienstbarkeiten bestellt wurden, die Löschung dieser Grunddienstbarkeiten, tragen sie die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass der für das herrschende Nachbargrundstück erstrebte Vorteil infolge grundlegender Änderung der tatsächlichen Verhältnisse oder der rechtlichen Grundlagen objektiv weggefallen ist.
2. Bei der Ermittlung dieses Vorteils ist von der Parteilvereinbarung und von dem Zweck, der mit der Grunddienstbarkeit verfolgt wird, auszugehen; dabei ist maßgeblich eine objektive Betrachtung unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls.
3. Besteht der mit der Grunddienstbarkeit gewährte Vorteil und verfolgte Zweck für das herrschende Grundstück der Beklagten (einer Brennereigenossenschaft) darin, dass der Betrieb einer Kartoffelbrennerei dadurch gefördert werden sollte, dass die für das Brennen angelieferten und zu verwendenden Kartoffeln in dem auf den Klägergrundstücken von der Genossenschaft in den 50er bzw. 60er Jahren des letzten Jahrhunderts errichteten Keller gelagert und von hieraus auf das Nachbargrundstück mittels Schwemmanlage verbracht werden, um dort zu Alkohol gebrannt zu werden – wie es der tatsächlichen, jahrzehntelangen Nutzung entsprach –, liegt ein objektiver und endgültiger Wegfall dieses Vorteils vor, wenn die Grunddienstbarkeit seit vielen Jahren nicht mehr ausgeübt wird, der Kartoffelkeller ungenutzt ist und verfällt, das landwirtschaftliche Brennrecht nicht mehr besteht, die Brenneinrichtung entfernt wurde, eine Kartoffelbrennerei wirtschaftlich nicht mehr sinnvoll betrieben werden kann und insgesamt bei einem normalen Verlauf der Dinge nicht damit zu rechnen ist, dass künftig wieder eine Kartoffelbrennerei betrieben werden wird.

7. Eintragungspflichtigkeit des Nacherbenvermerks bei bedingter Anordnung der Nacherbfolge

OLG Hamm, Beschluss vom 5.11.2019, 15 W 342/19

BGB § 2065 Abs. 2, §§ 2069, 2113 Abs. 2

GBO §§ 16, 51

LEITSÄTZE:

1. Im Falle der Anordnung einer Nacherbfolge unter der Bedingung, dass der Vorerbe nicht letztwillig anderweitig über den ererbten Nachlass verfügt, darf die Eintragung des Nacherbenvermerks vor dem Tod des Vorerben grundsätzlich nicht unterbleiben. Denn erst mit dem Tod des Vorerben kann die Frage beantwortet werden, ob Nacherbfolge eingetreten ist (Anschluss an Senat, 15 W 102/13 und 15 W 364/18).
2. Der Antrag, die beantragte Eintragung als Alleineigentümer nur dann vorzunehmen, wenn die gleichzeitige Eintragung eines Nacherbenvermerks unterbleibt, ist zulässig und verstößt nicht gegen § 16 Abs. 1 GBO. (Leitsatz der Schriftleitung)

8. Zur Verwendbarkeit betreuungsbehördlich beglaubigter Vollmachten im Grundbuchverkehr

OLG Köln, Beschluss vom 30.10.2019, 2 Wx 327/19, mitgeteilt von **Werner Sternal**, Vorsitzender Richter am OLG Köln

BGB §§ 129, 164, 1901c

BtBG § 6 Abs. 2 Satz 1

GBO § 29

LEITSÄTZE:

1. Gemäß § 6 Abs. 2 Satz 1 BtBG ist die Betreuungsbehörde befugt, Unterschriften oder Handzeichen auf Vorsorgevollmachten öffentlich zu beglaubigen. Eine solche gemäß § 6 Abs. 2 Satz 1 BtBG öffentlich beglaubigte Vorsorgevollmacht genügt indes nicht den Anforderungen des § 29 GBO.
2. Die Beglaubigungsbefugnis der Betreuungsbehörde dient allein der Vermeidung einer Betreuung, deshalb wurde diese auf die Beglaubigung von Vorsorgevollmachten und Betreuungsverfügungen begrenzt. Nach dem Tod des Vollmachtgebers gibt es kein Bedürfnis mehr für ein Betreuungsverfahren, die Vorsorgevollmacht wandelt – sofern sie transmortal erteilt wurde – ihren Charakter und bleibt ggf. als Nachlassvollmacht bestehen. Diesbezüglich fehlt es aber an einer Beglaubigungsbefugnis der Betreuungsbehörde. (Leitsatz der Schriftleitung)

Der Volltext der Entscheidung ist erschienen in der DNotZ 2020, 680.

9. Formanforderungen für notariellen Prüfvermerk

OLG Köln, Beschluss vom 3.7.2019, 2 Wx 169/19

GBO § 15 Abs. 3

WEG § 12 Abs. 1

BeurkG § 39

LEITSATZ:

Der notarielle Prüfvermerk gemäß § 15 Abs. 3 Satz 1 GBO bedarf nicht der Form des § 39 BeurkG (eigenständige Vermerkurkunde). Jedenfalls ausreichend ist eine unterschriebene und gesiegelte Erklärung des Notars. (Leitsatz der Schriftleitung)

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Der Beteiligte zu 1 ist im Grundbuch eingetragener Eigentümer des im Rubrum bezeichneten Grundbesitzes.

2 Mit Schriftsatz vom 6.5.2019 hat der Verfahrensbevollmächtigte der Beteiligten zu 1 und 2 u. a. beantragt, den Eigentumswechsel des im Rubrum bezeichneten Grundbesitzes vom Beteiligten zu 1 auf den Beteiligten zu 2 im Grundbuch einzutragen (...). Dem Schriftsatz hat er den von ihm notariell beurkundeten Vertrag vom 31.1.2019, UR. Nr. 1 (...)/2019 beigelegt, mit dem der Beteiligte zu 1 diesen Grundbesitz an den Beteiligten zu 2 verkauft und aufgelassen hat (...). Weiterhin hat der Verfahrensbevollmächtigte (u. a.) die beglaubigte Verwalterzustimmung vom 12.3.2019, UR. Nr. 3(...)/2019 des Notars Dr. A in B (...) – sowie eine beglaubigte Abschrift vom 15.3.2019 der Niederschrift über die Wohnungseigenterversammlung vom 7.9.2017, beglaubigt am 12.1.2018, UR. Nr. 5(...)/2018 des Notars Dr. A in B –, vorgelegt (...).

3 Mit Zwischenverfügung vom 9.5.2019 hat das Grundbuchamt darauf hingewiesen, dass im Hinblick auf die Beglaubigung der Verwalterzustimmung § 15 Abs. 3 GBO nicht beachtet worden sei (...). Die Bestätigung gemäß § 15 Abs. 3 GBO sei erforderlich, weil Entwurfs- und Beglaubigungsnotar nicht identisch seien. Zur Behebung des Hindernisses hat das Grundbuchamt eine Frist bis zum 6.6.2019 gesetzt.

4 Gegen diese dem Verfahrensbevollmächtigtem der Beteiligten am 10.05.2019 zugestellte Zwischenverfügung hat dieser mit am 24.5.2019 beim OLG Köln eingegangenen Schriftsatz vom 14.5.2019 Beschwerde eingelegt (...). Zur Begründung hat er ausgeführt, dass er, der Verfahrensbevollmächtigte, die Verwalterzustimmung auf Eintragungsfähigkeit geprüft habe, was „hier ausdrücklich bestätigt“ werde. Die Vorschrift des § 15 Abs. 3 GBO sei auf die Verwalterzustimmung nicht anwendbar. Die in dieser Vorschrift statuierte Prüfungspflicht betreffe nur die eigentlichen grundbuchrechtlichen Erklärungen im Sinne des § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO wie zum Beispiel die Eintragungsbewilligung, nicht aber ergänzende Erklärungen wie Vollmachten und Genehmigungen.

5 II. Die Beschwerde ist gemäß § 71 Abs. 1 GBO statthaft und auch im Übrigen in zulässiger Weise eingelegt worden. Die Beschwerde ist dahin auszulegen, dass das Rechtsmittel durch die Beteiligten zu 1 und 2 erhoben werden soll. Wenn der be-

urkundende Notar im Rahmen der (vermuteten) Vollmacht gemäß § 15 GBO Beschwerde einlegt, sind grundsätzlich die Antragsberechtigten und nicht der Notar persönlich als Beschwerdeführer anzusehen, wenn sich nicht aus einer ausdrücklichen Angabe oder aus den Umständen etwas anderes ergibt (vgl. *Demharter*, GBO, 31. Aufl. 2018, § 15 Rdnr. 20). Da der Notar im vorliegenden Fall ausdrücklich ausgeführt hat, dass der angefochtene Beschluss die Beteiligten in ihren Rechten verletzt, ist davon auszugehen, dass er die Beschwerde nicht im eigenen Namen, sondern im Namen der Beteiligten eingeleitet hat.

6 Der Senat kann über die Beschwerde entscheiden, auch wenn es an einer Nichtabhilfeentscheidung des Grundbuchamts fehlt.

7 In der Sache hat die Beschwerde Erfolg.

8 Dabei kann offen bleiben, ob die angefochtene Zwischenverfügung zu Recht ergangen ist. Denn das Eintragungshindernis ist jedenfalls mit der Einlegung der Beschwerde behoben worden.

9 Die Frage, ob die Prüfungspflicht gemäß § 15 Abs. 3 Satz 1 GBO auch Zustimmungen des Verwalters einer Wohnungseigentümergeinschaft gemäß § 12 Abs. 1 WEG erfasst, ist umstritten. Zum Teil wird die Auffassung vertreten, dass die notarielle Prüfungspflicht sämtliche zur Grundbucheintragung erforderlichen Erklärungen und Erklärungsbestandteile im Sinne von § 29 Abs. 1 GBO umfasst, also auch die Verwalterzustimmung gemäß § 12 Abs. 1 WEG (*BeckOK-GBO/Reetz*, Stand: 1.6.2019, § 15 Rdnr. 82; *Attenberger*, MittBayNot 2017, 335, 337). Dem wird jedoch teilweise entgegengehalten, dass § 15 Abs. 3 GBO nur auf die sich aus der GBO ergebenden eintragungsnötigen Erklärungen wie zum Beispiel §§ 19, 20, 22 Abs. 2, §§ 26, 27 GBO Anwendung finde (*Weber*, RNotZ 2017, 427, 430; *Demharter*, GBO, § 15 Rdnr. 22, 23). Einer Entscheidung dieses Meinungsstreits bedarf es vorliegend indes nicht, weil der Verfahrensbevollmächtigte die Voraussetzungen des § 15 Abs. 3 GBO jedenfalls mit der Einreichung der Beschwerdeschrift erfüllt hat.

10 Ein den Anforderungen des § 15 Abs. 3 GBO entsprechender Prüfvermerk des Notars liegt vor. Der Verfahrensbevollmächtigte der Beteiligten hat in der gestempelten und unterschriebenen Beschwerdeschrift ausdrücklich bestätigt, die Verwalterzustimmung auf ihre Eintragungsfähigkeit gemäß § 15 Abs. 3 Satz 1 GBO geprüft zu haben. Zwar wird in der Literatur im Hinblick auf § 29 Abs. 1 Satz 2 GBO teilweise – über die hier vorliegende Form hinaus – verlangt, dass der Prüfvermerk der Form einer Vermerkurkunde gemäß § 39 BeurkG entsprechen muss (*Weber*, RNotZ 2017, 427, 434; *BeckOK-GBO/Reetz*, § 15 Rdnr. 89). Dieser Auffassung folgt der Senat indes nicht. Denn nähere Vorgaben zur konkreten Ausgestaltung des Prüfvermerks enthalten die gesetzliche Regelung des § 15 Abs. 3 GBO und die Gesetzesbegründung nicht. Insbesondere enthält die Gesetzesbegründung keine Aussagen über mögliche Formanforderungen an den Prüfvermerk. Es kann daher nicht davon ausgegangen werden, dass der Prüfvermerk zwingend in der Form des § 39 BeurkG erfolgen muss, zumal es ausweislich der Gesetzesbegründung maßgeblich nur darauf ankommt, ob die Vornahme der Prü-

fung für das Grundbuchamt „ohne weitere Nachforschungen“ ersichtlich ist (zum Vorstehenden: *Attenberger*, MittBayNot 2017, 335, 342). Zum Teil wird daher eine formlose Bestätigung des Notars im Antragsschreiben für ausreichend erachtet (OLG Celle, FGPrax 2018, 5-7, juris Rdnr. 25; *KEHE/Volmer*, Grundbuchrecht, 8. Aufl. 2019, § 15 Rdnr. 82), zum Teil eine unterschriebene und gestempelte Erklärung des Notars (*Bauer/Schaub/Wilke*, GBO, 4. Aufl. 2018, § 15 Rdnr. 44; *Demharter*, GBO, § 15 Rdnr. 24). Hier kann offen bleiben, ob eine formlose Bestätigung des Notars ausreichen würde oder ob eine unterschriebene und gestempelte Erklärung des Notars ausreicht, weil die Beschwerdeschrift jedenfalls unterschrieben und gestempelt ist.

11 III. Eine Kostenentscheidung ist nicht veranlasst. Gerichtskosten sind für das Beschwerdeverfahren nicht entstanden, weil die Beschwerde Erfolg hat. Eine Erstattung außergerichtlicher Kosten kommt nicht in Betracht, weil den Beteiligten zu 1 und 2 ein Gegner nicht gegenübersteht.

ANMERKUNG:

Von Notar **Johannes Attenberger**, Vilseck

Die Entscheidung beschäftigt sich mit zwei Fragen im Zusammenhang mit der seit 8.6.2017 im Grundbuchverfahren geltenden notariellen Prüfung auf Eintragungsfähigkeit nach § 15 Abs. 3 Satz 1 GBO.¹ Wie bereits in den Entscheidungen des OLG Schleswig² und des OLG Celle³ war Ausgangspunkt der Entscheidung die zutreffende Annahme des Grundbuchamtes und des OLG Köln als Beschwerdegericht, dass die notarielle Prüfung auf Eintragungsfähigkeit Eintragungsvoraussetzung ist, die dem Grundbuchamt nachgewiesen sein muss und bei deren Fehlen eine Eintragung nicht erfolgen kann. Zu entscheiden war in diesem Zusammenhang, ob die notarielle Prüfung nach § 15 Abs. 3 Satz 1 GBO auch die Verwalterzustimmung nach § 12 Abs. 1 WEG erfasst (1.) und wie bzw. in welcher Form die Tatsache, dass die Prüfung durch den Notar stattgefunden hat, die Eintragungsvoraussetzung also erfüllt ist, dem Grundbuchamt gegenüber nachzuweisen ist (2.).

1. Prüfung auf Eintragungsfähigkeit auch bzgl. der Verwalterzustimmung nach § 12 Abs. 1 WEG

Die Frage, ob Gegenstand der Prüfung nach § 15 Abs. 3 Satz 1 GBO auch die Verwalterzustimmung nach § 12 Abs. 1 WEG ist, ist in der Literatur umstritten. Sie wurde vom OLG Köln in der Entscheidung vom 3.7.2019 noch ausdrücklich offengelassen – dann jedoch in der einen Mo-

- 1 Eingeführt durch das „Gesetz zur Neuordnung der Aufbewahrung von Notariatsunterlagen und zur Einrichtung des Elektronischen Urkundenarchivs bei der BNotK sowie zur Änderung weiterer Gesetze“ (BGBl. 2017 I, S. 1396); für das Handels-, Vereins- und Güterrechtsregisterverfahren vgl. § 378 Abs. 3 FamFG.
- 2 OLG Schleswig, Beschluss vom 28.7.2017, 2 Wx 50/17, MittBayNot 2017, 575.
- 3 OLG Celle, Beschluss vom 6.11.2017, 18 W 57/17, DNotZ 2018, 449.

nat später ergangenen Entscheidung vom 5.8.2019⁴ dahin gehend entschieden, dass auch bzgl. der Verwalterzustimmung die Prüfung nach § 15 Abs. 3 Satz 1 GBO erforderlich und damit Eintragungsvoraussetzung ist.

Gegen eine Erfassung der Verwalterzustimmung wird zum Teil vorgebracht, dass der Notar im Verfahren nach § 15 Abs. 3 Satz 1 GBO auch die Vertretungsmacht eines Stellvertreters nicht prüfen muss; es sei insofern nicht überzeugend, eine Vollmacht von der Eintragungsfähigkeitsprüfung auszunehmen, für die Verwalterzustimmung aber eine solche zu verlangen.⁵

Dieses Argument kann jedoch nicht überzeugen. Es ist zwar zutreffend, dass sich die notarielle Prüfung auf Eintragungsfähigkeit weder im Register- noch im Grundbuchverfahrenrecht auf die Berechtigung (Verfügungs- bzw. Vertretungsmacht) der anmeldenden bzw. erklärenden Person selbst bezieht. Dies gilt insbesondere auch für sämtliche Fragen der Stellvertretung.⁶ Denn von wem die Anmeldung bzw. Erklärung abzugeben ist, um eine Eintragung zu bewirken, kann ohne Einsicht in das Register bzw. Grundbuch nicht festgestellt werden – die Gesetzesbegründung formuliert jedoch ausdrücklich, dass „außerhalb der Erklärung liegende Umstände, Eintragungsvoraussetzungen oder etwaige weitere Erklärungen nicht von der Prüfungspflicht des Notars umfasst“ sind. Für die Erfüllung der Prüfpflicht ist somit kein Abgleich mit Register- oder Grundbuchauszügen erforderlich.⁷

Dieser Grundgedanke der Einschränkung („keine Prüfung von außerhalb der Erklärung liegenden Umständen“) trifft auf die Zustimmungserklärung nach § 12 Abs. 1 WEG selbst dagegen nicht zu. Lediglich wiederum die Frage, ob die die Zustimmung nach § 12 Abs. 1 WEG erklärende Person selbst zur Abgabe der Erklärung berechtigt ist, insbesondere also ob – wie in der Regel – ein Verwalter zur Abgabe der Erklärung nach § 12 Abs. 1 WEG zuständig ist und die erklärende Person auch dieser Verwalter ist, ist als außerhalb der Erklärung liegender Umstand von der Prüfungspflicht des Notars nicht umfasst. Die Erklärung „Zustimmung nach § 12 Abs. 1 WEG“ selbst dürfte somit richtigerweise – wie vom OLG Köln entschieden – als „zu einer Eintragung erforderliche Erklärung“ nach § 15 Abs. 3 Satz 1 GBO auf Eintragungsfähigkeit zu prüfen sein; Gegenstand der Prüfung ist aber nicht die Person des Erklärenden und dessen Berechtigung zur Abgabe.

2. Nachweis der Prüfung gegenüber dem Grundbuchamt

Als Eintragungsvoraussetzung muss die Tatsache, dass die Prüfung durch den Notar stattgefunden hat, für das Grundbuchamt ersichtlich sein. In allen Fällen, in denen Anmeldungen bzw. Erklärungen nach §§ 8 ff. BeurkG beurkundet wurden, ergibt sich die Vornahme der Prüfung für das Grundbuchamt bereits aus der notariellen Niederschrift und ist mit dieser nachgewiesen.⁸ Bei Erklärungen außerhalb von Niederschriften nach §§ 8 ff. BeurkG ist hierfür grundsätzlich ein anderweitiger Nachweis der Vornahme der Prüfung gegenüber dem Grundbuchamt erforderlich. Hierfür ist sodann weiter zu differenzieren: Ein gesonderter Prüfvermerk ist in den Fällen der sog. „Unterschriftsbeglaubigung mit Entwurf“ nicht erforderlich, vorausgesetzt, dass für das Grundbuchamt klar und unzweideutig feststeht und ohne Weiteres anhand des Äußeren der Urkunde erkennbar ist, dass die Erklärung, deren Unterzeichnung der einreichende Notar beglaubigt hat, auch von diesem entworfen worden ist.⁹ In allen anderen Fällen ist ein anderweitiger Nachweis über die erfolgte Prüfung erforderlich, insbesondere durch einen sog. Prüfvermerk¹⁰. Hinsichtlich der Form dieses Prüfvermerks wird in der Literatur unter Verweis auf § 29 Abs. 1 Satz 2 GBO teilweise ein Nachweis in öffentlicher Urkunde und somit ein Prüfvermerk in der Form des § 39 BeurkG verlangt.¹¹ Dieser Auffassung ist das OLG Köln in der vorliegenden Entscheidung indes ausdrücklich nicht gefolgt, sondern hat entschieden, dass hinsichtlich der Form des Prüfvermerks eine Vermerkurkunde gemäß § 39 BeurkG nicht erforderlich ist. Zur Begründung weist das OLG Köln zutreffend darauf hin, dass weder die gesetzliche Regelung des § 15 Abs. 3 GBO noch die Gesetzesbegründung nähere Vorgaben zur konkreten Ausgestaltung des Prüfvermerks enthalten und dass insbesondere die Gesetzesbegründung keine Aussagen über mögliche Formanforderungen an den Prüfvermerk enthält. Es könne daher nicht davon ausgegangen werden, dass der Prüfvermerk zwingend in der Form des § 39 BeurkG erfolgen müsse, zumal es ausweislich der Gesetzesbegründung maßgeblich nur darauf ankomme, ob die Vornahme der Prüfung für das Grundbuchamt „ohne weitere Nachforschungen“ ersichtlich sei.¹² Offen lassen konnte das OLG Köln dagegen, ob im Übrigen eine formlose Bestätigung des Notars, insbesondere im Antragschreiben, ausreichen würde oder ob eine unterschriebene

4 OLG Köln, Beschluss vom 5.8.2019, 2 Wx 220/19, 2 Wx 227-229/19, MittBayNot 2020, 40.

5 So *Weber*, RNotZ 2017, 427, 430.

6 Wie hier *Bauer/Schaub/Wilke*, GBO, 4. Aufl. 2018, § 15 Rdnr. 38.

7 „Ohne weiteren Auftrag der Beteiligten hat deshalb insbesondere keine Grundbucheinsicht zu erfolgen, da eine solche auch mit weiteren Kosten verbunden wäre.“ (BR-Drucks. 602/16 (B), S. 17).

8 Vgl. bereits die Gesetzesbegründung, BR-Drucks. 602/16 (B), S. 17; ebenso mittlerweile OLG Schleswig, Beschluss vom 28.7.2017, 2 Wx 50/17, a. a. O. und OLG Celle, Beschluss vom 6.11.2017, 18 W 57/17, a. a. O.

9 So auch bereits ausdrücklich entschieden durch OLG Schleswig, Beschluss vom 28.7.2017, 2 Wx 50/17, a. a. O. und OLG Celle, Beschluss vom 6.11.2017, 18 W 57/17, a. a. O.).

10 Vorschlag der BNotK für einen positiven Prüfvermerk (Rundschreiben Nr. 5/2017 vom 23.5.2017): „Die vorstehend unterschriebene Anmeldung/Erklärung habe ich (nach § 378 Abs. 3 Satz 1 FamFG/§ 15 Abs. 3 Satz 1 GBO) auf Eintragungsfähigkeit geprüft“ (Ort, Datum, Unterschrift, Siegel [Name und Amts-sitz], Amtsbezeichnung).

11 So *Weber*, RNotZ 2017, 427, 434; *BeckOK-GBO/Reetz*, Stand: 1.3.2020, § 15 Rdnr. 89.

12 Hierzu näher *Attenberger*, MittBayNot 2017, 335, 342.

und gesiegelte Erklärung des Notars zum Nachweis erforderlich ist – denn vorliegend war die Beschwerdeschrift des Notars von diesem unterschrieben und gesiegelt worden. Das OLG Celle hatte diese Rechtsfrage zuvor bereits dahingehend entschieden, dass sogar eine formlose Bestätigung des Notars im Antragsschreiben ausreicht¹³.

¹³ OLG Celle, Beschluss vom 6.11.2017, DNotZ 2018, 449, 454.

BÜRGERLICHES RECHT – FAMILIENRECHT

10. Gesetzliche Gesamtvertretung des minderjährigen Kindes

BGH, Beschluss vom 29.4.2020, XII ZB 112/19 (Vorinstanz: OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 27.2.2019, 8 UF 61/18)

BGB §§ 167, 1626, 1629, 1671

LEITSÄTZE:

1. **Dem sich aus der gesetzlichen Gesamtvertretung des minderjährigen Kindes durch gemeinsam sorgeberechtigte Eltern ergebenden Bedürfnis für eine Autorisierung eines Elternteils zur alleinigen Wahrnehmung elterlicher Vertretungsbefugnisse kann durch Erteilung einer Vollmacht entsprochen werden.**
2. **Das Grundverhältnis für diese Vollmacht ist regelmäßig das sich aus dem fortbestehenden gemeinsamen Sorgerecht ergebende gesetzliche Rechtsverhältnis. Daraus ergeben sich insbesondere Kontrollbefugnisse und -pflichten und ggf. auch Mitwirkungspflichten des vollmachtgebenden Elternteils. Eines gesonderten Vertrags zwischen den Eltern bedarf es für das Grundverhältnis nicht.**
3. **Die Bevollmächtigung des mitsorgeberechtigten Elternteils kann eine andernfalls notwendige Übertragung des Sorgerechts ganz oder teilweise entbehrlich machen, wenn und soweit sie dem bevollmächtigten Elternteil eine ausreichend verlässliche Handhabe zur Wahrnehmung der Kindesbelange gibt. Hierfür ist eine ausreichende Kooperationsfähigkeit und -bereitschaft der Eltern erforderlich, soweit eine solche auch unter Berücksichtigung des durch die Vollmacht erweiterten Handlungsspielraums des bevollmächtigten Elternteils unerlässlich ist.**

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Beteiligten zu 1 und 2 sind die nicht miteinander verheirateten Eltern des im November 2012 geborenen Sohnes N L. Sie streiten über das Sorgerecht.

2 Die 1974 geborene Kindesmutter ist kroatische Staatsangehörige, der 1956 geborene Kindesvater besitzt die Staatsangehörigkeit von Bosnien und Herzegowina. Beide leben seit

geraumer Zeit in Deutschland und sind getrennt. Der Sohn hat – auch – die deutsche Staatsangehörigkeit. Er lebt bei der Kindesmutter, die inzwischen verheiratet ist.

3 Die Eltern gaben kurz nach der Geburt übereinstimmende Sorgeerklärungen ab. Sie führten in der Vergangenheit mehrere Verfahren, unter anderem zum Kindesunterhalt und zum Umgangsrecht. Im Jahr 2013 beantragte die Kindesmutter die Übertragung der elterlichen Sorge auf sich. Das AG übertrug ihr in jenem Verfahren mit Zustimmung des Kindesvaters das alleinige Aufenthaltsbestimmungsrecht. Im Jahr 2016 beantragte die Kindesmutter erneut die Übertragung der vollständigen elterlichen Sorge. Das Verfahren wurde beendet, nachdem der Kindesvater ihr am 16.2.2017 eine vom Gericht protokollierte umfängliche Vollmacht erteilt hatte.

4 Im vorliegenden Verfahren hat die Kindesmutter wiederum beantragt, ihr das alleinige Sorgerecht zu übertragen. Sie beruft sich unter anderem darauf, dass es in verschiedenen Angelegenheiten trotz der erteilten Vollmacht zu Schwierigkeiten bei der Vertretung des Kindes gekommen sei und der Kindesvater anschließend trotz ihrer Bitten nicht mitgewirkt habe. Dieser ist der Meinung, dass es einer Übertragung des Sorgerechts wegen der im Vorverfahren erteilten Vollmacht, jedenfalls aber wegen einer weiteren, während des vorliegenden Verfahrens notariell beurkundeten Vollmacht vom 22.11.2017 nicht bedürfe.

5 Das AG hat das Sorgerecht antragsgemäß der Kindesmutter übertragen. Auf die Beschwerde des Kindesvaters hat das OLG den Antrag der Kindesmutter zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die zugelassene Rechtsbeschwerde der Kindesmutter, mit der sie ihren Antrag weiterverfolgt.

6 II. Die Rechtsbeschwerde hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das OLG.

7 1. Nach Auffassung des OLG, dessen Entscheidung in FamRZ 2019, 1144 veröffentlicht ist, ist es im Sinne des Kindeswohls ausreichend, dass der Kindesvater vom Kindesvater eine Vollmacht oder Ermächtigung erteilt wurde und keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich seien, dass er diese zeitnah widerrufen möchte.

8 Zwar liege es im vorliegenden Fall nahe, dass die Übertragung der elterlichen Sorge auf die Kindesmutter grundsätzlich dem Kindeswohl am besten entspreche. Zwischen den Eltern bestehe ein Kommunikationskonflikt, der eine gemeinsame Entscheidungsfindung in kindbezogenen Belangen kaum möglich erscheinen lasse, insbesondere weil die Kindesmutter die Elternschaft des Kindesvaters gegenüber dem Sohn nicht offenlegen wolle. Jedoch sei die Übertragung der restlichen Sorgerechtsanteile auf die Kindesmutter nicht geboten. Der Kindesvater habe sie hinreichend bevollmächtigt bzw. ermächtigt, sodass sie ohne weitere Übertragung im Rahmen der elterlichen Sorge für den Sohn tätig werden könne.

9 Bei der Übertragung des Sorgerechts als Eingriff in das Elternrecht des Kindesvaters sei insbesondere der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu berücksichtigen. Da der Konflikt zwischen den Eltern hier aber nicht so weit gehe, dass diese sich widersprechende Entscheidungen treffen würden, genüge es,

der Kindesmutter eine erleichterte Handhabung der Vertretung des Kindes bei der Teilnahme am Rechtsverkehr zu ermöglichen. Hierzu würden die erteilten Vollmachten (Ermächtigungen) als milderer Mittel ausreichen.

10 Neben in der Rechtsprechung der OLG hierzu vertretenen unterschiedlichen Ansätzen sei zu berücksichtigen, dass die Bevollmächtigung unter Gesamtvertretern auch im Gesellschaftsrecht abgelehnt worden sei. Allerdings sei anerkannt, dass ein Gesamtvertreter den anderen ermächtigen könne, die ihm zugewiesene Vertretungsmacht mit auszuüben. Die Ermächtigung bedürfe anders als die Vollmacht keines Kausalgeschäfts. Sie sei auch im Verhältnis gesamtvertretungsberechtigter Eltern möglich und zulässig. Letztlich könne es jedoch dahingestellt bleiben, ob die vom Kindesvater erteilte „Vollmacht“ tatsächlich als Vollmacht im Rechtssinne oder als Ermächtigung zu verstehen sei. Denn dem Kindesvater sei es erkennbar wichtig gewesen, die Befugnisse der Antragstellerin zur Vertretung zu erweitern und damit auf den Ausgang des vorliegenden Verfahrens Einfluss zu nehmen.

11 Die Details der rechtlichen Einordnung hätten für den Kindesvater erkennbar nicht im Vordergrund gestanden. Die Erklärung vom 22.11.2017 sei zwar inhaltlich recht weitgreifend, halte sich aber noch im Rahmen einer zulässigen „Bereichsermächtigung“. Letztlich komme es darauf an, ob ein Widerruf der Vollmacht oder Ermächtigung ernstlich im Raum stehe. Denn es gelte auch hier das Primat der Elternverantwortung, dem die Eltern gerecht würden, wenn sie in Eigeninitiative Maßnahmen ergriffen, die zur Zweckerreichung ausreichten. Auch wenn die Maßnahmen aus Rechtsgründen nicht „mit letzter Verbindlichkeit“ ergriffen würden, müsse es ausreichen, dass der Ermächtigende bzw. Vollmachtgeber die Verbindlichkeit seines Handelns nicht in Zweifel ziehe.

12 Die Eltern hätten sich am 16.2.2017 im Rahmen einer Vereinbarung darauf verständigt, dass der Kindesvater der Kindesmutter eine umfassende und unwiderrufliche Vollmacht erteilt und dies auch unmittelbar zu gerichtlichem Protokoll so erklärt. Diese Vollmacht sei in der Folgezeit noch durch die öffentlich beglaubigte Vollmacht vom 22.11.2017 ergänzt worden. Eine solche Ermächtigung bzw. Vollmacht sei ein milderer Mittel, auch wenn sie trotz der gegenteiligen Formulierung jederzeit widerruflich sei.

13 Die Kindesmutter sei entgegen ihrem Vorbringen in der Lage, mit der erteilten Vollmacht zu handeln. Die von ihr benannten Umstände seien nicht geeignet, an ihrer Handlungsfähigkeit für das Kind zu zweifeln. In bestimmten Angelegenheiten (Kindergartenaufnahmevertrag, Auswahl der Schule und des Horts sowie religiöse Erziehung des Kindes) sei die Kindesmutter mit der Sorgerechtsvollmacht im Besitz der hierfür erforderlichen Unterlagen und würden sie weitergehende Schwierigkeiten (Identitäts- und Staatsangehörigkeitsnachweise) auch im Fall der Sorgerechtsübertragung treffen. Zwar könne sie, weil es sich nicht um eine Entscheidung handle, keine Bescheinigung nach Art. 39 Brüssel IIa-VO erhalten, jedoch gebe es im Verhältnis sowohl zu Kroatien als auch zu Bosnien und Herzegowina andere Formen der Legalisation von Urkunden. Soweit die Kindesmutter eine von beiden Eltern beabsichtigte Vornamensänderung nicht bewirken können, habe die entsprechende Zwischenverfügung des Stan-

desamts Hinderungsgründe benannt, die sich auch mit einer Sorgerechtsübertragung nicht hätten ausräumen lassen. Auch wenn der Kindesvater während eines Aufenthalts von Kindesmutter und Sohn in Kroatien bei dortigen Behörden vorgeprochen habe, habe dies lediglich zu einer Rückfrage der Behörden bei der Großmutter mütterlicherseits geführt, um sich von der Rechtmäßigkeit des Aufenthalts zu überzeugen.

14 2. Das hält rechtlicher Nachprüfung nicht in vollem Umfang stand.

15 a) Die in jeder Lage des Verfahrens von Amts wegen zu prüfende internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte ist nach Art. 8 Brüssel IIa-VO aufgrund des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes gegeben (zum zeitlichen Anwendungsbe- reich der Neufassung vgl. *Mansell/Thorn/Wagner*, IPRax 2020, 97, 101). Nach Art. 15 Abs. 1 KSÜ ist wegen des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes in Deutschland in der Sache auf jeden Fall deutsches Recht als *lex fori* anzuwenden.

16 b) Auf der Grundlage der vom OLG getroffenen Feststellungen ist eine Zurückweisung des Antrags der Kindesmutter gemäß § 1671 Abs. 1 BGB nicht gerechtfertigt. Nach § 1671 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB ist dem Antrag eines Elternteils auf Übertragung des alleinigen Sorgerechts stattzugeben, soweit zu erwarten ist, dass die Aufhebung der gemeinsamen Sorge und die Übertragung auf den Antragsteller dem Wohl des Kindes am besten entspricht.

17 aa) Nach den bisherigen Feststellungen des OLG sind die tatbestandlichen Voraussetzungen für die Übertragung des alleinigen Sorgerechts auf die Kindesmutter wegen des bestehenden Kommunikationskonflikts der Eltern im Ausgangspunkt gegeben. Daher ist in der Rechtsbeschwerdeinstanz zu unterstellen, dass die Übertragung des alleinigen Sorgerechts auf die Kindesmutter – im Fall des Fehlens alternativer Regelungen- oder Gestaltungsmöglichkeiten – dem Kindeswohl im Sinne von § 1671 Abs. 1 BGB am besten entspricht.

18 bb) Mit der Aufhebung der gemeinsamen Sorge und Übertragung der Alleinsorge auf den antragstellenden Elternteil gemäß § 1671 BGB ist zwangsläufig ein Eingriff in das durch Art. 6 Abs. 2 GG geschützte Elternrecht des anderen Elternteils verbunden. Auch die Aufhebung der gemeinsamen elterlichen Sorge unterliegt daher dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (vgl. BVerfG, FamRZ 2019, 802 Rdnr. 2; Beschluss vom 4.8.2015, 1 BvR 1388/15, juris Rdnr. 10; FamRZ 2004, 1015, 1016 m. w. N.). Sie kommt insbesondere nur dann in Betracht, wenn dem Kindeswohl nicht durch mildere Mittel als die Sorgerechtsübertragung entsprochen werden kann.

19 (1) Die Frage, ob eine Sorgerechtsübertragung nach § 1671 Abs. 1 BGB durch die Erteilung einer Vollmacht in diesem Sinne entbehrlich werden kann, wird in der Rechtsprechung der Obergerichte und im Schrifttum unterschiedlich beurteilt.

20 Zum Teil wird die Frage allgemein („in aller Regel“) verneint (OLG Düsseldorf, FamRZ 2018, 693, 694; *Rake*, FuR 2019, 194, 196 m. w. N.; jurisPK-BGB/*Thormeyer*, Stand: 15.10.2019, § 1671 Rdnr. 43). Zum Teil wird die Vollmachterteilung nur dann als ausreichend betrachtet, wenn eine Kom-

munikations- und Kooperationsfähigkeit der Eltern besteht (OLG Saarbrücken, Beschluss vom 5.11.2018, 6 UF 82/18, juris Rdnr. 25 ff. m. w. N.) oder wenn die Vollmacht auf der Grundlage einer Individualvereinbarung erteilt wurde und ein Mindestmaß einer tragfähigen Beziehung zwischen den Eltern besteht (OLG Karlsruhe, FamRZ 2015, 2178, 2179; OLG Hamburg, Streit 2019, 23; vgl. auch OLG Bremen, FamRZ 2018, 689, 691 f. zu § 1666 Abs. 3 BGB). Andere verlangen das Bestehen einer sozialen Beziehung des Kindes zum bevollmächtigenden Elternteil, damit die Vollmacht als ausreichend angesehen werden könne (*Hoffmann*, FamRZ 2011, 1544, 1545 f.; *Weber*, FamRZ 2019, 1125, 1128; *Heilmann/Keuter*, Praxiskommentar Kindschaftsrecht, § 1671 BGB Rdnr. 21), während wiederum andere die Vollmacht auch dann für ausreichend halten, wenn kein Kontakt des vollmachtgebenden Elternteils zu dem Kind besteht (OLG Schleswig, FamRZ 2012, 1066; ähnlich *Splitt*, FF 2017, 47, 54). Dabei wird neben der Vollmachterteilung – wie vom Beschwerdegericht – auch eine Ermächtigung als mögliches und ggf. vorrangiges Mittel in Betracht gezogen (vgl. OLG Saarbrücken, Beschluss vom 5.11.2018, 6 UF 82/18, juris Rdnr. 26 f.).

21 (2) Nach zutreffender Ansicht kann die Bevollmächtigung eines mitsorgeberechtigten Elternteils durch den anderen eine Übertragung des Sorgerechts ganz oder teilweise entbehrlich machen, wenn und soweit sie dem bevollmächtigten Elternteil eine ausreichend verlässliche Handhabe zur Wahrnehmung der Kindesbelange gibt. Das setzt allerdings auch eine ausreichende Kooperationsfähigkeit und -bereitschaft der Eltern voraus, soweit eine solche unter Berücksichtigung der durch die Vollmacht erweiterten Handlungsbefugnisse des bevollmächtigten Elternteils unerlässlich ist.

22 (a) Zur Ermöglichung des alleinigen Vertreterhandelns eines mitsorgeberechtigten Elternteils werden sowohl dessen Bevollmächtigung nach § 167 BGB als auch, entsprechend der für die offene Handelsgesellschaft geltenden Regelung in § 125 Abs. 2 Satz 2 HGB, dessen Ermächtigung für zulässig gehalten (vgl. *Staudinger/Peschel-Gutzeit*, Neub. 2016, § 1629 Rdnr. 42 ff.; *MünchKomm-BGB/Huber*, 8. Aufl., § 1629 Rdnr. 34, 38; *Palandt/Götz*, 79. Aufl., § 1629 Rdnr. 5; *NK-BGB/Kaiser*, 3. Aufl., § 1629 Rdnr. 22 f. m. w. N.). Der BGH hat zur wirksamen Einwilligung in eine Operation des minderjährigen Kindes die Ermächtigung des allein einwilligenden Elternteils durch den anderen für möglich und erforderlich gehalten (BGHZ 105, 45 = FamRZ 1988, 1142, 1143 f.).

23 Durch die Möglichkeit einer Ermächtigung wird indessen eine Autorisierung des anderen Elternteils im Wege der Bevollmächtigung jedenfalls nicht ausgeschlossen. Denn eine Beschränkung auf die Ermächtigung lässt sich dem Gesetz nicht entnehmen. Es ist bereits fraglich, ob zwischen Vollmacht und Ermächtigung, die übereinstimmend jeweils auf rechtsgeschäftlicher Grundlage erteilt werden und zur alleinigen Vertretungsbefugnis eines Elternteils führen, im Bereich der gesetzlichen Gesamtvertretung durch sorgeberechtigte Eltern überhaupt wesentliche Unterschiede bestehen. Jedenfalls wird die Bevollmächtigung des einen Elternteils durch den anderen weder durch gesetzliche Anordnung noch aus übergeordneten Gesichtspunkten ausgeschlossen.

24 Soweit in Rechtsprechung und Literatur im Bereich des Gesellschaftsrechts eine Bevollmächtigung als durch die in § 125 Abs. 2 Satz 2 HGB und § 78 Abs. 4 Satz 1 AktG gesetzlich vorgesehene Ermächtigung ausgeschlossen angesehen wird (vgl. BGHZ 64, 72 = NJW 1975, 1117; a. A. *MünchKomm-HGB/K. Schmidt*, 4. Aufl., § 125 Rdnr. 10; *Staub/Habersack*, HGB, 5. Aufl., § 125 Rdnr. 13 m. w. N.; *Baumbach/Hopt/Roth*, HGB, 39. Aufl., § 125 Rdnr. 9; vgl. auch Senatsurteil vom 26.2.2020, XII ZR 51/19, WM 2020, 648 Rdnr. 23 f. m. w. N.), beruht dies auf den Besonderheiten des Gesellschaftsrechts und der Stellung der Gesellschafter bzw. des Vorstands (der Geschäftsführer) als Organen der Gesellschaft sowie der Unübertragbarkeit der organschaftlichen Willensbildung und -erklärung (BGHZ 13, 61, 65 = NJW 1954, 1158). Im Bereich der gesetzlichen (Gesamt-)Vertretung von Minderjährigen durch ihre Eltern nach § 1629 BGB fehlt es dagegen für eine analoge Anwendung von § 125 Abs. 2 Satz 2 HGB (bzw. § 78 Abs. 4 Satz 1 AktG) bereits an einer planwidrigen Regelungslücke, weil die gesetzlichen Regeln zur Stellvertretung nach §§ 164 ff. BGB unmittelbare Anwendung finden und neben der Bevollmächtigung von Dritten ebenfalls die Bevollmächtigung des einen gesamtvertretungsberechtigten Elternteils durch den anderen ermöglichen. Hierdurch wird sowohl den Bedürfnissen einer ungehinderten Teilnahme Minderjähriger am Rechtsverkehr als auch des Schutzes des jeweiligen Geschäftsgegners hinreichend Rechnung getragen, sodass für eine analoge Anwendung der auf die offene Handelsgesellschaft zugeschnittenen Regelung in § 125 Abs. 2 Satz 2 HGB weder Veranlassung noch Bedürfnis besteht (*NK-BGB/Kaiser*, § 1629 Rdnr. 23 m. w. N.).

25 Soweit vom OLG angeführt worden ist, dass es für die Ermächtigung im Gegensatz zur (Unter-)Bevollmächtigung keines Grundverhältnisses bedürfe, kann dies für die vorliegende Konstellation der Gesamtvertretung durch Eltern schon deshalb nicht durchgreifen, weil das Grundverhältnis in beiden Fällen übereinstimmend in der fortbestehenden gemeinsamen elterlichen Sorge besteht (*Weber*, FamRZ 2019, 1125, 1127 m. w. N.). Denn nur bei fortbestehender gemeinsamer elterlicher Sorge kommen sowohl Bevollmächtigung als auch Ermächtigung in Betracht. Die Erteilung einer Vollmacht dient bei Gesamtvertretung durch beide Eltern wie eine entsprechende Ermächtigung gerade dem Ziel, den Fortbestand der gemeinsamen elterlichen Sorge zu ermöglichen, indem sie eine Übertragung des Sorgerechts entbehrlich macht.

26 Aus der fortbestehenden elterlichen Sorge nach §§ 1626 ff. BGB ergibt sich sodann regelmäßig das Grundverhältnis. Daraus folgen ggf. auch Mitwirkungspflichten sowie Kontrollbefugnisse und -pflichten des vollmachtgebenden bzw. ermächtigenden Elternteils. Auch wenn sich aus der gemeinsamen Sorge kein Weisungsrecht des Vollmachtgebers ergibt, hat dieser – neben der inhaltlichen Beschränkung der Vollmacht (Ermächtigung) – jedenfalls die Möglichkeit, die Vollmacht bzw. Ermächtigung etwa im Fall der nicht Kindeswohlentsprechenden Wahrnehmung durch den bevollmächtigten Elternteil zu widerrufen. Auf den Widerruf der Vollmacht kann dabei wegen der mangelnden Disponibilität des Elternrechts nicht wirksam verzichtet werden (vgl. OLG Hamm, ZKJ 2011, 303; *Hammer*, FamRZ 2005, 1209, 1215; *Geiger/Kirsch*, FamRZ 2009, 1879, 1880 f.). Eines von den Eltern geschlossenen Vertrages, etwa

eines Auftrags, bedarf es für das Grundverhältnis dagegen nicht. Ein solcher kann mithin auch nicht Voraussetzung für den Vorrang der Vollmacht gegenüber einer Sorgerechtsübertragung sein.

27 Ebenso wie ein außenstehender Dritter von den Eltern bevollmächtigt werden kann, für das Kind zu handeln, ist es erst recht möglich, dass ein mitsorgeberechtigter Elternteil den anderen mit der Folge bevollmächtigt, dass dieser befreit von den Beschränkungen der Gesamtvertretung unmittelbar für das Kind rechtsgeschäftlich handeln kann. Eine Notwendigkeit, dass der (Unter-)Bevollmächtigte außer im Namen des Kindes auch im Namen des bevollmächtigenden Elternteils handelt, besteht entgegen der Ansicht des OLG (ebenso *Weber*, FamRZ 2019, 1125, 1126 m. w. N.; *Staudinger/Peschel-Gutzeit*, § 1629 Rdnr. 43 f.) nicht. Vielmehr kann der (unter-)bevollmächtigte Elternteil das Kind unmittelbar allein vertreten. Ob sich aus der Art des Auftretens des bevollmächtigten Elternteils etwa Konsequenzen für die Folgen einer eventuellen Vertretung ohne Vertretungsmacht ergeben können (vgl. BGHZ 68, 391 = NJW 1977, 1535 f. m. w. N.; vgl. *Jauernig/Mansel*, 17. Aufl., § 167 Rdnr. 4 m. w. N.), betrifft die Haftung nach § 179 BGB und steht weder der Zulässigkeit der Bevollmächtigung eines gesamtvertretungsberechtigten Elternteils durch den anderen noch der einheitlichen Alleinvertretung des Kindes durch den bevollmächtigten Elternteil entgegen. Nichts anderes gilt für solche Angelegenheiten, in denen die Eltern in Ausübung der elterlichen Sorge im eigenen Namen handeln.

28 (b) Die Bevollmächtigung kann eine Übertragung des alleinigen Sorgerechts nach § 1671 Abs. 1 BGB entbehrlich machen, wenn sie dem bevollmächtigten Elternteil eine ausreichend verlässliche Handhabe zur alleinigen Wahrnehmung der Kindesbelange gibt. Hierfür ist allerdings eine ausreichende Kooperationsfähigkeit und -bereitschaft der Eltern erforderlich, soweit eine solche auch unter Berücksichtigung des durch die Vollmacht erweiterten Handlungsspielraums des bevollmächtigten Elternteils unerlässlich ist.

29 (aa) Dass bei Vorliegen dieser Voraussetzungen eine Übertragung des Sorgerechts unterbleiben muss, folgt – wie ausgeführt – bereits zwingend aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Denn ein Eingriff in die elterliche Sorge als Bestandteil des Elternrechts muss stets auf das im Sinne des Kindeswohls und der beiderseitigen Elternrechte erforderliche Maß begrenzt bleiben. Der Eingriff ist aber nicht erforderlich, wenn die Handlungsbefugnisse des Elternteils bereits durch die Vollmacht erweitert sind und dieser dadurch in die Lage versetzt wird, in den maßgeblichen Kindesbelangen allein tätig zu werden. Infolge der ihm erteilten Vollmacht ist der Elternteil dann auch ohne Abstimmung mit dem anderen Elternteil ausreichend handlungsfähig und trägt dementsprechend die Hauptverantwortung für das Kind. Die Vollmacht ermöglicht so vor allem, dass Konflikte in der Kommunikation und Kooperation mit dem anderen Elternteil weitgehend vermieden werden können (vgl. *Geiger/Kirsch*, FamRZ 2009, 1879, 1884).

30 Die bloße Ankündigung einer Vollmachterteilung lässt die Erforderlichkeit einer Sorgerechtsübertragung allerdings noch nicht entfallen. Denn die Vollmachterteilung kann vom Familiengericht weder ausgesprochen noch angeordnet werden und hindert eine Sorgerechtsübertragung nur dann, wenn sie

zum für die Entscheidung maßgeblichen Zeitpunkt tatsächlich erfolgt ist.

31 (bb) Auch bei Vorliegen einer Vollmacht erfordert der Fortbestand der gemeinsamen elterlichen Sorge eine Kooperationsfähigkeit und -bereitschaft der Eltern, soweit diese zur wirksamen Ausübung der Vollmacht im Interesse des Kindeswohls erforderlich ist. Denn anderenfalls wäre die Vollmachterteilung nicht geeignet, eine Sorgerechtsübertragung entbehrlich zu machen.

32 Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass durch die Vollmacht der Bestand der gemeinsamen elterlichen Sorge sowie die Befugnisse des vollmachtgebenden Elternteils nicht eingeschränkt werden. Dieser bleibt etwa befugt, in Angelegenheiten der tatsächlichen Betreuung allein für das Kind zu entscheiden, solange sich das Kind bei ihm aufhält (§ 1687 Abs. 1 Satz 4 BGB). Ferner bleiben ihm Auskunftsrechte sowie seine Kontrollbefugnisse erhalten.

33 Diese verbliebenen Rechte sind bei Bedarf weiterhin im Interesse des Kindeswohls auszuüben. So kann der vollmachtgebende Elternteil insbesondere etwa bei mangelnder Akzeptanz der Vollmacht verpflichtet sein, dadurch notwendig gewordene Mitwirkungshandlungen zu erbringen. Allgemein obliegt es ihm, die Vollmachtausübung durch den anderen Elternteil nicht durch eigene Handlungen zu konterkarieren. Stellt er dagegen eine missbräuchliche Ausübung der Vollmacht fest, so kann er unter Umständen gehalten sein, diese zu widerrufen.

34 (cc) Entgegen den aufgeführten abweichenden Auffassungen ergeben sich für die Eignung der Bevollmächtigung keine über die für die Beurteilung des Kindeswohls nach § 1697a BGB maßgeblichen Kriterien hinausgehenden generellen oder typisierenden Beschränkungen. Daher kann die Vollmacht weder allgemein als in der Regel ungeeignet angesehen werden, weil die elterliche Sorge des die Vollmacht erteilenden Elternteils nur formal aufrechterhalten bliebe (so aber OLG Düsseldorf, FamRZ 2018, 693, 694), noch bleibt ihre Eignung (entgegen *Hoffmann*, FamRZ 2011, 1544, 1545 f.; *Weber*, FamRZ 2019, 1125, 1128; *Heilmann/Keuter*, *Praxiskommentar Kindschaftsrecht*, § 1671 BGB Rdnr. 21) auf Fälle beschränkt, in denen zwischen dem Kind und dem vollmachtgebenden Elternteil ein persönlicher Kontakt besteht. Vielmehr ist im jeweiligen Einzelfall zu entscheiden, ob die Vollmacht unter den gegebenen Umständen ausreicht, um die Kindesbelange verlässlich wahrnehmen zu können. Ob dies der Fall ist, bestimmt sich aufgrund der für die Sorgerechtsübertragung nach § 1671 BGB anerkannten Kriterien (vgl. *Senatsbeschluss*, BGHZ 211, 22 = FamRZ 2016, 1439 Rdnr. 13 ff. m. w. N.), wobei die Erforderlichkeit einer (teilweisen) Sorgerechtsübertragung stets mit Blick auf die erteilte Vollmacht und die durch sie erweiterten Handlungsbefugnisse des hauptverantwortlichen Elternteils zu beurteilen ist.

35 Dass die Vollmacht – wie ausgeführt – mangels Disponibilität des Elternrechts nicht wirksam unwiderruflich erteilt werden kann (vgl. OLG Hamm, ZKJ 2011, 303; *Hammer*, FamRZ 2005, 1209, 1215; *Geiger/Kirsch*, FamRZ 2009, 1879, 1880 f.), steht dem grundsätzlich nicht entgegen, sodass es auch keiner – ohnedies unsicheren – Prognose bedarf, mit welcher Wahrscheinlichkeit die Vollmacht vom vollmachtgebenden

Elternteil künftig widerrufen werden könnte. Da die wirksam erteilte Vollmacht den hauptverantwortlichen Elternteil mit erweiterten Handlungsbefugnissen ausstattet, ergäbe sich insoweit erst durch den Widerruf der Vollmacht eine geänderte Sachlage, die sodann als Grund für eine Sorgerechtsentscheidung nach § 1671 BGB oder ggf. für die Abänderung einer bereits ergangenen Entscheidung nach § 1696 BGB angeführt werden kann.

36 dd) Bei Anwendung der vorgenannten Maßstäbe auf den vorliegenden Fall ist die Zurückweisung des Antrags der Kindesmutter auf der Grundlage der vom OLG getroffenen Feststellungen nicht gerechtfertigt.

37 (1) Die im vorliegenden Fall vom Kindesvater der Kindesmutter erteilten Vollmachten sind zur Ermöglichung deren Alleinhandelns in den von den Vollmachten umfassten Bereichen geeignet, eine Sorgerechtsübertragung entbehrlich zu machen. Einer Ermächtigung im Rechtssinne bedurfte es dazu nicht, sodass auch für eine entsprechende Umdeutung insoweit kein Anlass besteht.

38 (2) Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde sind die erteilten Vollmachten nicht nach § 168 Satz 1 BGB infolge einer etwaigen Beendigung des Grundverhältnisses erloschen. Die Rechtsbeschwerde beruft sich hierfür darauf, dass ein von den Eltern als Grundgeschäft vereinbarter Auftrag von Seiten der Kindesmutter „beendet“ worden sei. Da sich das nach § 168 Satz 1 BGB der Erteilung der Vollmacht zugrunde liegende Rechtsverhältnis bereits aus der fortbestehenden gemeinsamen elterlichen Sorge ergibt, konnte dieses durch einseitige Erklärung, insbesondere durch Kündigung, von vornherein nicht beendet werden.

39 (3) Auf die vom OLG aufgeworfene Frage, ob und ggf. mit welcher Wahrscheinlichkeit ein Widerruf der Vollmacht zu erwarten sei, kommt es ebenso wenig an wie auf den Umfang der erteilten Vollmacht. Denn allein die Möglichkeit des Widerrufs schließt es nicht aus, dass die Vollmacht eine Sorgerechtsübertragung überflüssig macht. Ein Widerruf der Vollmacht kommt daher nur dann zum Tragen, wenn er tatsächlich erklärt worden ist. Entgegen der im Wesentlichen aus dem Gesellschaftsrecht hergeleiteten Auffassung des OLG ist selbst eine alle Angelegenheiten umfassende Vollmachterteilung grundsätzlich möglich, weil der vollmachtgebende Elternteil auch in diesem Fall nicht auf die elterliche Sorge verzichtet, sondern insoweit weiter berechtigt und verpflichtet bleibt. Auf die vom OLG angeführte „Erneuerung der Vollmacht“ kommt es insoweit mithin nicht an.

40 (4) Die Rechtsbeschwerde rügt hingegen mit Recht, dass das OLG die von der Kindesmutter gegen die Tauglichkeit der Vollmacht vorgebrachten Gründe auf der Grundlage der von ihm getroffenen Feststellungen als nicht durchgreifend betrachtet hat.

41 Die Kindesmutter hat im vom OLG in Bezug genommenen erstinstanzlichen Vortrag für die Notwendigkeit einer umfassenden Übertragung des Sorgerechts angeführt, dass sich die Vollmacht in verschiedenen Angelegenheiten als nicht ausreichend erwiesen und der Kindesvater eine alsdann notwendige Mitwirkung trotz Aufforderung nicht geleistet habe. Die von der Kindesmutter insoweit angeführten Angelegenheiten beziehen

sich auf die Anmeldung des Kindes in der Kindertagesstätte, einen Antrag auf Vornamensänderung und eine „Anmeldung“ des Kindes beim kroatischen Konsulat in Frankfurt a. M., für die trotz der Vollmacht auch jeweils weitere Erklärungen und Unterlagen des Kindesvaters verlangt worden seien.

42 Die vom OLG dagegen angeführten Erwägungen vermögen nicht zu überzeugen. Sofern das OLG darauf verweist, die Kindesmutter habe mit der ihr ausgestellten Vollmachturkunde einen Kindergartenenaufnahmevertrag abschließen können, geht es darüber hinweg, dass die Kindesmutter die mangelnde Akzeptanz der Vollmacht nachvollziehbar vorgetragen hat. Da sich die Vollmacht danach im Rechtsverkehr als nicht ausreichend erwiesen hat, war es vom Kindesvater zu verlangen, dass er die von seiner Seite noch notwendige Mitwirkung leistete. Die Rechtsbeschwerde macht mit Recht geltend, dass von der Kindesmutter nicht – wie vom OLG offenbar erwartet – verlangt werden konnte, gegen den Träger der Einrichtung rechtlich vorzugehen, zumal die Mitwirkung dem Kindesvater ohne Weiteres zumutbar war. Schon die Gefahr einer eintretenden Verzögerung hätte dem Kindeswohl widersprechen können. Ähnlich verhält es sich mit der einvernehmlichen Namensänderung. Auch insoweit bedurfte es nach dem Vorbringen der Kindesmutter und den entsprechenden Feststellungen des AG der Mitwirkung des Kindesvaters. Aus der vom OLG angestellten Erwägung, dass eine Mitwirkung des Kindesvaters auch bei entsprechender Sorgerechtsübertragung auf die Kindesmutter erforderlich gewesen wäre, ergibt sich nichts anderes. Denn auch dann würde sich aus einer unterlassenen Mitwirkung des Kindesvaters jedenfalls dessen mangelnde Kooperationsbereitschaft ergeben, was nach den genannten Maßstäben dem Fortbestand der elterlichen Sorge trotz Vollmachterteilung entgegensteht.

43 3. Der angefochtene Beschluss ist daher aufzuheben, weil eine Übertragung der vollständigen elterlichen Sorge auf die Kindesmutter auf der Grundlage der vom OLG getroffenen Feststellungen nicht durch die erteilten Vollmachten entbehrlich gemacht wird.

44 Dem Senat ist eine abschließende Sachentscheidung nicht möglich. Die Sache ist an das OLG zurückzuverweisen, weil noch weitere tatsächliche Feststellungen notwendig sind. Das OLG wird insbesondere die bislang unterbliebene persönliche Anhörung der Eltern nachzuholen haben. Im Hinblick auf die Erziehungseignung der Mutter ist bislang noch nicht gewürdigt worden, dass diese offensichtlich nicht bereit ist, das Kind über die Vaterschaft des Antragsgegners aufzuklären (vgl. dazu Senatsbeschluss BGHZ 212, 155 = FamRZ 2016, 2082), was insoweit Zweifel aufwirft.

ANMERKUNG:

Von Notarassessor Dr. **Josef Eicher**, Trostberg

Der Beschluss des BGH betrifft die Auswirkungen einer erteilten Sorgerechtsvollmacht auf die Entscheidung über die Übertragung der alleinigen elterlichen Sorge nach § 1671 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB. Der von der Mutter getrenntlebende Vater wehrt sich gegen die Sorgerechtsübertragung mit der Einlassung, diese sei nicht erforderlich, weil er der Mutter bereits eine umfassende Sorgerechtsvollmacht erteilt habe.

Auch wenn die Voraussetzungen für eine Sorgerechtsübertragung nach § 1671 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB vorlägen, so der BGH, insbesondere weil ein Kommunikationskonflikt zwischen den Eltern bestehe, könne der Antragsgegner die Übertragung der alleinigen Sorge durch Erteilen einer Sorgerechtsvollmacht verhindern, wenn diese im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung die Erforderlichkeit der Sorgerechtsübertragung entfallen lasse, weil sie ein gleichermaßen effektives, milderer Mittel darstellt. Das sei nur dann der Fall, wenn die Sorgerechtsvollmacht dem bevollmächtigten Elternteil eine ausreichend verlässliche Handhabe zur Wahrnehmung der Kindesbelange gebe. Der Entscheidung ist im Wesentlichen zuzustimmen.

1. Generalvollmacht zur Ausübung der elterlichen Sorge

Um vom Grundsatz der Gesamtvertretung bei der Vertretung des Kindes durch die Eltern, § 1629 Abs. 1 Satz 2 BGB, abzuweichen und einem Elternteil die alleinige Vertretungsbefugnis für ein gemeinsames Kind zu übertragen, stehen den Eltern sowohl der Weg der Ermächtigung analog § 125 Abs. 2 Satz 2 HGB als auch der der Bevollmächtigung nach § 167 BGB offen.¹ Diese Dualität schreibt der BGH im vorliegenden Beschluss fort, wobei er in Abgrenzung zu einer im Gesellschaftsrecht vertretenen Auffassung² klarstellt, dass die Möglichkeit der Ermächtigung eine Vollmachtserteilung bei der elterlichen Sorge nicht ausschließe.

Klarheit bringt der BGH auch in die bislang umstrittene Frage, ob eine Sorgerechtsvollmacht nur auf bestimmte Bereiche begrenzt oder umfänglich als Generalvollmacht erteilt werden kann.³ Weil sich der bevollmächtigende Elternteil auch durch Erteilung einer alle Angelegenheiten umfassenden Vollmacht nicht seiner Verantwortung entziehen könne, sondern weiterhin aus dem Sorgerecht berechtigt und verpflichtet bleibe, sei auch im Bereich des Sorgerechts eine Generalbevollmächtigung möglich. Das Sorgerecht bleibe beim Vollmachtgeber deshalb nicht als bloße leere Hülle zurück.⁴

1 Palandt/Götz, 79. Aufl. 2020, § 1629 Rdnr. 5; MünchKomm-BGB/Huber, 8. Aufl. 2020, § 1629 Rdnr. 34, 39; BGH, Urteil vom 28.6.1988, VI ZR 288/87, BGHZ 105, 45.

2 BGH, Urteil vom 6.3.1975, II ZR 80/73, BGHZ 64, 72.

3 Zum Streitstand *Amend-Traut*, FamRZ 2020, 805, 807; *Weber*, FamRZ 2019, 1125, 1126 f.

4 So noch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 7.12.2017, II-1 UF 151/17, NJOZ 2018, 449.

Aus dem Blickwinkel der vorsorgenden Rechtspflege ist diese Klarstellung zu begrüßen, weil sie eine rechtssichere Gestaltung der Sorgerechtsverhältnisse etwa in General- und Vorsorgevollmachten oder im Zusammenhang mit Scheidungsvereinbarungen ermöglicht. Insbesondere Vorsorgevollmachten von Eltern können und sollten die Befugnis des Bevollmächtigten enthalten, den Vollmachtgeber auch in sämtlichen Angelegenheiten der elterlichen Sorge hinsichtlich der minderjährigen Kinder zu vertreten. Allgemein gefasst bietet sich etwa eine Formulierung wie folgt an:

Wahrnehmung fremder Angelegenheiten

Die Vollmacht berechtigt auch dazu, mich bei der Wahrnehmung fremder Angelegenheiten und als Vertreter Dritter zu vertreten, soweit zulässig, zum Beispiel als Vertreter minderjähriger Kinder oder als Testamentsvollstrecker.⁵

Im Hinblick auf das Offenkundigkeitsprinzip konstatiert der BGH, dass der bevollmächtigte Elternteil nicht auch im Namen des Vollmachtgebers handeln müsse, sondern dass er das Kind unmittelbar allein vertreten könne. Das ist sachgerecht, vermeidet unnötigen Formalismus und entspricht im Ergebnis der überwiegenden Ansicht.⁶ Dass diese Ansicht ihr Ergebnis darauf gründet, dass sie eine nicht der Offenkundigkeit unterliegende Ermächtigung annimmt, wird vom BGH nicht thematisiert. So bedauerlich das Fehlen einer Begründung ist, kann aus der Entscheidung des BGH nur abzuleiten sein, dass er die Sorgerechtsvollmacht an einen Elternteil als Direktvertretung des Kindes verstanden haben möchte. Das Gericht sieht den Bevollmächtigten damit nicht in einer Doppelrolle als Vertreter des Kindes aus eigenem Sorgerecht einerseits und als „Vertreter des Vertretenen“ hinsichtlich des vollmachtgebenden Elternteiles andererseits. Vielmehr geht der BGH davon aus, dass durch die erteilte Sorgerechtsvollmacht die anteilige Gesamtvertretungsbefugnis des Bevollmächtigten zur Alleinvertretungsbefugnis erstarkt.⁷ Das ist jedenfalls insoweit stimmig, als beide Elternteile gemeinsam auch einen fremden Dritten zur alleinigen Direktvertretung des Kindes bevollmächtigen könnten.⁸

2. Auswirkung der erteilten Sorgerechtsvollmacht

Mit deutlichen Worten stellt der BGH heraus, dass eine sorgerechtsübertragende Entscheidung nach § 1671 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB im Grundsatz durch eine erteilte Sorgerechtsvollmacht verhindert werden könne.⁹ Durch die Sorgerechtsübertragung sei das Elternrecht, Art. 6 Abs. 2 GG, betroffen. Ein Eingriff in dieses müsse stets verhältnismäßig

5 Zu der über den Rahmen dieser Anmerkung hinausgehenden Frage, ob und inwieweit generell Vollmachten weitergegeben werden können, vgl. DNotI-Report 2018, 185; DNotI-Report 2019, 156.

6 MünchKomm-BGB/Huber, § 1629 Rdnr. 34; *Weber*, FamRZ 2019, 1125, 1126.

7 *Löhnig*, NJW 2020, 2150, 2151.

8 *Amend-Traut*, FamRZ 2020, 805, 809.

9 Anders noch OLG Brandenburg, Beschluss vom 2.10.2019, 9 UF 174/19, BeckRS 2019, 35882.

sein und auf das im Sinne des Kindeswohls erforderliche Maß begrenzt werden. Dabei sei aber jeweils im Einzelfall zu entscheiden, ob die Vollmacht unter den gegebenen Umständen ausreiche, die Kindesbelange verlässlich wahrzunehmen.

Wenig überraschend erklärt der BGH damit in der grundrechtsrelevanten Frage der Übertragung eines Sorgerechts eine umfassende Abwägung zum Entscheidungsmaßstab und erteilt gleichzeitig allen bislang vorgeschlagenen Typisierungen bei der Berücksichtigung einer Sorgerechtsvollmacht eine klare Absage. Es kann somit nicht mehr allein maßgeblich sein, ob der Vollmacht eine Individualvereinbarung zugrunde liegt, die Rechte und Pflichten der Eltern im Zusammenhang mit der Vollmacht regelt,¹⁰ ob ein Mindestmaß an sozialer Beziehung zwischen allen Beteiligten besteht,¹¹ oder mit welcher Wahrscheinlichkeit die Vollmacht widerrufen werden wird.¹²

Den Maßstab der Einzelfallabwägung fasst der BGH schlagwortartig zusammen in der Formel, dass die erteilte Sorgerechtsvollmacht für den Bevollmächtigten eine ausreichend verlässliche Handhabe zur Wahrnehmung der Kindesbelange darstellen müsse. Bei der Beurteilung dieser Frage dürfen freilich die oben genannten typisierenden Aspekte nicht vollkommen außer Betracht gelassen werden. So wird bei einer gänzlich fehlenden Kooperations- und Kommunikationsbereitschaft der Eltern auch die Sorgerechtsvollmacht die Übertragung der elterlichen Sorge nicht verhindern können, wenn der Bevollmächtigende, etwa mangels tatsächlicher Akzeptanz der Vollmacht, trotzdem noch in bestimmten Fragen mitwirken muss.

In gleicher Weise muss auch die Prognose, mit welcher Wahrscheinlichkeit die Vollmacht widerrufen wird, bei der Abwägung berücksichtigt werden, auch wenn der BGH dies mit klaren Worten ablehnt. Die Begründung des BGH, die Sorgerechtsentscheidung solle nicht von einer unsicheren Prognose über den Widerruf der Vollmacht abhängen, überzeugt nicht. Die Entscheidung nach § 1671 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB, die sich danach richtet, ob die Aufhebung der gemeinsamen Sorge und die Übertragung auf einen Elternteil dem Kindeswohl voraussichtlich zuträglich sein wird, ist stets prognostisch und damit unsicher. Umgekehrt ist es mit dem Recht des Antragstellers auf effektiven Rechtsschutz nicht vereinbar, wenn der Antragsgegner stets dadurch eine ihm günstige Entscheidung erreichen könnte, dass er vor dem Schluss der mündlichen Verhandlung eine Sorgerechtsvollmacht erteilt, auch wenn dies in dem festen Vorsatz geschieht, dass die Vollmacht nach Abschluss des Verfahrens sogleich widerrufen wird. Ob die Sorgerechtsvollmacht also nur aus prozesstaktischen Gründen erteilt wurde, muss daher bei der Frage, ob diese Vollmacht eine

„verlässliche Handhabe zur Wahrnehmung der Kindesbelange“ darstellt, berücksichtigt werden.

Auch tatsächliche Hindernisse, wie die fehlende Akzeptanz einer erteilten Vollmacht im Rechtsverkehr, sind im Rahmen der Gesamtabwägung zu berücksichtigen.¹³ Solche müssen allerdings nachvollziehbar vorgetragen sein, weshalb der Antragsgegner mit hoher Wahrscheinlichkeit jedenfalls das erste Verfahren zur Sorgerechtsübertragung mit dem Einwand der Vollmachtserteilung für sich entscheiden können.¹⁴

3. Grundverhältnis der Sorgerechtsvollmacht

Ein die Sorgerechtsvollmacht tragendes Grundverhältnis sei nach Ansicht des BGH erforderlich, jedoch als gesetzliches Schuldverhältnis der gemeinsamen elterlichen Sorge stets vorhanden. Diese Feststellung ist in zweierlei Hinsicht sachgerecht und verdient Zustimmung: Zum einen ist der Inhalt dieses Grundverhältnisses ohnehin von § 1627 BGB vorgegeben, wonach die Eltern die Sorge eigenverantwortlich, einvernehmlich, kooperativ und zum Wohl des Kindes ausüben müssen. Ein diesen Rahmen missachtendes Grundverhältnis wäre mangels Disponibilität der Eltern unwirksam, ein diesen Rahmen bloß wiederholendes Grundverhältnis überflüssig. Zum anderen wird so dem bevollmächtigten Elternteil die Möglichkeit genommen, sich nach § 168 BGB durch Kündigung eines etwaigen Grundverhältnisses und dadurch auch der Vollmacht zu entledigen und eine übertragende Sorgerechtsentscheidung herbeizuführen. Dem bevollmächtigten Elternteil diese Möglichkeit zu eröffnen, wäre mit dem vom BGH so hoch bewerteten Elternrecht des Vollmachtgebers nicht vereinbar.

¹³ Anders noch die Vorinstanz, OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 27.2.2019, 8 UF 61/18, BeckRS 2019, 4047.

¹⁴ *Prinz*, NZFam 2020, 578, 584.

11. Familiengerichtliche Genehmigung bei Übertragung von vermietetem Wohnungs- und Teileigentum durch die Großeltern an ihren minderjährigen Enkel mit Rückforderungsrecht

OLG München, Beschluss vom 29.4.2020, 34 Wx 341/18, mitgeteilt von Dr. **Andreas Stegbauer**, Richter am OLG München

BGB § 1629 Abs. 2 Satz 1, § 1795 Abs. 1 Nr. 1, §§ 1821, 1822, 1909, 1915
GBO §§ 19, 20

LEITSATZ:

Die Übertragung von Wohnungs- und Teileigentum durch die Großeltern auf ihren von einem Ergänzungspfleger vertretenen Enkel bedarf auch dann keiner familiengerichtlichen Genehmigung gemäß § 1821 Abs. 1 Nr. 4 in Verbindung mit Nr. 1 BGB, wenn in dem Vertrag

¹⁰ OLG Karlsruhe, Beschluss vom 13.4.2015, 18 UF 181/14, BeckRS 2015, 12955.

¹¹ OLG Schleswig, Beschluss vom 3.1.2012, 10 WF 262/11, NJW-RR 2012, 520; OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 2.12.2019, 4 UF 151/19, BeckRS 2019, 33516.

¹² OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 27.2.2019, 8 UF 61/18, BeckRS 2019, 4047; OLG Koblenz, Beschluss vom 3.7.2018, 13 UF 668/17, BeckRS 2018, 38557.

die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des durch Rückforderung bedingten Rückübereignungsanspruchs vorgesehen, die Haftung des Minderjährigen aber zuverlässig auf das ihm unentgeltlich Zugewandte beschränkt ist.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Beteiligten zu 1 und 2 sind als Eigentümer von Wohnungs- und Teileigentum im Grundbuch eingetragen. Mit notarieller Urkunde vom 27.12.2017 überließen sie den Grundbesitz unentgeltlich im Wege vorweggenommener Erbfolge an ihren minderjährigen Enkel, den Beteiligten zu 3, der insoweit, vorbehaltlich nachträglicher Genehmigung durch einen noch zu bestellenden Ergänzungspfleger, von seinen Eltern vertreten wurde. In dem Überlassungsvertrag behielten sich die Beteiligten zu 1 und 2 ein lebenslanges Nießbrauchsrecht an dem Vertragsgegenstand vor und die Rückforderung unter anderem für den Fall der Veräußerung des Vertragsgegenstands ohne ihre Zustimmung und für den Fall der Verschlechterung der wirtschaftlichen Verhältnisse des Beteiligten zu 3. Der sich hieraus ergebende Rückkaufanspruch soll durch eine Vormerkung gesichert werden. In Ziffer VII. 6. ist hierzu vereinbart, dass die Rückforderung immer beschränkt ist auf dasjenige, was im Zeitpunkt der Stellung des Rückforderungsverlangens noch im Vermögen des Übernehmers vorhanden ist (Beschränkung auf Bereicherungsrecht).

2 Mit Bestellsurkunde vom 4.4.2018 wurde F H zum Ergänzungspfleger für den Beteiligten zu 3 bestellt. Der Aufgabenkreis umfasst die Vertretung des Beteiligten zu 3 bei der Übertragung von Wohnungs- und Teileigentum. Der Ergänzungspfleger genehmigte am 23.4.2018 die Urkunde vom 27.12.2017 gemäß notariell beglaubigter Bestätigung.

3 Am 24.8.2018 beantragte der beurkundende Notar gemäß § 15 GBO den Vollzug der Urkunde.

4 Mit Zwischenverfügung vom 28.8.2018 teilte das Grundbuchamt mit, es fehle die Genehmigung des Familiengerichts. Eine solche sei nur dann nicht erforderlich, wenn das Rechtsgeschäft für den Minderjährigen lediglich rechtlich vorteilhaft sei. Dies sei hier nicht der Fall. Geschenkt werde eine vermietete Eigentumswohnung. Der Erwerb des vermieteten Objekts sei für einen Minderjährigen nicht lediglich rechtlich vorteilhaft, weil er in dessen Folge mit persönlichen Verpflichtungen belastet werde. Der rechtliche Nachteil bleibe selbst dann bestehen, wenn sich der Veräußerer einen Nießbrauch zurückbehalten habe und in die Vermieterstellung eintrete. Zudem sei die Schenkung von Wohnungseigentum für einen Minderjährigen nicht lediglich rechtlich vorteilhaft, da er mit dem Rechtsenerwerb zugleich in die Wohnungseigentümergeinschaft eintrete und damit die hiermit verbundenen Verpflichtungen und Haftungen übernehme.

5 Mit Schreiben vom 4.9.2018 wandten die Beteiligten über den beurkundenden Notar ein, der Umstand, dass das Rechtsgeschäft für den Minderjährigen nicht lediglich rechtlich vorteilhaft sei, habe nur die Rechtsfolge, dass die Eltern den Minderjährigen nicht vertreten könnten. Deshalb habe ein gerichtlich bestellter Ergänzungspfleger die Genehmigung in grundbuchmäßiger Form erteilt. Eine rechtliche Nachteilhaftig-

keit führe nicht zu einer gerichtlichen Genehmigungsbedürftigkeit. Ein entsprechender Katalogtatbestand des § 1821 BGB liege hier nicht vor.

6 Das Grundbuchamt wies mit Schreiben vom 18.9.2018 darauf hin, dass die Eltern gemäß § 1795 Abs. 1 BGB von der Vertretung des Kindes ausgeschlossen seien und der bestellte Ergänzungspfleger das Kind an Stelle der Eltern vertrete, weshalb es für die von ihm vorgenommenen Rechtsgeschäfte im gleichen Umfang wie beim Vormund der Genehmigung des Familiengerichts bedürfe.

7 Daraufhin führte der beurkundende Notar mit Schreiben vom 25.9.2018 nochmals aus, dass keiner der in § 1821 Abs. 1 Nrn. 1 und 5 BGB genannten Tatbestände vorliege. Er bat nochmals um Vollzug und legte für den Fall, dass das Grundbuchamt an der Zwischenverfügung festhalte, namens aller Antragsberechtigten Beschwerde gegen diese ein.

8 Das Grundbuchamt hat nicht abgeholfen.

9 II. Die gegen die nach § 18 Abs. 1 GBO ergangene Zwischenverfügung des Grundbuchamts eingelegte Beschwerde ist als unbeschränkte Beschwerde nach § 71 Abs. 1 GBO statthaft und auch im Übrigen ordnungsgemäß durch den beurkundenden Notar für die Beteiligten eingelegt (§§ 73, 15 Abs. 2 GBO).

10 Die Beschwerde hat in der Sache Erfolg, da das vom Grundbuchamt angeführte Hindernis nicht besteht.

11 Bei einer Übertragung von vermietetem Wohnungs- und Teileigentum durch die Großeltern an ihren minderjährigen Enkel muss dieser von einem Ergänzungspfleger vertreten werden. Einer Genehmigung des Erwerbs des Grundbesitzes durch das Familiengericht bedarf es nicht. Dabei spielt es, wie die Beteiligten über ihren Bevollmächtigten zutreffend ausführen, für die Frage, ob eine derartige Genehmigung notwendig ist, keine Rolle, ob das Rechtsgeschäft für den Minderjährigen lediglich rechtlich vorteilhaft ist. Dies ist vielmehr, wie sich aus Nachfolgendem ergibt, nur im Rahmen der Prüfung der wirksamen Vertretung des Minderjährigen von Bedeutung.

12 1. Im Fall der Veräußerung von Wohnungs- und Teileigentum durch Auflassung (§ 20 GBO, § 925 BGB) erfordert das materielle Konsensprinzip des § 20 GBO, dass – zusätzlich zu der Bewilligung des verlierenden Teils (§ 19 GBO, formelles Konsensprinzip) – eine materiellrechtliche Einigung, die den Verfahrensvorschriften der §§ 20, 29 GBO genügt, nachgewiesen wird. Vor der Eintragung der Auflassung hat das Grundbuchamt, soweit Beteiligte durch Vertreter vertreten werden, deren Vertretungsmacht selbständig zu prüfen (BayObLGZ 1998, 139).

13 Eine wirksame Vertretung des minderjährigen Beteiligten zu 3 ist vorliegend nachgewiesen, da für ihn ein Ergänzungspfleger die notarielle Vereinbarung genehmigt hat.

14 a) Gemäß § 1629 Abs. 1 BGB umfasst die elterliche Sorge zwar grundsätzlich die Vertretung des Kindes. Davon macht jedoch § 1629 Abs. 2 Satz 1 BGB insoweit eine Ausnahme, als die Eltern von der Vertretung ausgeschlossen sind, wenn ein Fall des § 1795 BGB vorliegt. Der Vater und die Mutter (vgl. MünchKomm-BGB/Huber, 8. Aufl., § 1629 Rdnr. 43) können

nach Abs. 1 Nr. 1 dieser Vorschrift das Kind bei einem Rechtsgeschäft zwischen dem Ehegatten des Vaters oder der Mutter oder einem ihrer Verwandten in gerader Linie einerseits und dem Kind andererseits nicht vertreten, es sei denn, dass das Rechtsgeschäft ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht. Letzteres ist dann gegeben, wenn der schuldrechtliche Schenkungsvertrag rechtswirksam ist, weil dann durch die Auflassung ausschließlich eine Verbindlichkeit erfüllt wird (BGH, NJW 1975, 1885). Eine rechtswirksame schuldrechtliche Vereinbarung bei Vertretung eines geschäftsunfähigen Minderjährigen durch die Eltern liegt allerdings nur dann vor, wenn das Rechtsgeschäft für den Minderjährigen lediglich rechtlich vorteilhaft ist. Denn nach der Rechtsprechung des BGH greift das Vertretungsverbot des § 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB bei Vorliegen dieser Voraussetzung nicht (BGH, NJW 1975, 1885; BayObLGZ 1998, 139; MünchKomm-BGB/Spickhoff, § 1795 Rdnr. 33; Jauernig/Budzikiewicz, BGB, 17. Aufl., § 1795 Rdnr. 2; Palandt/Götz, 79. Aufl., § 1795 Rdnr. 4).

15 b) Der Beteiligte zu 3 war zum Zeitpunkt der Beurkundung nach § 104 Nr. 1 BGB geschäftsunfähig, da er das siebte Lebensjahr noch nicht vollendet hatte. Vorliegend sind Übergeber die Eltern des Vaters des Beteiligten zu 3. Das Rechtsgeschäft hat die Übertragung von vermietetem Wohnungseigentum zum Gegenstand. Die in der notariellen Urkunde vom 27.12.2017 getroffene Vereinbarung ist daher für den minderjährigen Beteiligten zu 3 wegen der ihn aufgrund der Vermietung (das gilt auch bei auch bei vorbehaltenem Nießbrauch) bzw. als Wohnungseigentümer treffenden Verpflichtungen nicht lediglich rechtlich vorteilhaft ist (vgl. BGH, DNotZ 2011, 346 Rdnr. 11; DNotZ 2005, 625; Senat, Beschluss vom 8.2.2011, 34 Wx 18/11, ZEV 2011, 263; OLG Hamm, ZWE 2010, 370; Senat vom 6.3.2008, ZEV 2008, 246; Hügel/Kral, WEG, 2. Aufl., Rdnr. 136). Ein Vertretungsausschluss gemäß § 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB ist gegeben, weshalb die von den Eltern für den Beteiligten zu 3 abgegebenen Erklärungen zunächst gemäß § 177 Abs. 1 BGB schwebend unwirksam waren (vgl. BGH, DNotZ 2005, 625; MünchKomm-BGB/Huber, § 1629 Rdnr. 45) und mit der notariell beglaubigten und damit im Sinne des § 29 GBO formgemäßen Genehmigung durch den mit dem Aufgabenkreis „Vertretung bei der Übertragung von Wohnungs- und Teileigentum“ nach § 1909 BGB bestellten Ergänzungspfleger wirksam geworden sind.

16 2. Die in der Zwischenverfügung des Grundbuchamts verlangte Genehmigung der in der Urkunde vom 27.12.2017 getroffenen Vereinbarungen durch das Familiengericht ist indes nicht erforderlich. Abzustellen ist auf das Erwerbsgeschäft (vgl. BGH, DNotZ 2011, 346 m. w. N.). Denn ob das Kausalgeschäft (Schenkung) familiengerichtlicher Genehmigung bedarf, hat das Grundbuchamt regelmäßig nicht zu prüfen. Es darf die Eintragung einer Rechtsänderung selbst dann nicht ablehnen, wenn es dieses Rechtsgeschäft für nichtig hält (Senat, Beschluss vom 8.2.2011, 34 Wx 40/11, NJW-RR 2011, 595; BayObLG, NJW-RR 1990, 87).

17 a) Handelt für den Minderjährigen im Rahmen des Erwerbsgeschäfts ein Pfleger, so bedarf dieser gemäß § 1915 BGB für die von ihm vorgenommenen Rechtsgeschäfte der gerichtlichen Genehmigung im gleichen Umfang wie ein Vormund. Das gilt auch dann, wenn er als Ergänzungspfleger anstelle

der Eltern des Minderjährigen handelt; er ist dann nicht wie die Eltern nach Maßgabe des § 1643 BGB privilegiert. Entsprechend gelten für Rechtsgeschäfte, die der Ergänzungspfleger für den Minderjährigen vornimmt, die §§ 1821, 1822 BGB. Dabei regelt § 1821 BGB Genehmigungstatbestände für Geschäfte über Grundstücke, worunter auch Wohnungs- und Teileigentum fällt (KG, FGPrax 2019, 196; Hügel/Reetz, WEG, V. Rdnr. 217; MünchKomm-BGB/Kroll-Ludwigs, § 1821 Rdnr. 20), § 1822 BGB für sonstige Geschäfte.

18 b) Vorliegend ist eine Genehmigungsbedürftigkeit nach diesen Vorschriften nicht ersichtlich.

19 aa) Der Erwerb des Grundbesitzes stellt keine nach § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB genehmigungspflichtige Verfügung über das Vermögen des Minderjährigen dar, denn Verfügender im Sinne dieser Vorschrift ist nur derjenige, der unmittelbar infolge der vertraglichen Vereinbarung selbst eine Einbuße an Rechten erleidet (MünchKomm-BGB/Kroll-Ludwigs, § 1821 Rdnr. 25). Das sind vorliegend die Beteiligten zu 1 und 2, nicht der minderjährige Beteiligte zu 3. Die Genehmigungspflicht folgt auch nicht daraus, dass die Beteiligten zu 1 und 2 sich einen Nießbrauch vorbehalten haben. § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB schützt nur das dem Minderjährigen bereits gehörende Vermögen und findet auf Belastungen, die im Zusammenhang mit dem Erwerb eines Grundstücks erfolgen, keine Anwendung (BGH, NJW 1989, 453). Wird der Grundbesitz im Zuge der Eigentumsumschreibung mit einem dinglichen Recht belastet, erwirbt der Minderjährige nicht anders, als wenn er von vorneherein belastetes Eigentum erworben hätte (KG, FGPrax 2019, 196; BayObLGZ 2004, 86).

20 bb) Es handelt es sich vorliegend auch nicht um eine Verfügung über einen Anspruch des Minderjährigen im Sinne des § 1821 Abs. 1 Nr. 2 BGB, weil die Erfüllung des Anspruchs des Minderjährigen auf Übereignung von der Norm nicht erfasst wird (BGH, DNotZ 2011, 346 m. w. N.; Senat, Beschluss vom 8.2.2011, 34 Wx 40/11, NJW-RR 2011, 595). Es ist nämlich nicht Sinn und Zweck des § 1821 BGB, den Rechtserwerb durch den Minderjährigen zu behindern (MünchKomm-BGB/Kroll-Ludwigs, § 1821 Rdnr. 37).

21 cc) Eine familiengerichtliche Genehmigung ist auch nicht wegen § 1821 Abs. 1 Nr. 4 in Verbindung mit Nr. 1 BGB notwendig, weil in dem Vertrag die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des durch Rückforderung bedingten Rücküberweisungsanspruchs für die Beteiligten zu 1 und 2 vorgesehen ist. Zwar begründet mit der Rückforderungsklausel der Vertrag eine aufschiebend bedingte Verpflichtung zur Verfügung über das Wohnungs- und Teileigentum, jedoch handelt es sich auch diesbezüglich lediglich um eine Beschränkung der unentgeltlichen Zuwendung seitens der Beteiligten zu 1 und 2. Denn der Beteiligte zu 3 ist nach der vertraglichen Vereinbarung zur Rückübertragung nur verpflichtet, soweit er noch bereichert ist; die Haftung des Beteiligten zu 3 ist also zuverlässig auf das ihm unentgeltlich Zugewandte beschränkt (vgl. OLG Köln, NJOZ 2003, 3046; BayObLGZ 2004, 86; MünchKomm-BGB/Kroll-Ludwigs, § 1821 Rdnr. 45; Klüsner, Rpfleger 1981, 461, 467).

22 dd) Die Genehmigungspflicht folgt auch nicht aus § 1821 Abs. 1 Nr. 5 BGB, weil dingliche Erwerbsgeschäfte davon

schon nach dem eindeutigen Wortlaut („Vertrag“) nicht erfasst werden (Senat, Beschluss vom 8.2.2011, 34 Wx 40/11, NJW-RR 2011, 595; OLG Düsseldorf, ZEV 2017, 529; Münch-Komm-BGB/Kroll-Ludwigs, § 1821 Rdnr. 51).

23 ee) Schließlich ergibt sich das Erfordernis einer familiengerichtlichen Genehmigung auch nicht aus § 1822 Nr. 5 BGB. Dabei kann in dem hier gegebenen Fall der von vornherein unter dem Vorbehalt des Nießbrauchs vorgenommenen Übertragung eines schon vermieteten Grundstücks dahinstehen, ob der Beteiligte zu 3 bereits mit dem Eigentumserwerb, wenn auch nur in der logischen (juristischen) Sekunde zwischen dem Erwerb und der nachfolgenden Nießbrauchseintragung in den Mietvertrag eintritt und sodann die Beteiligten zu 1 und 2 als Nießbraucher gemäß § 577 Satz 1, § 571 Abs. 1 BGB wieder die Vermieterstellung erlangen oder aber ob sich deren Vermieterstellung unmittelbar fortgesetzt hat und der Beteiligte zu 3 erst nach Ende des Nießbrauchs eintreten muss. Denn für einen Grundstückserwerb, durch den der Minderjährige nach § 581 Abs. 2, § 566 BGB in einen bestehenden Mietvertrag eintritt, gilt diese Vorschrift nicht, da der Eintritt in den Mietvertrag nur eine gesetzliche Folge des Eigentumserwerbs ist (BGH, NJW 1983, 1780; OLG Hamm, BeckRS 2014, 17023; BeckOK-BGB/Bettin, § 1822 Rdnr. 18).

24 ff) Die übrigen Genehmigungstatbestände des § 1822 BGB kommen ersichtlich nicht in Betracht.

25 Da vorliegend die Übertragung des Wohnungs- und Teileigentums auf den Beteiligten zu 3 nicht der familiengerichtlichen Genehmigung bedarf, ist das Grundbuchamt anzuweisen, den Eintragungsantrag nicht von der Vorlage einer solchen Genehmigung abhängig zu machen.

(...)

12. Modifizierung des Zugewinnausgleichs durch Herausnahme von Betriebsvermögen

OLG Frankfurt a. M., Hinweisbeschluss vom 13.1.2020, 8 UF 115/19

BGB §§ 138, 242, 362 Abs. 1, § 1379 Abs. 1

LEITSÄTZE:

1. Die Modifizierung des Zugewinnausgleichs durch einen Ehevertrag dahin gehend, dass das Betriebsvermögen aus dem Zugewinnausgleich ausgenommen wird, hält einer Wirksamkeits- und Ausübungskontrolle stand (im Anschluss an BGH, NJW 2013, 2753).
2. Haben die Ehegatten in einem wirksamen Ehevertrag vereinbart, dass das betriebliche Vermögen des Ehemannes bei der Berechnung des Zugewinnausgleichs außer Betracht bleiben soll, so besteht bezüglich dieses Betriebsvermögens kein Anspruch auf Auskunftserteilung.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Beteiligten, getrennt lebende Ehegatten, streiten im Rahmen eines Scheidungsverbundverfahrens um einen Auskunftsanspruch zum Zugewinn des Antragstellers.

2 Die Beteiligten schlossen am (...) 2009 ihre Ehe. Sie trennten sich im August 2016. Der Scheidungsantrag des Antragstellers wurde der Antragsgegnerin am 22.9.2017 zugestellt. Aus der Ehe sind zwei Kinder, geboren 2009 und 2011, hervorgegangen, die überwiegend von der Antragsgegnerin betreut wurden. Die Ehegatten leben im gesetzlichen Güterstand, wobei dieser durch einen notariellen Vertrag vom 2.12.2009 modifiziert wurde. In diesem notariellen Vertrag vor Notar A in Stadt 1 zu Nummer (...)/2009 wurde unter II. geregelt:

„Hinsichtlich des ehelichen Güterrechts soll es grundsätzlich beim gesetzlichen Güterstand der Zugewinngemeinschaft verbleiben. Es soll jedoch für etwa bestehende Zugewinnausgleichsansprüche folgende Modifizierung für den Fall gelten, dass der Güterstand auf andere Weise als durch den Tod eines von uns beendet wird, insbesondere unsere Ehe geschieden:

Der Erschienenen zu 1.) [hiesiger Antragsteller] ist selbständiger Steuerberater und unterhält eine eigene Steuerberatungskanzlei in Stadt 2. Sowohl dieser Betrieb des Erschienenen zu 1.) als auch sonstiges Betriebsvermögen eines jeden von uns beiden sollen beim Zugewinnausgleich bei Beendigung der Ehe in keiner Weise berücksichtigt werden. Unter Betriebsvermögen im vorstehenden Sinne verstehen wir auch gewillkürtes Betriebsvermögen und Sonderbetriebsvermögen sowie Vermögen, das dem Betrieb langfristig zur Nutzung überlassen und ihm zu dienen bestimmt ist. Nicht zum Betriebsvermögen gehören Gesellschaftsbeteiligungen an Gesellschaften, die nur eigenes Vermögen verwalten und die lediglich durch ihre gewerbliche Prägung gewerbliche Einkünfte erzielen.

Das vorgenannte Betriebsvermögen sowie etwaige bestehenden Gesellschafterdarlehen sollen also weder bei der Berechnung des Anfangsvermögens noch bei der Berechnung des Endvermögens eines bzw. beider von uns berücksichtigt werden, und zwar auch dann nicht, wenn sich ein negativer Betrag ergibt. Gleiches gilt für Wertsteigerungen oder Verluste dieses Vermögens, (...) Surrogate für aus dem Zugewinnausgleich herausgenommene Vermögenswerte sollen nicht ausgleichspflichtiges Vermögen sein. Sie werden also bei der Berechnung des Endvermögens ebenfalls nicht berücksichtigt. Dies gilt auch für eventuelle Wertsteigerungen oder Verluste, die Surrogate betreffend.

In gleicher Weise sind vom Zugewinnausgleich ausgenommen die Gegenstände, die im Zeitpunkt der Eheschließung im Eigentum eines jeden Ehegatten stehen, sowie künftige Erwerbe von dritter Seite von Todes wegen oder mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht, durch Schenkung oder Ausstattung sowie hierauf eventuell anfallende Wertsteigerungen oder Verluste. Dies gilt auch für Surrogate dieser Vermögensgegenstände einschließlich eventueller Wertsteigerungen oder Verluste. (...)

(...)

4 Der Antragsteller erteilte vorgerichtlich Auskunft zu seinem Endvermögen zum Stichtag 22.9.2017, wobei er vorgerichtlich zu seinen Aktiva und Passiva bezüglich der Steuerberatungskanzlei keine Angaben machte.

5 Die Antragsgegnerin meint, dass der notarielle Vertrag unwirksam sei „jenseits der üblichen Kriterien von Unwirksamkeit und Ausübungskontrolle, vielmehr aus allgemeinrechtlichen Überlegungen“. Die Urkunde eröffne hinsichtlich des Betriebsvermögens „einen unzulässigen Verschiebeparkplatz“ von Privat- zu Betriebsvermögen zulasten der Antragsgegnerin. Der Antragsteller habe auch ein existentes Motorrad offensichtlich ins Betriebsvermögen überführt, weil dies in seiner vorgerichtlich übermittelten Aufstellung zum Endvermögen nicht auftauche, obwohl die Steuerberatungskanzlei bereits zwei aktivierte Pkw im Betriebsvermögen habe.

6 Mit Schriftsatz vom 3.7.2018 beantragte die Antragsgegnerin im Wege eines Stufenantrags, zunächst auf der Auskunfts- und Belegstufe den Antragsteller zu verpflichten, der Antragsgegnerin Auskunft zu erteilen über sein Endvermögen per 22.9.2017. (...)

7 Der Antragsgegner beantragt Zurückweisung des Antrags.

8 Er meint, dass die Auskunft nicht geschuldet sei, da das Betriebsvermögen mit dem notariellen Vertrag wirksam vom Zugewinnausgleich ausgenommen worden sei.

9 Mit dem angefochtenen Teilbeschluss vom 18.4.2019 hat das AG den Auskunftsantrag zurückgewiesen. Der notarielle Vertrag sei wirksam, da es sich um eine außerhalb des Kernbereichs des Scheidungsfolgenrechts liegende, der vertraglichen Disposition der Ehegatten am weitesten zugängliche Regelungsmaterie nur zum Zugewinnausgleich handle. Die konkrete Regelung halte nach den Grundsätzen der Rechtsprechung des BGH sowohl einer Wirksamkeitskontrolle nach § 138 BGB als auch einer Ausübungskontrolle nach § 242 BGB stand. Vermögensverschiebungen des Antragstellers, die Gegenstand eines Auskunftsanspruches wegen illoyaler Vermögensminderung im zeitlichen Zusammenhang mit der Trennung mit Folge einer Zurechnung nach § 1375 Abs. 2 BGB sein könnten, seien von der Antragsgegnerin bislang nicht vorgetragen worden.

(...)

15 II. Der Senat beabsichtigt, die zulässige Beschwerde, §§ 117, 58 ff. FamFG, ohne erneute mündliche Verhandlung, § 68 Abs. 3 Satz 2 FamFG, zurückzuweisen, da die Antragsgegnerin keinen Auskunftsanspruch gegen den Antragsteller bezüglich dessen Betriebsvermögen hat.

Im Einzelnen:

16 Ein Auskunftsanspruch der Antragsgegnerin zum Endvermögen des Antragstellers kann sich nur aus § 1379 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Alt. 2 BGB ergeben. Diesen Anspruch hat der Antragsteller mit seiner Wissenserklärung vom 19.12.2017 (...) gemäß § 362 Abs. 1 BGB erfüllt. Die Auskunftspflichtung ist erfüllt, wenn eine systematische, abgeschlossene Aufstellung über die geschuldeten Auskünfte erteilt ist (vgl. BeckOGK-BGB/Winter, Stand: 1.11.2019, § 1605 Rdnr. 78). Dies beurteilt sich nach objektivem Empfängerhorizont (vgl.

BGH, Beschluss vom 31.7.2013, VII ZR 177/12, juris). Danach hat der Antragsteller mit der vorgelegten Wissenserklärung vom 19.12.2017 seine Auskunftsverpflichtung erfüllt. Soweit die Antragsgegnerin erstmals mit der Beschwerde geltend macht, dass die Angaben des Antragstellers zu den gemeinsamen gesamtschuldnerischen Verbindlichkeiten seinem Endvermögen nicht exakt genug seien, berührt dies nicht die Erfüllung der Auskunft, sondern kann ggf. über das Verlangen auf eidesstattliche Versicherung geltend gemacht werden. Im Übrigen liegen der Antragsgegnerin als Gesamtschuldnerin der Hausverbindlichkeiten zu diesem Punkt – wie ihr Vortrag in der Beschwerdebegründung mit dem exakten Wert von 142.027,83 € zeigt – auch die Zahlen vor, sodass sie diesbezüglich auf keinen weitergehenden Auskunftsanspruch als bloßen Hilfsanspruch zum Hauptanspruch auf Zugewinnausgleich angewiesen ist.

17 Was das Betriebsvermögen des Antragstellers angeht, wurde dieses mit dem notariellen Vertrag der Beteiligten vom 2.12.2009 wirksam vom Zugewinnausgleich ausgeschlossen. Dies hat das AG mit ausführlichen und zutreffenden Gründen, auf die zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug genommen wird, begründet. Dieser Vertrag hält einer Wirksamkeits- und einer Ausübungskontrolle gemäß § 138 BGB bzw. § 242 BGB stand (vgl. BGH, NJW 2013, 2753: selbst die Umkehr der Ausgleichsrichtung aufgrund Herausnahme eines Vermögensgegenstands aus dem Zugewinnausgleich führt nicht dazu, dass eine vertragliche Anpassung nach § 242 BGB zu erfolgen hat). Dies hat die Antragsgegnerin letztlich auch selbst erkannt, soweit sie in der Antragschrift ausführt, dass sich die Unwirksamkeit der Vereinbarung „jenseits der üblichen Kriterien von Unwirksamkeit und Ausübungskontrolle, vielmehr aus allgemeinrechtlichen Überlegungen“ ergäbe. Auch aus „allgemeinrechtlichen Überlegungen“ ergibt sich keine Unwirksamkeit dieses notariellen Vertrages. Bei jeder Herausnahme von Betriebsvermögen aus dem Zugewinnausgleich ergibt sich die Möglichkeit, durch Schaffung von gewillkürtem Betriebsvermögen zulässigerweise vormaliges Privatvermögen dem Zugewinnausgleich zu entziehen (vgl. Mayer, DStR 1993, 991, 993: „[...] Auch wenn man die Aktivseite als fest vorgegeben und damit nicht der Manipulation des Steuerpflichtigen unterworfen ansieht, hat es dieser jedoch in der Hand, durch Veränderungen auf der Passivseite die Relationen zwischen Betriebs- und Privatvermögen – mit entsprechenden Konsequenzen für die Zugewinnausgleichsforderung – zu verändern... Im Ergebnis ist die Herausnahme des Betriebsvermögens aufgrund der damit verbundenen Manipulationsmöglichkeiten eine höchst problematische Gestaltung.“). Wenn der Antragsteller vorliegend bestimmte Fahrzeuge zu seinem gewillkürten Betriebsvermögen zählt, die nicht in seiner Auflistung zum privaten Endvermögen auftauchen, hat er sich damit eine Regelung aus dem Notarvertrag zur Herausnahme des Betriebsvermögens zulässigerweise zunutze gemacht. Denn im Notarvertrag wurde ausdrücklich geregelt, dass „unter Betriebsvermögen im vorstehenden Sinne (...) auch gewillkürtes Betriebsvermögen“ zu verstehen sei. Steuerrechtlich ist die Zuordnung eines gemischt genutzten Wirtschaftsguts zum gewillkürten Betriebsvermögen zulässig, wenn das Wirtschaftsgut zu mindestens 10 % betrieblich genutzt wird (BFH, NJW 2004, 319). Die Tatsache, dass sich

eine Vertragspartei eine – zulässige – Klausel eines Vertrages zunutze macht, führt außerhalb des Kernbereichs des Scheidungsfolgenrechts, insbesondere also bei reinen Regelungen zum Zugewinnausgleich, weder zur Unwirksamkeit des Vertrages noch zur Abänderbarkeit des Vertrages. Denn die Vertragsparteien hätten auch zulässigerweise den Zugewinnausgleich insgesamt ausschließen können.

18 Wenn aber das Betriebsvermögen (sowohl das notwendige als auch das gewillkürte) wirksam vom Zugewinn ausgeschlossen wurde, hat die Antragsgegnerin auch keinen Auskunftsanspruch bezogen auf den ausgeschlossenen Vermögensgegenstand. Insoweit gilt:

„Haben die Ehegatten in einem wirksamen Ehevertrag vereinbart, dass das betriebliche Vermögen des Ehemannes bei der Berechnung des Zugewinnausgleichs außer Betracht bleiben soll, so besteht insoweit kein Anspruch auf Auskunftserteilung.“ (OLG Hamm, FamRZ 2006, 3719, Leitsatz).

Denn bezogen auf den vom Zugewinnausgleich ausgeschlossenen Vermögensgegenstand haben die Ehegatten faktisch Gütertrennung vereinbart, sodass hinsichtlich dieses Vermögensgegenstands auch beim modifizierten Zugewinnausgleich kein Auskunftsanspruch besteht (*Kogel*, Zugewinnausgleich, 6. Aufl. 2019, Rdnr. 453).

(...)

•

13. Zulässigkeit einer Volljährigenadoption trotz Beeinträchtigung des Erbrechts des leiblichen Sohnes des Annehmenden

OLG Schleswig, Beschluss vom 1.8.2019, 8 UF 102/19

BGB § 1755 Abs. 1, § 1757 Abs. 1, § 1767 Abs. 1, §§ 1769, 1770 Abs. 2

LEITSÄTZE:

1. Das familienbezogene Motiv muss für eine Volljährigenadoption der entscheidende Anlass sein. Jedenfalls im Zusammenhang mit weiteren persönlichen Gründen ist die Adoption eines Anzunehmenden, der sich seit zwölf Jahren als Geschäftsführer des Unternehmens uneingeschränkt bewährt hat und dem Annehmenden vielfach persönlich eng verbunden ist, auch unter dem Aspekt, dass der Annehmende den Wunsch verfolgt, einen Erben zur Fortführung seines unternehmerischen Lebenswerkes zu haben, sittlich gerechtfertigt. Unter diesen Voraussetzungen ist es unschädlich, dass der Annehmende und der Anzunehmende mit der Annahme möglicherweise Nebenzwecke wie etwa eine Steuerersparnis oder eine Verringerung des Pflichtteils des leiblichen Kindes des Annehmenden erreichen wollen.

2. Ein Altersabstand des Annehmenden von 50 Jahren entspricht noch in etwa dem zwischen Eltern und leiblichen Kindern. Tatsächlich war und ist es nicht unüblich, dass Männer im Alter von 50 Jahren und älter Vater werden.
3. Das Vorhandensein einer eigenen intakten Familie mit Kindern bzw. Eltern spricht zwar unter Umständen grundsätzlich gegen das Bestehen oder Entstehen eines Eltern-Kind-Verhältnisses zwischen Erwachsenen; davon sind jedoch bei besonders enger Verbundenheit des Annehmenden und des Anzunehmenden Ausnahmen möglich. Im Übrigen bestimmt § 1770 Abs. 2 BGB ausdrücklich, dass die Rechte und Pflichten aus dem Verwandtschaftsverhältnis des Angenommenen und seiner Abkömmlinge zu ihren Verwandten durch die Annahme nicht berührt werden, soweit das Gesetz nichts anderes vorschreibt. Anders als bei der Minderjährigenadoption (§ 1755 Abs. 1 Satz 1 BGB) scheidet der angenommene Volljährige damit nicht aus seiner bisherigen Familie aus (bleibt also etwa gesetzlicher Erbe bzw. Pflichtteilsberechtigter beim Tod seiner bisherigen Eltern).
4. Die Annahme eines Volljährigen darf gemäß § 1769 BGB nicht ausgesprochen werden, wenn ihr überwiegende Interessen der Kinder des Annehmenden oder des Anzunehmenden entgegenstehen. Bei der Annahme eines Volljährigen sind auch die vermögensrechtlichen Interessen der Beteiligten zu beachten, etwa wenn die Annahme das Erbrecht oder sonstige Vermögensinteressen vorhandener Kinder unangemessen beeinträchtigt, wobei die Vorschrift den Kindern des Annehmenden nicht den wirtschaftlichen Status quo garantiert. Im Ausgangspunkt bleibt das leibliche Kind bei einer Volljährigenadoption ungeachtet der Annahme des Anzunehmenden das Kind des Annehmenden; es wird also nicht etwa „verstoßen“. In wirtschaftlicher Hinsicht sind das Alter des Kindes, seine wirtschaftliche (Un-)Abhängigkeit und das ihm für den Fall einer Erbschaft oder jedenfalls aufgrund eines Pflichtteils noch zufallende Vermögen gegen die bedeutenden Interessen des Annehmenden und des Anzunehmenden an der Annahme, insbesondere an der damit verbundenen angemessenen rechtlichen Gestaltung ihrer engen persönlichen Bindung und der Sicherung der Unternehmensnachfolge, abzuwägen.

BÜRGERLICHES RECHT – ERBRECHT

14. Anspruch auf Ergänzung eines notariellen Nachlassverzeichnisses

BGH, Urteil vom 20.5.2020, IV ZR 193/19 (Vorinstanz: LG Bonn, Urteil vom 3.7.2019, 5 S 18/19)

BGB § 2314 Abs. 1 Satz 3

LEITSATZ:

Der Pflichtteilsberechtigte kann die Ergänzung bzw. Berichtigung eines notariellen Nachlassverzeichnisses auch dann verlangen, wenn dieses wegen unterbliebener Mitwirkung des Erben teilweise unvollständig ist (hier: verweigerte Zustimmung des Erben zu einem Kontendatenabruf des Notars bei einem ausländischen Kreditinstitut).

SACHVERHALT:

1 I. Die Klägerin begehrt im Wege der Vollstreckungsabwehrklage, die Zwangsvollstreckung aus dem Teil-Anerkenntnis- und Teilurteil des AG Bonn vom 23.11.2017 (Az. 105 C 6/17) für unzulässig zu erklären. Sie ist eine Tochter und die testamentarische Erbin der am 22.9.2010 verstorbenen M G (im Folgenden: Erblasserin). Die Beklagten sind die Töchter einer weiteren verstorbenen Tochter der Erblasserin. Sie nahmen die Klägerin in dem Verfahren AG Bonn 105 C 6/17 im Wege der Stufenklage auf Zahlung des Pflichtteils in Anspruch. Durch Teil-Anerkenntnis- und Teilurteil des AG Bonn vom 23.11.2017 wurde die hiesige Klägerin verurteilt, gegenüber den Beklagten Auskunft gemäß § 2314 BGB über den Bestand des Nachlasses der Erblasserin durch Vorlage eines notariell aufgenommenen und vom Notar unterzeichneten ausführlichen, systematischen und vollständigen Verzeichnisses zu erteilen und die Beklagten (dortige Klägerinnen) bei der Aufnahme des Verzeichnisses zuzuziehen.

2 Der Prozessbevollmächtigte der Beklagten bat den von der Klägerin beauftragten Notar mit Schreiben vom 22.4.2014 unter anderem darum, zur Klärung bestehender Bankguthaben auch eine Anfrage bei den Banken und der Sparkasse vorzunehmen, welche Filialen in M/K und Umgebung haben. Die Klägerin erteilte dem Notar zur Erstellung des notariellen Nachlassverzeichnisses am 24.9.2015 eine Vollmacht, Kontenauskünfte zur Errichtung des Nachlassverzeichnisses bei deutschen Kreditinstituten zu beantragen. In der Folge legte die Klägerin ein notarielles Nachlassverzeichnis am 4.5.2018 vor. In dem Nachlassverzeichnis wies der Notar unter III. (2) (b) darauf hin, dass er einen Kontendatenabruf für Konten in Österreich nicht habe vornehmen können. Die Klägerin habe die erforderliche Zustimmung zu einer derartigen Ermittlung nicht erteilt. Teil des Nachlassverzeichnisses ist unter anderem ein Protokoll der Erbantrittserklärung und Durchführung der Verlassenschaftsabhandlung eines österreichischen Notars vom 4.1.2011. Unter den Aktiva von insgesamt 87.751,22 € ist dort ein Gemeinschaftskonto Nr. (...) bei der Raiffeisenbank M i. H. v. 3.596,09 € aufgeführt mit der zusätzlichen Erklärung der Klägerin gegenüber dem österreichischen Notar, sonstiges Nachlassvermögen in Österreich sei nicht vorhanden. Bereits am 4.11.2010 hatte die Raiffeisenbank M die jeweiligen Kontenstände dem österreichischen Notar mitgeteilt.

3 Die Klägerin meint, sie habe den titulierte Auskunftsanspruch durch die Vorlage des notariellen Verzeichnisses vom 4.5.2018 erfüllt. Auf ihren Antrag hat das AG der Klage stattgegeben. Das LG hat die Klage unter Abänderung des erstinstanzlichen Urteils abgewiesen.

Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihr bisheriges Begehren weiter.

AUS DEN GRÜNDEN:

4 Das Rechtsmittel hat keinen Erfolg.

5 I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, die Beklagten hätten gegen die Klägerin weiterhin einen Anspruch auf Auskunft über den Bestand des Nachlasses durch die Vorlage eines notariellen Nachlassverzeichnisses gemäß § 2314 Abs. 1 Satz 1 und 3 BGB. Der titulierte Anspruch sei nicht durch Vorlage des notariellen Nachlassverzeichnisses vom 4.5.2018 erfüllt und damit erloschen. Zwar könne aus sachlichen Gründen grundsätzlich keine Ergänzung oder Berichtigung des Nachlassverzeichnisses verlangt werden und der Pflichtteilsberechtigte sei auf den Weg der eidesstattlichen Versicherung zu verweisen. Von diesem Grundsatz gebe es aber unter anderem eine Ausnahme bei – hier vorliegender – offensichtlicher Unvollständigkeit des notariellen Nachlassverzeichnisses. Maßgebend hierfür seien der Kenntnisstand und die Erkenntnismöglichkeiten des Auskunftspflichtigen. Der Notar müsse den Bestand des Nachlasses selbst und eigenständig ermitteln und durch Bestätigung des Bestandsverzeichnisses als von ihm aufgenommen zum Ausdruck bringen, dass er den Inhalt verantworte. Hier sei das Nachlassverzeichnis erkennbar unvollständig, weil die Klägerin dem Notar nicht die Zustimmung zur Einholung einer Auskunft bei der Raiffeisenbank M erteilt und dadurch ihre Pflicht zur Mitwirkung an der Aufnahme des Nachlassverzeichnisses verletzt habe. Der Notar habe im Hinblick auf die Raiffeisenbank M nicht die erforderlichen eigenständigen Ermittlungen durchführen können. Der Auskunftsanspruch sei auch nicht durch die am 4.1.2011 durch die Klägerin im Rahmen des österreichischen Verlassenschaftsverfahrens erstattete Vermögenserklärung erfüllt. Diese bleibe hinter den Voraussetzungen und Wirkungen eines notariellen Nachlassverzeichnisses im Sinne des § 2314 Abs. 1 Satz 1 und 3 BGB zurück. Inwieweit der österreichische Gerichtskommissär tatsächlich eine abschließende und vollständige Auskunft über alle Aktiva und Passiva der Erblasserin zum Todeszeitpunkt erbeten habe, sei für den mit der Erstellung des Nachlassverzeichnisses vom 4.5.2018 beauftragten Notar nicht nachvollziehbar gewesen. Selbst wenn dem deutschen Notar das Schreiben der Raiffeisenbank M vorgelegen hätte, wäre ihm noch nicht der Umfang der angefragten Auskunft bekannt gewesen, insbesondere, ob eine Auskunft lediglich in Bezug auf diese Konten oder in Bezug auf die gesamte Geschäftsverbindung erbeten worden sei.

6 II. Das hält rechtlicher Nachprüfung stand.

7 1. Rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht entschieden, dass die Vollstreckungsabwehrklage der Klägerin gemäß § 767 Abs. 1 ZPO unbegründet ist. Der titulierte Anspruch der Beklagten auf Auskunft über den Bestand des Nachlasses gemäß § 2314 Abs. 1 Satz 1 und 3 BGB ist nicht durch die Vorlage des notariellen Nachlassverzeichnisses vom 4.5.2018 gemäß § 362 Abs. 1 BGB erfüllt worden.

8 a) § 2314 BGB soll es dem Pflichtteilsberechtigten ermöglichen, sich die notwendigen Kenntnisse zur Bemessung seines Pflichtteilsanspruchs zu verschaffen. Hierbei soll ein nota-

rielles Nachlassverzeichnis eine größere Gewähr für die Vollständigkeit und Richtigkeit der Auskunft als das private Verzeichnis des Erben bieten. Dementsprechend muss der Notar den Bestand des Nachlasses selbst und eigenständig ermitteln und durch Bestätigung des Bestandsverzeichnisses als von ihm aufgenommen zum Ausdruck bringen, dass er den Inhalt verantwortet. Der Notar ist in der Ausgestaltung des Verfahrens weitgehend frei. Er muss zunächst von den Angaben des Auskunftspflichtigen ausgehen. Allerdings darf er sich hierauf nicht beschränken und insbesondere nicht lediglich eine Plausibilitätsprüfung durchführen. Vielmehr muss er den Nachlassbestand selbst ermitteln und feststellen. Dabei hat er diejenigen Nachforschungen anzustellen, die ein objektiver Dritter in der Lage des Gläubigers für erforderlich halten würde (vgl. BGH, Beschluss vom 13.9.2018, I ZB 109/17, ZEV 2019, 81 Rdnr. 31 f.; OLG Koblenz, ZEV 2014, 308 Rdnr. 20).

9 Die Verpflichtung des Erben zur Mitwirkung an der Aufnahme des notariellen Nachlassverzeichnisses richtet sich danach, in welchem Umfang diese Mitwirkung für die ordnungsgemäße Aufnahme des Verzeichnisses erforderlich ist. Maßgebend sind danach jeweils die Umstände des Einzelfalles (BGH, Beschluss vom 13.9.2018, I ZB 109/17, ZEV 2019, 81 Rdnr. 30). Hierbei darf und muss der Notar das Wissen des Erben sowie das in seiner Person vorhandene Aufklärungspotenzial ggf. in der Weise nutzen, dass er den Erben auffordert, eigene Auskunftsansprüche gegenüber Geldinstituten bzw. sonstigen Dritten durchzusetzen. Die vom Erben geschuldete Kooperation kann insoweit auch in der Anweisung an Dritte bestehen, die benötigten Auskünfte unmittelbar gegenüber dem Notar zu erteilen (OLG Bamberg, ZEV 2016, 580 Rdnr. 5).

10 Liegt – wie hier – ein notarielles Nachlassverzeichnis vor, so kann der Pflichtteilsberechtigte grundsätzlich nicht dessen Berichtigung oder Ergänzung verlangen. Vielmehr ist er in diesem Fall, soweit die Voraussetzungen des § 260 Abs. 2 BGB vorliegen, auf den Weg der eidesstattlichen Versicherung verwiesen (Senatsurteil vom 6.3.1952, IV ZR 16/51, LM § 260 Nr. 1; Staudinger/Herzog, Neub. 2015, § 2314 Rdnr. 84; MünchKomm-BGB/Lange, 8. Aufl., § 2314 Rdnr. 28; Bamberger/J. Mayer, BGB, 3. Aufl., § 2314 Rdnr. 14; BeckOK-BGB/MüllerEngels, Stand: 1.2.2020, § 2314 Rdnr. 21). Von diesem Grundsatz sind allerdings verschiedene Ausnahmen anerkannt. So kann ein Anspruch auf Ergänzung bzw. Berichtigung eines Nachlassverzeichnisses bestehen, wenn in diesem eine unbestimmte Mehrheit von Nachlassgegenständen – etwa aufgrund eines Rechtsirrtums des Pflichtigen – nicht aufgeführt ist (Senatsurteil vom 6.3.1952, IV ZR 16/51, a. a. O.; OLG Düsseldorf, ErbR 2019, 772, 773), wenn Angaben über den fiktiven Nachlass oder Schenkungen fehlen (OLG Oldenburg, NJW-RR 1992, 777, juris Rdnr. 31), wenn die Auskunft zwar dem Wissensstand des Verpflichteten entspricht, dieser sich jedoch fremdes Wissen trotz Zumutbarkeit nicht verschafft hat (OLG Saarbrücken, ZEV 2011, 373 Rdnr. 17) oder wenn sich ein Notar auf die Wiedergabe der Bekundungen des Erben ohne eigene Ermittlungstätigkeit beschränkt (OLG Koblenz, ZEV 2018, 413 Rdnr. 18; vgl. ferner Staudinger/Herzog, § 2314 Rdnr. 85; MünchKomm-BGB/Lange, § 2314 Rdnr. 28; Bamberger/J. Mayer, BGB, § 2314 Rdnr. 14; BeckOK-BGB/Müller-Engels, § 2314 Rdnr. 21).

11 b) Von diesen Grundsätzen ist das Berufungsgericht hier ausgegangen und hat auf dieser Grundlage rechtsfehlerfrei angenommen, dass das notarielle Nachlassverzeichnis vom 4.5.2018 unvollständig ist, weil es keine umfassenden Angaben über die Geschäftsbeziehung der Erblasserin zu der Raiffeisenbank M enthält. Die Klägerin hat ausweislich des notariellen Nachlassverzeichnisses einen Kontendatenabruf des Notars für Kontenverbindungen in Österreich nicht ermöglicht und keine entsprechende Zustimmungserklärung erteilt. Lediglich bezüglich der in Deutschland befindlichen Konten hat der Notar auf der Grundlage der ihm insoweit von der Klägerin erteilten Zustimmungserklärung die erforderlichen Auskünfte einholen können. Infolgedessen und mit Rücksicht auf den von ihm zu dem Kontendatenabruf bei österreichischen Banken aufgenommenen Hinweis kann hier davon ausgegangen werden, dass er – wie geboten – bei Vorliegen einer entsprechenden Zustimmungserklärung der Klägerin für die Konten in Österreich, hier insbesondere bei der Raiffeisenbank M, ebenfalls Auskunft eingeholt hätte. Die Klägerin wäre aufgrund der sie gemäß § 2314 Abs. 1 Satz 1 BGB treffenden Verpflichtung gehalten gewesen, sich über ihr eigenes Wissen hinaus die zur Auskunftserteilung notwendigen Kenntnisse so weit wie möglich zu verschaffen und von Auskunftsrechten gegenüber Kreditinstituten Gebrauch zu machen (vgl. zu dieser Erkundigungspflicht BGH, Urteil vom 28.2.1989, XI ZR 91/88, BGHZ 107, 104, 108 juris Rdnr. 12). Dies hat sie durch die Verweigerung des Kontendatenabrufs bei der Raiffeisenbank M nicht getan, sodass insoweit eine teilweise Unvollständigkeit des notariellen Nachlassverzeichnisses vorliegt.

12 2. Entgegen der Auffassung der Revision beruht das Berufungsurteil auch nicht auf einer entscheidungserheblichen Verletzung des Anspruchs der Klägerin auf rechtliches Gehör gemäß Art. 103 Abs. 1 GG.

13 a) Offen bleiben kann, ob – wie von der Revision geltend gemacht – dem von der Klägerin mit der Erstellung des Nachlassverzeichnisses vom 4.5.2018 beauftragten deutschen Notar das in dem Protokoll in Bezug genommene „Schreiben vom 4.11.2010“ vorgelegen und ob sich die Anfrage des österreichischen Notars auf alle Kontoverbindungen der Erblasserin bei der Raiffeisenbank M bezogen hat.

14 Die Anlage 4 zum Nachlassverzeichnis vom 4.5.2018, die das Protokoll der Erbantrittserklärung für das Vermögen in Österreich zum Gegenstand hat, enthält jedenfalls zunächst lediglich das Protokoll des österreichischen Notars, eine Amtsbestätigung in der Verlassenschaftssache, zwei Kostenrechnungen, den Einantwortungsbeschluss sowie eine Auskunft der Sparkasse K bezüglich der Erbschaftsteuer. Demgegenüber ergibt sich aus dem notariellen Nachlassverzeichnis nebst Anlagen nicht, dass dem deutschen Notar auch das von der Klägerin mit Schriftsatz vom 17.6.2019 nach Schluss der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht überreichte Schreiben der Raiffeisenbank M an den österreichischen Notar vom 4.11.2010 vorgelegen hat. Soweit das Berufungsgericht auf dieser Grundlage davon ausgegangen ist, es sei weder vorgetragen noch sonst ersichtlich, dass dem von der Klägerin beauftragten deutschen Notar das „Schreiben vom 4.11.2010“ vorgelegen habe, jedenfalls wäre ihm nicht der Umfang der angefragten Auskunft bekannt gewesen, be-

ruht dies nicht auf einem Verstoß gegen den Anspruch der Klägerin auf rechtliches Gehör gemäß Art. 103 Abs. 1 GG in Verbindung mit einer Verletzung der richterlichen Hinweispflicht gemäß § 139 ZPO.

15 b) Insoweit fehlt es schon an der Entscheidungserheblichkeit dieses gerügten Gehörsverstoßes, weil die vom Erben abzugebende Vermögenserklärung nach § 170 des österreichischen Außerstreitgesetzes (AußStrG) in ihrer Funktion nicht einem notariellen Nachlassverzeichnis gemäß § 2314 Abs. 1 Satz 3 BGB entspricht. Das insoweit maßgebende österreichische Recht darf der Senat selbst ermitteln. Gemäß § 560 ZPO sind die Feststellungen des Berufungsgerichts zum Inhalt ausländischen Rechts für das Revisionsgericht grundsätzlich bindend; soweit aber das Berufungsgericht das ausländische Recht – wie hier jedenfalls teilweise – außer Betracht gelassen und es infolgedessen nicht gewürdigt hat, ist das Revisionsgericht nicht daran gehindert, es selbst zu ermitteln und seiner Entscheidung zugrunde zu legen (Senatsbeschluss vom 3.12.2014, IV ZB 9/14, ZEV 2015, 163 Rdnr. 24).

16 Nach § 170 AußStrG hat der Erbe, wenn – wie hier – kein Inventar zu errichten ist, das Verlassenschaftsvermögen nach allen Bestandteilen wie in einem Inventar zu beschreiben und zu bewerten und die Richtigkeit und Vollständigkeit der Erklärung durch seine oder seines Vertreters Unterschrift zu bekräftigen. Der Erklärende ist hierbei auf die strafrechtlichen Folgen einer wahrheitswidrigen Erklärung hinzuweisen. Diese Vermögenserklärung bleibt – wie das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei ausführt – hinter einem notariellen Nachlassverzeichnis gemäß § 2314 BGB zurück, da den Notar im Rahmen von § 2314 Abs. 1 Satz 3 BGB eine eigene Ermittlungspflicht trifft und er durch Bestätigung des Bestandsverzeichnisses zum Ausdruck bringt, dass er den Inhalt selbst verantwortet (BGH, Beschluss vom 13.9.2018, I ZB 109/17, ZEV 2019, 81 Rdnr. 32). Demgegenüber handelt es sich bei der Vermögenserklärung gemäß § 170 AußStrG um eine reine Erklärung des Erben selbst, die vom Gericht nicht auf ihre Richtigkeit überprüft wird, nicht den Charakter einer öffentlichen Urkunde hat und deren Wirkungen allein auf das Verlassenschaftsverfahren beschränkt sind (vgl. Koziol/Bydliński/Bollenberger/Sailer, ABGB, 2. Aufl., § 801 Rdnr. 2; Schwimann/Kodek, ABGB 4. Aufl., § 801 Rdnr. 4; Tades/Hopf/Kathrein/Stabentheiner, ABGB, 37. Aufl., § 801 Anm. E1; Gruber/Kalss/Müller/Schauer, Erbrecht und Vermögensnachfolge, § 12 Rdnr. 15 f.). Auch für die Berechnung der Pflichtteilsansprüche hat die Vermögenserklärung grundsätzlich keine Bedeutung (vgl. Ferrari/Likar-Peer/Ferrari, Erbrecht, S. 452 f.). Da der Erbe indessen gemäß § 2314 Abs. 1 Satz 3 BGB auch nach privatschriftlicher Auskunftserteilung berechtigt ist, die Vorlage eines notariellen Verzeichnisses zu verlangen, ohne dass hierfür besondere Voraussetzungen vorliegen müssen (vgl. Senatsurteil vom 31.10.2018, IV ZR 313/17, ZEV 2019, 85 Rdnr. 9), muss das auch im Verhältnis zur Vermögenserklärung nach § 170 AußStrG gelten. Diese stellt – auch wenn sie vor dem österreichischen Notar abzugeben ist – eine rein private Erklärung des Erben dar, die mit einem notariellen Nachlassverzeichnis gemäß § 2314 Abs. 1 Satz 3 BGB nicht vergleichbar ist.

17 Hieran vermag auch die von der Revision herangezogene Vorschrift des § 38 des österreichischen Bankwesengesetzes

(BWG) nichts zu ändern. Gemäß § 38 Abs. 1 BWG dürfen Kreditinstitute Geheimnisse, die ihnen anvertraut worden sind, nicht offenbaren oder verwerten. Nach § 38 Abs. 2 Nr. 3 BWG besteht die Verpflichtung zur Wahrung des Bankgeheimnisses nicht im Falle des Todes des Kunden gegenüber dem Abhandlungsgericht und Gerichtskommissär. Selbst wenn hieraus folgen sollte, dass der österreichische Notar selbst die Raiffeisenbank M angeschrieben und diese ihm geantwortet hat, vermag dies am Charakter der Verlassenschaftsverhandlung und der eigenen Vermögenserklärung der Klägerin gemäß § 170 Außstreitgesetz nichts zu ändern. Ein Verstoß des Berufungsgerichts gegen die Pflicht des Tatrichters, ausländisches Recht gemäß § 293 ZPO zu ermitteln (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 30.4.1992, IX ZR 233/90, BGHZ 118, 151, 162-164, juris Rdnr. 25-29, liegt entgegen der Auffassung der Revision nicht vor.

15. Verjährung von Pflichtteilergänzungsansprüchen trotz späterer postmortaler Vaterschaftsfeststellung

BGH, Urteil vom 13.11.2019, IV ZR 317/17 (Vorinstanz: OLG Düsseldorf, Urteil vom 1.12.2017, I-7 U 151/16)

BGB § 1924 Abs. 1, § 2303 Abs. 1, § 2329 Abs. 1 und 3

LEITSATZ:

Auch im Falle einer postmortalen Vaterschaftsfeststellung verjährt der einem pflichtteilsberechtigten Abkömmling gemäß § 2329 BGB gegen den Beschenkten zustehende Pflichtteilergänzungsanspruch nach § 2332 Abs. 2 BGB a. F. in drei Jahren von dem Eintritt des Erbfalles an.

SACHVERHALT:

1 Der im Jahre 1964 geborene Kläger nimmt die Beklagten im Wege der Stufenklage auf Auskunft, Wertermittlung und Duldung der Zwangsvollstreckung wegen ergänzungspflichtiger Schenkungen nach dem am (...) 2007 verstorbenen und von den Parteien gesetzlich beerbten Erblasser in Anspruch.

2 Die Mutter des Klägers war zum Zeitpunkt seiner Geburt in erster Ehe verheiratet. Nach Scheidung dieser Ehe heiratete sie den Erblasser, aus dessen erster Ehe die beiden Beklagten hervorgegangen waren. Auch diese zweite Ehe wurde durch Scheidung aufgelöst.

3 In den Jahren 1995 und 2002 übertrug der Erblasser den Beklagten mehrere Grundstücke schenkungsweise unter Nießbrauchvorbehalt.

4 Auf den Vaterschaftsanfechtungsantrag des Klägers vom 29.3.2012 und seinen weiteren Feststellungsantrag wurde mit Beschluss vom 18.2.2015 festgestellt, dass Vater des Klägers nicht der bereits im Jahre 2001 verstorbene erste Ehemann seiner Mutter, sondern der Erblasser war.

5 Nach Rechtskraft dieses Beschlusses forderte der Kläger die Beklagten unter anderem zur Auskunft über den Bestand des Nachlasses auf. Die Beklagten überließen ihm ein Verzeichnis, das einen negativen Nettonachlasswert zum Zeitpunkt des Erbfalles auswies. Sie erheben im Übrigen die Einrede der Verjährung.

6 Das LG hat die im November 2015 erhobene Stufenklage abgewiesen. Die hiergegen gerichtete Berufung des Klägers hat das OLG

zurückgewiesen. Mit der vom OLG zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seine Klageanträge weiter.

AUS DEN GRÜNDEN:

7 Das Rechtsmittel hat keinen Erfolg.

8 I. Nach Auffassung des Berufungsgerichts, dessen Urteil unter anderem in ZEV 2018, 143 veröffentlicht ist, waren Pflichtteilergänzungsansprüche des Klägers aus § 2329 BGB bereits bei Eingang der Klageschrift verjährt. Daher seien auch die mit der Stufenklage vorbereitend geltend gemachten Ansprüche auf Auskunft und Wertermittlung aus § 242 BGB nicht begründet.

9 Nach dem Wortlaut des maßgeblichen § 2332 Abs. 2 BGB a. F. habe die dreijährige Verjährungsfrist mit dem Tod des Erblassers begonnen und sei daher bereits am (...) 2010 abgelaufen. Von dieser Verjährungsregelung sei nicht aufgrund der sog. Rechtsausübungssperre des § 1600d Abs. 4 BGB abzuweichen. Diese führe nicht dazu, dass der Beginn der Verjährungsfrist in objektiver Hinsicht zeitlich bis zur rechtskräftigen Feststellung der Vaterschaft des Erblassers hinauszuschieben sei. Auf das Entstehen des Anspruchs stelle § 2332 BGB nach seinem ausdrücklichen Wortlaut hinsichtlich des Beginns der Verjährungsfrist nicht ab, sondern allein auf den objektiven Umstand des Erbfalles. Eine entsprechende Anwendung des § 205 BGB auf andere als die dort geregelten Fälle scheide aus. Es liege kein Fall der höheren Gewalt des § 206 BGB vor. Diese Vorschrift solle keine Korrektur von Wertentscheidungen des Gesetzgebers ermöglichen.

10 Das Verfahren sei auch nicht gemäß Art. 100 Abs. 1 GG auszusetzen. Zwar seien die Schutzbereiche der Art. 6 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1 GG durch die Verjährungsregelung des § 2332 BGB betroffen. Der Eingriff in den Schutzbereich sei aber nicht verfassungswidrig. Die Regelung des § 2332 BGB verstoße auch nicht gegen das in Art. 6 Abs. 5 GG normierte Gebot, nichteheliche Kinder den ehelichen gleichzustellen. Ein eheliches Kind, das erst vier Jahre nach dem Erbfall vom Tode des Vaters erfahren habe, könnte seine Ansprüche aus § 2329 BGB ebenfalls nicht mehr durchsetzen.

11 Die Beklagten seien ferner nicht aus § 242 BGB gehindert, sich auf die Verjährungseinrede zu berufen. Der Kläger habe bereits nicht im Einzelnen dargelegt, dass und wie die Beklagten ihn durch ihr Verhalten von der rechtzeitigen Erhebung der Klage abgehalten hätten. Soweit er dazu eher pauschal ausführe, dass sowohl der Erblasser als auch seine Mutter ihm gemeinschaftlich bewusst und gewollt Informationen über seine wahre Abstammung vorenthalten hätten und dieses arglistige Verhalten von den Beklagten fortgeführt worden sei, sei dieser zweitinstanzliche neue Vortrag zudem bestritten und habe gemäß § 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO unberücksichtigt zu bleiben.

12 II. Dies hält rechtlicher Nachprüfung stand.

13 1. Das Berufungsgericht hat zu Recht angenommen, dass die vom Kläger gemäß § 2329 Abs. 1 und 3 BGB geltend gemachten Pflichtteilergänzungsansprüche nicht durchsetzbar sind, weil die von den Beklagten erhobene Einrede der Verjährung durchgreift (§ 214 Abs. 1 BGB).

14 a) Zutreffend ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass der Kläger nach rechtskräftiger und rückwirkender Feststellung der Vaterschaft des Erblassers zum Kreis der pflichtteilsberechtigten Abkömmlinge im Sinne der § 1924 Abs. 1, § 2303 Abs. 1 Satz 1 BGB zählt und als Miterbe Ansprüche auf Pflichtteilergänzung gemäß § 2329 Abs. 1 und 3 BGB gegen die Beklagten als beschenkte Miterben haben kann. Ebenso wie der in seinem Pflichtteilsrecht beeinträchtigte Alleinerbe können auch die insoweit zu kurz gekommenen Miterben in entsprechender Anwendung von § 2329 Abs. 1 Satz 2 BGB direkt gegen den Beschenkten vorgehen. Weiterhin kann auch der beschenkte Miterbe nach § 2329 BGB haften (Senatsurteile vom 9.10.1985, IVa ZR 1/84, NJW 1986, 1610 unter 1.; vom 19.3.1981, IVa ZR 30/80, BGHZ 80, 205, 207 ff.).

15 b) Etwaige Ansprüche des Klägers aus § 2329 BGB sind allerdings gemäß § 2332 Abs. 2 BGB in der bis zum 31.12.2009 geltenden Fassung (im Folgenden: § 2332 Abs. 2 BGB a. F.) i. V. m. Art. 229 § 23 Abs. 2 Satz 2 EGBGB verjährt.

16 aa) Nach § 2332 Abs. 2 BGB a. F. verjährt ein solcher dem Pflichtteilsberechtigten gegen den Beschenkten zustehender Anspruch in drei Jahren von dem Eintritt des Erbfalles an. Diese kurze kenntnisunabhängige Verjährungsfrist ist ohne Rücksicht auf die Miterbenstellung der beschenkten Beklagten einschlägig (vgl. Senatsurteil vom 9.10.1985, IVa ZR 1/84, NJW 1986, 1610 unter 2.) und war hier am 5.7.2010 – drei Jahre nach dem Tod des Erblassers – und somit lange vor Klageerhebung im November 2015 abgelaufen.

17 bb) Dem Eintritt der Verjährung steht nicht entgegen, dass der Kläger erst seit Rechtskraft des Beschlusses vom 18.2.2015, mit dem die Vaterschaft des Erblassers festgestellt wurde, die damit verbundenen Rechtswirkungen und auch mögliche Ansprüche im Sinne von § 2329 BGB geltend machen konnte.

18 (1) Nach § 1600d Abs. 4 BGB in der bis zum 30.6.2018 geltenden Fassung (im Folgenden: § 1600d Abs. 4 BGB a. F.; seitdem: § 1600d Abs. 5 BGB) können die Rechtswirkungen der Vaterschaft, soweit sich nicht aus dem Gesetz anderes ergibt, erst vom Zeitpunkt ihrer – dann allerdings rückwirkenden (vgl. BVerfGE 74, 33, 39; BSGE 73, 103, 104; Palandt/Brudermüller, 78. Aufl., § 1600d Rdnr. 19) – Feststellung an geltend gemacht werden.

19 (2) Ob die sog. Rechtsausübungssperre des § 1600d Abs. 4 BGB a. F. den in § 2332 Abs. 2 BGB a. F. bestimmten Beginn der Verjährung bis zur Rechtskraft der postmortalen Vaterschaftsfeststellung hindert, ist umstritten.

20 (a) Nach einer in der Literatur vertretenen Meinung (Gipp, ZErB 2001, 169, 171 f.; Lauck/Lauck, NZFam 2018, 144; siehe auch jurisPK-BGB/Lakkis, Stand: 27.6.2019, § 199 Rdnr. 14.1; Wellenhofer, FamRZ 2017, 903, 904) soll die Verjährung von Ansprüchen aus § 2329 BGB erst mit Rechtskraft der Vaterschaftsfeststellung beginnen. Das entspricht dem im Unterhaltsrecht anerkannten Grundsatz, dass die Verjährungsfrist für den Unterhaltsanspruch des nichtehelichen Kindes nicht vor der rechtskräftigen Feststellung der Vaterschaft in Lauf gesetzt werden kann (vgl. BGH, Beschluss vom 22.3.2017, II ZB 56/16, NJW 2017, 1954 Rdnr. 16 m. w. N.).

Zum Teil ist dies aus § 202 BGB in der bis zum 31.12.2001 geltenden Fassung abgeleitet worden (so etwa RGRK-BGB/*Böckermann*, 12. Aufl., § 1600a Rdnr. 35; siehe bereits RGZ 173, 15, 17; offengelassen im Senatsurteil vom 27.2.1980, IV ZR 125/78, BGHZ 76, 293, 298 und in BGH, Urteil vom 20.5.1981, IVb ZR 570/80, juris Rdnr. 14). Andere begründen das damit, dass der Unterhaltsanspruch bis zur rechtskräftigen Vaterschaftsfeststellung noch nicht gemäß § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB entstanden ist (BeckOK-BGB/*Piekenbrock*, Stand: 1.8.2019, § 199 Rdnr. 74; MünchKomm-BGB/*Wellenhofer*, 7. Aufl., § 1600d Rdnr. 100; *Obermann*, NZFam 2017, 458 f.; siehe auch Senatsurteil vom 6.10.1967, IV ZR 105/66, BGHZ 48, 361, 366 f.; BSGE 73, 103, 104 f. zu § 45 Abs. 1 SGB I; OLG Celle, FamRZ 2018, 98, 102 m. Anm. *Wache*, NZFam 2017, 917 f.; für entsprechende Anwendung des § 205 BGB aber *Staudinger/Rauscher*, Neub. 2011, § 1594 Rdnr. 16).

21 (b) Nach der – auch vom Berufungsgericht vertretenen – überwiegenden Ansicht soll die Rechtsausübungssperre dem Beginn der Verjährung nicht entgegenstehen, soweit das Gesetz hierfür – wie etwa in § 2332 Abs. 2 BGB a. F. – allein an den „Erbfall“ anknüpft (ebenso OLG Düsseldorf, ZEV 2017, 717 Rdnr. 20 f. zu § 2332 Abs. 1 BGB a. F.; BeckOK-BGB/*Schindler*, Stand: 1.9.2019, § 2332 Rdnr. 10; MünchKomm-BGB/*Lange*, § 2332 Rdnr. 6; Palandt/*Weidlich*, § 2332 Rdnr. 1; *Joachim/Lange*, Pflichtteilsrecht, 3. Aufl., Rdnr. 475; *Schindler*, Pflichtteilsberechtigter Erbe und pflichtteilsberechtigter Beschenker, 2004, Rdnr. 1047 mit Fn. 1644; *Horn*, NJW 2016, 1559, 1560; *ders.*, ZErB 2016, 232, 233 f.; ähnlich *Stöcker*, AgrarR 1987, 149, 150). Auch eine Hemmung der Verjährung bis zur Rechtskraft der postmortalen Vaterschaftsfeststellung entsprechend §§ 205, 206 BGB (bzw. §§ 202 Abs. 1, 203 Abs. 2 BGB a. F.) wird grundsätzlich abgelehnt (vgl. OLG Düsseldorf, a. a. O., Rdnr. 23 f.).

22 (c) Die letztgenannte Auffassung trifft zu.

23 (aa) Bei der Anwendung von Verjährungsvorschriften kommt dem Wortlaut des Gesetzes besondere Bedeutung zu. Dem Verjährungsrecht liegt der Gedanke zugrunde, dass gewisse tatsächliche Zustände, die längere Zeit hindurch unangefochten bestanden haben, im Interesse des Rechtsfriedens und der Rechtssicherheit nicht mehr infrage gestellt werden sollen. Da der Rechtsverkehr klare Verhältnisse erfordert und die Vorschriften über die Verjährung dementsprechend eine formale Regelung enthalten, ist es grundsätzlich geboten, sich bei der Anwendung solcher Vorschriften eng an deren Wortlaut zu halten (BGH, Urteil vom 30.9.2003, XI ZR 426/01, BGHZ 156, 232, 243 f. m. w. N.). Nach dem eindeutigen Wortlaut des § 2332 Abs. 2 BGB a. F. kommt es für den Beginn der Verjährungsfrist des dem Abkömmling zustehenden Anspruchs allein auf den Zeitpunkt des Erbfalles an und nicht auf die – ggf. rückwirkende – Entstehung des Pflichtteilsergänzungsanspruchs gegen den Beschenkten.

24 (bb) Die Entstehungsgeschichte des § 2332 Abs. 2 BGB a. F. lässt ebenfalls nicht darauf schließen, dass der Beginn der Verjährungsfrist ausnahmsweise nicht von dem Erbfall, sondern von anderen Umständen – wie etwa der postmortalen Feststellung der Vaterschaft des Erblassers – abhängen kann. Über die Verjährung des Anspruchs gegen den Beschenkten war in dem „Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetz-

buchs“ eine besondere Vorschrift nicht enthalten. In den Motiven (V S. 460) zu diesem Entwurf heißt es zu § 2010, der die entsprechende Anwendung der Vorschriften über den Pflichtteil auf die Erhöhung des Pflichtteils vorsah:

„Dass auch die auf die Verjährung sich beziehende Vorschrift des § 1999 entsprechend anwendbar ist, versteht sich hiernach von selbst.

25 (...) Aus dieser Anwendbarkeit ergibt sich ohne Weiteres, dass auch der Anspruch gegen den Beschenkten der kurzen Verjährung unterstellt ist, obschon nach dem § 2016 der Beschenkte nur zur Herausgabe verpflichtet ist, und dass die kurze Verjährung nicht beginnt, bevor nicht der Pflichtteilsberechtigten von der Schenkung Kenntnis erlangt hat.“

Ausweislich der Protokolle (V S. 594) zog die Mehrheit demgegenüber eine vorgeschlagene Regelung vor,

„nach welcher der Anspruch gegen den Beschenkten einer selbständigen, in drei Jahren von dem Eintritt des Erbfalls sich vollendenden Verjährung unterliegt. Man hielt es für richtiger, den kondiktionsartigen Anspruch gegen den Beschenkten in Bezug auf die Verjährung von dem Pflichtteilsanspruch gegen den Erben vollständig abzulösen und glaubte umso mehr dem Interesse des Beschenkten durch Festsetzung einer von einem festen Zeitpunkte beginnenden kurzen Verjährungsfrist Rechnung tragen zu sollen, (...)“

Diese Gesetzgebungsmaterialien belegen nicht, dass der historische Gesetzgeber die Entstehung und Durchsetzbarkeit des Anspruchs aus § 2329 BGB als Voraussetzung für den Lauf der Verjährungsfrist ansah. Vielmehr hat er bewusst ausschließlich den Erbfall als maßgeblichen Zeitpunkt für den Beginn der Verjährung gewählt. An der Sonderverjährung des Anspruchs aus § 2329 BGB hat der Gesetzgeber mit dem Gesetz zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts vom 24.9.2009 (BGBl. 2009 I, S. 3142) festgehalten und die Regelung des § 2332 Abs. 2 BGB a. F. ohne inhaltliche Änderung in § 2332 Abs. 1 BGB übernommen. Laut der Gesetzesbegründung (BT-Drucks. 16/8954, S. 22) entspricht diese Bestimmung

„Abs. 2 der bisher geltenden Fassung und überträgt die Sonderverjährung des Anspruchs des Pflichtteilsberechtigten gegen den Beschenkten gemäß Abs. 2 geltender Fassung in das System der Regelverjährung mit Ausnahme der subjektiven Anknüpfung des Verjährungsbeginns und behält damit den bisherigen Verjährungslauf bei“.

Einen Anlass zur Einführung einer Ausnahme von dieser Sonderverjährungsregelung hat der Gesetzgeber der Erbrechtsreform auch nicht im Hinblick auf die schon damals gemäß § 1600d Abs. 4 BGB a. F. geltende Rechtsausübungssperre, die erstmals mit dem Gesetz über die rechtliche Stellung der nichtehelichen Kinder vom 19.8.1969 (BGBl. 1969 I, S. 1243, im Folgenden: NEhelG) eingeführt worden war (§ 1600a Satz 2 BGB a. F. i. V. m. Art. 12 § 1 ff. NEhelG), gesehen.

26 (cc) Dem in den Gesetzesmaterialien zum Ausdruck gebrachten Sinn und Zweck des § 2332 Abs. 2 BGB a. F., dem

Beschenkten bald Klarheit zu verschaffen, ob er das Geschenk behalten kann oder an den Pflichtteilsberechtigten herausgeben muss, entspricht es, nur auf das Datum des Erbfall und nicht den Zeitpunkt der Rechtskraft der postmortalen Vaterschaftsfeststellung abzustellen. Ein Hinausschieben des Verjährungsbeginns auf möglicherweise unabsehbare Zeit liefe auf eine Umkehr der gesetzlichen Wertung hinaus. Der beschenkte Dritte oder Miterbe hat ein berechtigtes Interesse daran, dass er ohne Rücksicht auf den Kenntnisstand des Pflichtteilsberechtigten, an den der Gesetzgeber erklärtermaßen auch bei der Reform des Erbrechts nicht anknüpfen wollte, nach kurzer Frist sicher sein kann, das Geschenk nicht wieder herausgeben zu müssen (vgl. Senatsurteil vom 9.10.1985, IVa ZR 1/84, NJW 1986, 1610 unter 2.). Dieses Interesse besteht unabhängig davon, ob dem Pflichtteilsberechtigten der Erbfall, die Schenkung oder aber seine leibliche Abstammung vom Erblasser unbekannt geblieben ist, und ist deshalb besonders schutzwürdig, weil der Beschenkte, auch wenn er Miterbe ist, nach § 2329 BGB mit seinem Privatvermögen und nicht aus dem Nachlass haftet.

27 (dd) Die wortlautgetreue Anwendung des § 2332 Abs. 2 BGB a. F. widerspricht nicht allgemeinen Grundsätzen des Verjährungsrechts. Entgegen der Ansicht der Revision ist die vorherige Entstehung des Anspruchs nicht unabdingbare Voraussetzung für den Lauf einer jeden Verjährungsfrist (vgl. BGH, Urteil vom 8.1.2014, XII ZR 12/13, NJW 2014, 920 Rdnr. 17 m. w. N.; BSGE 118, 213 Rdnr. 23). So sind etwa in § 199 Abs. 2 BGB und in § 199 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 BGB Verjährungshöchstfristen für die dort bezeichneten Ansprüche „ohne Rücksicht auf ihre Entstehung“ bestimmt. Weiterhin ist, anders als die Revision meint, die Zumutbarkeit der Klageerhebung nicht generell eine übergreifende Voraussetzung für den Verjährungsbeginn, sondern kann nur im Zusammenhang mit der kenntnisabhängigen Verjährung von Bedeutung sein (vgl. Senatsurteil vom 21.2.2018, IV ZR 385/16, NJW 2018, 1469 Rdnr. 15 m. w. N.).

28 (3) Auch eine Hemmung der Verjährung bis zur rechtskräftigen Feststellung der Vaterschaft des Erblassers entsprechend den §§ 205, 206 BGB hat das Berufungsgericht zu Recht abgelehnt.

29 (a) Nach § 205 BGB ist die Verjährung gehemmt, solange der Schuldner aufgrund einer Vereinbarung mit dem Gläubiger vorübergehend zur Verweigerung der Leistung berechtigt ist. Diese Regelung hat der Gesetzgeber mit dem Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26.11.2001 (BGBl. 2001 I, S. 3138) abweichend von § 202 BGB a. F. einschränkend gefasst. Dem lag die Erwägung zugrunde, die Verjährungshemmung auf vereinbarte vorübergehende Leistungsverweigerungsrechte zu beschränken (BT-Drucks. 14/6040, S. 118). Ausgehend davon kann § 205 BGB nur dann entsprechend angewendet werden, wenn ein Hindernis nicht nur in seinen Wirkungen, sondern auch in Entstehung und Entstehungsvoraussetzungen zumindest einem Stillhalteabkommen (pactum de non petendo) gleichsteht. Entscheidend ist, ob der Parteiwille die Grundlage des Leistungsverweigerungsrechts bildet. Eine entsprechende Anwendung des § 205 BGB auf Fallgestaltungen, in denen diese Wertungsgrundlage nicht gegeben ist, scheidet aus. Dies gilt insbesondere für gesetzliche Leistungs-

verweigerungsrechte (BGH, Urteil vom 14.12.2017, IX ZR 118/17, NZI 2018, 154 Rdnr. 14 f. m. w. N.) und auch für die hier in Rede stehende Rechtsausübungssperre des § 1600d Abs. 4 BGB a. F., die ebenfalls nicht auf dem Parteiwillen beruht.

30 (b) § 206 BGB sieht eine Hemmung der Verjährung vor, solange der Gläubiger innerhalb der letzten sechs Monate der Verjährungsfrist durch höhere Gewalt an der Rechtsverfolgung gehindert ist. Es handelt sich um eine im Interesse des Schuldners eng auszulegende zusätzliche Schutzvorschrift (BGH, Urteil vom 28.10.2014, XI ZR 348/13, BGHZ 203, 115 Rdnr. 51), deren Anwendung unter anderem bei einer unrichtigen Sachbehandlung durch das Gericht in Betracht kommen kann (vgl. BGH, Urteil vom 8.12.2016, III ZR 89/15, NJW 2017, 1735 Rdnr. 14). Allerdings ermöglicht § 206 BGB, wie das Berufungsgericht richtig gesehen hat, keine Korrektur von Wertentscheidungen des Gesetzgebers (vgl. MünchKommBGB/Grothe, 8. Aufl., § 206 Rdnr. 6), der – wie dargelegt – für die hier in Rede stehende Konstellation ausdrücklich geregelt hat, dass Pflichtteilsergänzungsansprüche gegen den Beschenkten in drei Jahren nach dem Erbfall verjähren.

31 (4) Wenn die Vaterschaftsfeststellung – wie hier – erst nach Ablauf der in § 2332 Abs. 2 BGB a. F. bezeichneten Frist beantragt werden konnte, ist es entgegen der Ansicht der Revision auch nicht aus verfassungsrechtlichen Gründen geboten, vom Wortlaut der Vorschrift abzuweichen.

32 (a) Wie das Berufungsgericht richtig gesehen hat, sind zwar die Schutzbereiche des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG i. V. m. Art. 6 Abs. 1 GG, welche die grundsätzlich unentziehbare und bedarfsunabhängige Mindestbeteiligung der Kinder des Erblassers an dessen Nachlass gewährleisten (vgl. dazu BVerfGE 112, 332, 348), durch die Verjährungsregelung des § 2332 Abs. 2 BGB a. F. betroffen, weil sie die Durchsetzbarkeit des Pflichtteilsergänzungsanspruchs ohne Rücksicht auf seine – ggf. rückwirkende – Entstehung einschränkt. Dies ist aber aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden. Verjährungsregeln müssen mit Rücksicht auf von Verfassungs wegen geschützte Forderungsrechte stets einen angemessenen Ausgleich zwischen den Interessen des Schuldners und des Gläubigers darstellen (vgl. BGH, Urteile vom 28.10.2014, XI ZR 348/13, BGHZ 203, 115 Rdnr. 52; vom 17.6.2005, V ZR 202/04, NJW-RR 2005, 1683 unter III. 3. c) m. w. N.). Dazu gehört, dass der Gläubiger eine faire Chance haben muss, seinen Anspruch geltend zu machen. Ein Verjährungsbeginn unabhängig von der Möglichkeit, von den Umständen der Anspruchsentstehung Kenntnis zu nehmen, kann daher nur dann als gerechtfertigt angesehen werden, wenn die Verjährungsfrist so bemessen ist, dass typischerweise mit der Erkennbarkeit innerhalb der Frist zu rechnen ist (vgl. dazu BGH, Urteil vom 17.6.2005, a. a. O. m. w. N.). Das ist bei § 2332 Abs. 2 BGB a. F. der Fall, wie das Berufungsgericht zu Recht ausgeführt hat. In aller Regel weiß ein pflichtteilsberechtigter Abkömmling, dem ein Pflichtteilsergänzungsanspruch gegen einen beschenkten Dritten oder Miterben zusteht, vor Ablauf von drei Jahren nach dem Tod des Erblassers, dass er von diesem abstammt. Nur in vereinzelten Sonderfällen wird einem pflichtteilsberechtigten Miterben erst aufgrund einer postmortalen Vaterschaftsfeststellung mehr als drei Jahre nach dem Erbfall seine Abstammung vom Erblasser bekannt.

33 b) § 2332 Abs. 2 BGB a. F. ist auch mit Art. 6 Abs. 5 GG vereinbar. Die Regelung des § 2329 BGB zählt zum Pflichtteilsrecht, das seinerseits für das nichteheliche Kind eine einfachrechtliche Ausprägung des durch Art. 6 Abs. 5 GG begründeten Schutzauftrags des Gesetzgebers im Bereich des Erbrechts ist (BVerfGE 112, 332, 354; zur Pflichtteilsergänzung vgl. BVerfG, ZEV 2016, 578 Rdnr. 3 f.). Art. 6 Abs. 5 GG hat die Gleichstellung und Gleichbehandlung aller Kinder ungeachtet ihres Familienstandes zum Ziel (vgl. BVerfGE 118, 45, 62) und verbietet nicht nur eine unmittelbare oder mittelbare Schlechterstellung nichtehelicher Kinder im Verhältnis zu ehelichen Kindern (vgl. BVerfG, NJW 2014, 1364 Rdnr. 111 m. w. N.). Vielmehr kann die in Art. 6 Abs. 5 GG enthaltene Wertentscheidung auch dann verfehlt werden, wenn eine gesetzliche Regelung einzelne Gruppen nichtehelicher Kinder im Verhältnis zu anderen Gruppen schlechter stellt (vgl. BVerfG, NJW 2013, 2103 Rdnr. 32 m. w. N.). Dieser in erster Linie an den Gesetzgeber gerichtete Auftrag aus Art. 6 Abs. 5 GG ist auch von der Rechtsprechung bei der Anwendung des geltenden Rechts zu berücksichtigen. Die in der Verfassungsnorm ausgeprägte Wertauffassung ist bei der den Gerichten anvertrauten Interessenabwägung und vor allem bei der Interpretation der einfachen Gesetze zugrunde zu legen (BVerfG, NJW 2009, 1065 Rdnr. 16 m. w. N.; BVerfGE 8, 210, 217).

34 Durch die Verjährungsregelung des § 2332 Abs. 2 BGB a. F. werden nichteheliche Kinder im Verhältnis zu ehelichen Kindern nicht unmittelbar schlechter gestellt. Auch letztere müssen ihnen nach § 2329 BGB gegen Beschenkte zustehende Ansprüche innerhalb von drei Jahren nach dem Erbfall geltend machen. Soweit ein nichteheliches Kind – wie der Kläger – erst nach Ablauf der Verjährungsfrist des § 2332 Abs. 2 BGB a. F. von den für die Vaterschaft des Erblassers sprechenden Umständen Kenntnis erlangt und sodann die Vaterschaftsfeststellung beantragt hat, ist es allerdings im Verhältnis zu ehelichen Kindern und auch zu nichtehelichen Kindern, deren Abstammung vom Erblasser bis zum Ablauf von drei Jahren nach dem Erbfall rechtskräftig festgestellt wurde, mittelbar benachteiligt. Eine solche – nur in, wie ausgeführt, sehr seltenen Ausnahmefällen gegebene – Ungleichbehandlung ist aber durch sachliche Gründe gerechtfertigt, die nicht an die Ehelichkeit bzw. Nichtehelichkeit anknüpfen, wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat. Der Regelung des § 2332 Abs. 2 BGB a. F. liegt das Interesse des vom Erblasser noch zu dessen Lebzeiten Beschenkten an Rechtssicherheit zugrunde, das unabhängig davon besteht, wann die Abstammung des pflichtteilsberechtigten Abkömmlings vom Erblasser festgestellt wird. Der Beschenkte muss, sofern er sich nicht treuwidrig verhält, nach einem überschaubaren Zeitraum Klarheit darüber haben, ob er das Geschenk an einen Pflichtteilsberechtigten herauszugeben hat oder nicht, zumal seine Haftung nicht auf den Nachlass begrenzt ist. Müsste er auf unabsehbare Zeit damit rechnen, von einem Jahre nach dem Erbfall als Kind des Erblassers festgestellten Pflichtteilsberechtigten in Anspruch genommen zu werden, liefe das dem der Verjährung zugrundeliegenden Prinzip der Rechtssicherheit (vgl. BVerfG, NVwZ 2013, 1004 Rdnr. 54) sowie dem Interesse an der Herstellung von Rechtsfrieden (vgl. dazu BGH, Urteil vom 16.6.1972, I ZR 154/70, BGHZ 59, 72) zuwider. Diesen Belangen gebührt bei der erforderlichen Abwägung gegen-

über dem Interesse des nichtehelichen Kindes an einem Aufschub des Verjährungsbeginns bis zur Rechtskraft der Vaterschaftsfeststellung der Vorzug. Im Regelfall ist das pflichtteilsberechtigte nichteheliche Kind dadurch hinreichend geschützt, dass es gegen den beschenkten Erben Pflichtteilsergänzungsansprüche gemäß § 2325 BGB geltend machen kann, die der regelmäßigen, kenntnisabhängigen Verjährung (§§ 195, 199 BGB) unterliegen (Palandt/Weidlich, § 2325 Rdnr. 6). Durch diese Ansprüche, deren Verjährung von der Kenntnis des Gläubigers und damit auch von der Vaterschaftsfeststellung abhängt, werden Härten zulasten des Pflichtteilsberechtigten weitgehend abgemildert. Nur wenn diese Ansprüche nicht weiterführen, weil der Erbe zur Ergänzung des Pflichtteils nicht verpflichtet ist, kommen Pflichtteilsergänzungsansprüche nach § 2329 BGB in Betracht. Selbst dann wird das nichteheliche Kind in der Regel bis zum Ablauf der dann maßgeblichen dreijährigen Verjährungsfrist (§ 2332 Abs. 2 BGB a. F./§ 2332 Abs. 1 BGB n. F.) nach dem Erbfall Kenntnis von seiner Abstammung erlangt haben. Ist dies ausnahmsweise einmal nicht der Fall, so ist der Verjährungseintritt im generellen Interesse an Rechtssicherheit hinzunehmen. In etwaigen Extremfällen, beispielsweise bei einer treuwidrigen Erhebung der Verjährungseinrede, könnte ggf. Einzelfallgerechtigkeit über § 242 BGB geschaffen werden.

35 (5) Unbedenklich ist die Verjährungsfrist des § 2332 Abs. 2 BGB a. F. auch mit Blick auf die Verpflichtung, die Gewährleistungen der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) zu berücksichtigen und in den betroffenen Teilbereich der nationalen Rechtsordnung einzupassen (vgl. hierzu Senatsbeschluss vom 12.7.2017, IV ZB 6/15, ZEV 2017, 510 Rdnr. 15; BVerfG, FamRZ 2015, 1263 Rdnr. 47). Im Rahmen der gebotenen Interessenabwägung ist zugunsten der Beklagten zu berücksichtigen, dass der Schutz erworbenener Rechte – hier des Eigentums an den vom Erblasser lebzeitig geschenkten Grundstücken – der Rechtssicherheit dienen kann, die Teil der Rechtsstaatlichkeit ist und damit der Konvention zugrunde liegt (vgl. EGMR, NJW 2017, 1805 [Wolter u. a., / Deutschland] Rdnr. 60 m. w. N.). Demgemäß misst der EuGH für Menschenrechte bei der Prüfung, ob ein gerechter Ausgleich zwischen den widerstreitenden Interessen des nichtehelichen Kindes und denen der weiteren Betroffenen stattfindet, auch dem nationalen Verjährungsrecht dahin gehende Bedeutung zu, ob Ansprüche auf den Pflichtteil noch nicht verjährt und die berechtigten Erwartungen der Erben daher lediglich „relativ“ waren (vgl. EGMR, a. a. O. Rdnr. 75). In diesem Sinne ist die Position der Beklagten als beschenkte Dritte seit Ablauf der in § 2332 Abs. 2 BGB a. F. bezeichneten Frist gerade nicht mehr bloß „relativ“ und daher vorrangig gegenüber dem Interesse des Klägers an einer Durchsetzung etwaiger Pflichtteilsergänzungsansprüche.

36 cc) Schließlich hat das Berufungsgericht ohne Rechtsfehler angenommen, dass die Beklagten nicht gemäß § 242 BGB gehindert sind, sich auf Verjährung zu berufen.

37 Der Erhebung der Verjährungseinrede kann der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung entgegengesetzt werden, wenn besondere Umstände vorliegen, die die Einrede als groben Verstoß gegen Treu und Glauben erscheinen lassen (vgl. BGH, Urteile vom 21.6.2001, IX ZR 73/00, BGHZ 148, 156;

vom 1.10.1987, IX ZR 202/86, NJW 1988, 265. Dabei kann es genügen, wenn der Schuldner den Gläubiger nur unabsichtlich von der Wahrung der Verjährungsfrist abgehalten hat (vgl. BGH, Urteil vom 14.11.2013, IX ZR 215/12, NJW-RR 2014, 1020 Rdnr. 15 m. w. N.).

38 Dass die Beklagten den Kläger durch ihr Verhalten von der rechtzeitigen Erhebung der Klage abgehalten haben, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt. Ohne Erfolg rügt die Revision, das Berufungsgericht habe rechtsfehlerhaft zweitinstanzlich unstreitiges Vorbringen zurückgewiesen, indem es die Aussage des Beklagten zu 1 im Vaterschaftsfeststellungsverfahren, er sei mit dem Verdacht aufgewachsen, dass der Erblasser auch der Vater des Klägers gewesen sein könnte, nicht berücksichtigt habe. Daraus ergibt sich nicht, dass die Beklagten in verlässlicher Weise von der leiblichen Abstammung des Klägers erfahren und ihn von der rechtzeitigen Feststellung der Vaterschaft sowie der Geltendmachung von Pflichtteilergänzungsansprüchen abgehalten hätten. Soweit die Revision weiter darauf hinweist, der Erblasser habe zumindest ernsthafte Zweifel an seiner fehlenden Vaterschaft haben müssen, kann dies nicht den Beklagten zugerechnet werden.

39 2. Da die geltend gemachten Ansprüche gemäß § 2329 Abs. 1 und 3 BGB nicht durchsetzbar sind, konnte das Berufungsgericht die Stufenklage insgesamt abweisen. Der Grundsatz, dass über mehrere in einer Stufenklage verbundene Ansprüche eine einheitliche Entscheidung ergehen kann, wenn sich schon bei der Prüfung des Auskunftsanspruchs ergibt, dass dem Hauptanspruch die materiellrechtliche Grundlage fehlt (vgl. BGH, Beschluss vom 1.2.2017, XII ZB 71/16, NJW 2017, 1946 Rdnr. 19 m. w. N.), gilt hier mit der Maßgabe, dass wegen der durchgreifenden Einrede der Verjährung gemäß § 2332 Abs. 2 BGB a. F. auch das Bedürfnis für die geforderte Auskunft und Wertermittlung entfällt (vgl. zum Auskunftsanspruch Senatsurteil vom 4.10.1989, IVa ZR 198/88, BGHZ 108, 393, 399). Dass der Kläger die Wertermittlung gleichwohl benötigt (vgl. hierzu Senatsurteil vom 3.10.1984, IVa ZR 56/83, NJW 1985, 384, 385), macht auch die Revision nicht geltend.

ANMERKUNG:

Von Notarassessor **Jonathan Hardt**, Nürnberg

Das Urteil des BGH, dem zuzustimmen ist, bringt für die konkrete Fallgestaltung erfreuliche Klarheit in der Praxis. Jedoch wurden die verfassungsrechtlichen Fragen der Problemstellung nur teilweise betrachtet, sodass weitere Rechtsprechung hierzu bei entsprechenden Fallkonstellationen zu erwarten ist. Im Kern hatte der BGH über das Verhältnis der kenntnisunabhängigen, objektiven Verjährung des § 2332 Abs. 2 BGB a. F., welche drei Jahre ab dem Erbfall beträgt, zur Rechtsausübungssperre des § 1600d Abs. 4 BGB a. F., wonach die Rechtswirkungen der Vaterschaft erst ab deren Feststellung geltend gemacht werden können, zu entscheiden, wenn die Abstammung erst nach Ablauf der Verjährungsfrist festgestellt wurde. Hierbei hat das Gericht in einer Abwägung der Rechtssicherheit und dem Rechtsfrieden den Vorzug gegenüber dem Interesse des nichtehelichen Kindes an der Möglichkeit der Geltendmachung seiner Pflichtteilergänzungsansprüche nach postmortalen Vaterschaftsfeststellung gegeben.

Der Entscheidung lagen noch die § 2332 Abs. 2 BGB a. F. sowie § 1600d Abs. 4 BGB a. F. zugrunde. Seit 2010 ergibt sich die dreijährige Verjährung aus § 2332 Abs. 1, § 195 BGB; § 1600d Abs. 4 BGB a. F. findet sich seit 1.1.2018 wortgleich in § 1600d Abs. 5 BGB. Da die Rechtslage insofern unverändert blieb, wird im Folgenden auf das geltende Recht abgestellt.

1. Subsumtion unter das einfache Recht ohne Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Aspekte

Zunächst befasst sich die Entscheidung mit der Subsumtion des Sachverhaltes unter das einfache Recht ohne Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Besonderheiten des Falles.

Hierbei kommt der BGH zu dem zutreffenden Ergebnis, dass die vom Kläger geltend gemachten Pflichtteilergänzungsansprüche gemäß § 2329 Abs. 1 und 3 BGB gegen die Beklagten als beschenkte Miterben zwar dem Grunde nach bestehen, aber aufgrund der eingetretenen Verjährung gemäß § 2332 Abs. 1, § 195 BGB verjährt und gemäß § 214 BGB nicht durchsetzbar sind. Insbesondere führt der BGH hierbei aus, dass die Verjährung unabhängig von § 1600d Abs. 5 BGB und der Feststellung der Vaterschaft mit dem Erbfall beginnt.

Es überzeugt, den vorliegenden Fall anders zu behandeln als die Verjährung von Unterhaltsansprüchen, für welche bereits entschieden wurde, dass die Verjährungsfrist nicht vor der rechtskräftigen Feststellung der Vaterschaft in Lauf gesetzt werden kann.¹ Denn anders als § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB, welcher auch für Unterhaltsansprüche gilt, stellt § 2332 BGB ausdrücklich nicht auf das „Entstehen“ des Anspruches, sondern alleine auf den Zeitpunkt des Erbfales ab.² Neben dem klaren Wortlaut und der Entstehungsgeschichte des § 2332 BGB stellt das Gericht dabei auf dessen Sinn und Zweck ab, wonach der Beschenkte, der anders als der Erbe auch mit seinem Privatvermögen haftet, ein erhöhtes Interesse an Rechtssicherheit und Klarheit hat.

Für sich genommen sind auch die Ausführungen zu § 205 BGB und § 206 BGB schlüssig, wonach Ersterer schon seinem Wortlaut nach nicht einschlägig sei und Letzterer als Schutzvorschrift³ im Interesse des Schuldners eng auszulegen sei und nicht herangezogen werden könne, um Wertentscheidungen des Gesetzgebers zu korrigieren.⁴

2. Verfassungsmäßigkeit des § 2332 Abs. 1 BGB

Nach den Ausführungen zum einfachen Recht nimmt der BGH Stellung zur Verfassungsmäßigkeit des § 2332 Abs. 1

1 BGH, Beschluss vom 22.3.2017, XII ZB 56/16, NJW 2017, 1954.

2 Palandt/Weidlich, 79. Aufl. 2020, § 2332 Rdnr. 1; MünchKomm-BGB/Lange, 8. Aufl. 2020, § 2332 Rdnr. 6; BeckOGK-BGB/Schindler, Stand: 1.6.2020, § 2332 Rdnr. 10.

3 BGH, Urteil vom 28.10.2014, XI ZR 348/13, XI ZR 17/14, NJW 2014, 3713.

4 MünchKomm-BGB/Grothe, 8. Aufl. 2018, § 206 Rdnr. 7; BGH, Urteil vom 7.5.1997, VIII ZR 253/96, NJW 1997, 3164, 3165.

BGB. Hierbei sieht das Gericht sowohl einen Eingriff in das durch Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG i. V. m. Art. 6 Abs. 1 GG geschützte Recht der Mindestbeteiligung der Kinder des Erblassers an dessen Nachlass, als auch eine mittelbare Benachteiligung der gemäß Art. 6 Abs. 5 GG gleichzustellenden unehelichen Kinder (deren Abstammung erst nach Ablauf von drei Jahren nach dem Erbfall festgestellt wird).

Den Eingriff bzw. die Benachteiligung sieht der BGH hier jedoch dadurch gerechtfertigt, dass in einer Abwägung der widerstreitenden Interessen das der Verjährung zugrunde liegende Prinzip der Rechtssicherheit und die Herstellung des Rechtsfriedens das Interesse des nichtehelichen Kindes an der Möglichkeit der Geltendmachung seiner Pflichtteils-ergänzungsansprüche nach postmortaler Vaterschaftsfeststellung überwiegen.

Hierzu wird ausgeführt, dass ein Verjährungsbeginn unabhängig von der Möglichkeit, von den Umständen der Anspruchsentstehung Kenntnis zu nehmen, nur dann gerechtfertigt sein kann, wenn die Verjährungsfrist so bemessen ist, dass typischerweise mit der Erkennbarkeit innerhalb der Frist zu rechnen ist, was im Falle des § 2332 Abs. 1 BGB zutrefte. Fälle wie dieser stellten nur hinzunehmende Sonderfälle dar; im Übrigen könne Einzelfallgerechtigkeit über § 242 BGB geschaffen werden. Freilich lehnt das Gericht diesen vorliegend ab, da die Beklagten den Kläger nicht durch ihr Verhalten von der rechtzeitigen Erhebung der Klage abgehalten haben.

Zwar ist es fraglich, ob die Ausführungen zu einem Verjährungsbeginn unabhängig von der Möglichkeit, von den Umständen der Anspruchsentstehung Kenntnis zu nehmen, bezüglich derer sich der BGH auf eine Entscheidung zum TKG beruft,⁵ angesichts der vorliegenden spezifischen Grundrechtseingriffe, die über eine bloße Inhalts- und Schrankenbestimmung gemäß Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG hinaus gehen, in dieser Pauschalität genügen können. Dennoch können die Ausführungen des BGH zur Verfassungsmäßigkeit der Norm des § 2332 Abs. 1 BGB insgesamt überzeugen. Rechtsfrieden und Rechtssicherheit stellen überragende öffentliche Interessen dar.⁶ Gemäß § 2329 BGB herausgabepflichtige Beschenkte haben hieran durch die Haftung mit dem Privatvermögen und durch ihre subsidiäre Stellung im Vergleich zu den Erben ein noch gesteigertes Interesse, das das Geltendmachungsinteresse der pflichtteilsberechtigten unehelichen Kinder überwiegt und eine allein von objektiven Anknüpfungspunkten abhängige Verjährung grundsätzlich rechtfertigt.

3. Verfassungsgemäße Anwendung im Einzelfall

Die Ausführungen des BGH zur Verfassungsmäßigkeit gehen insgesamt jedoch zu kurz.

- a) So befasst sich das Urteil zwar ausführlich mit der Verfassungsmäßigkeit der Norm des § 2332 Abs. 1 BGB.

Zur verfassungsrechtlichen Rechtfertigung des Eingriffaktes hat das Gericht jedoch in einer zweiten Stufe auch die verfassungsgemäße Anwendung der Normen im Einzelfall zu überprüfen.⁷ Diese zweite Stufe der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung ist vorliegend leider unterblieben. So hätte das Gericht, wie es mit dem Verweis auf die Möglichkeit der Einzelfallgerechtigkeit durch § 242 BGB bereits selbst angedeutet hat, bei der Prüfung der unbestimmten Rechtsbegriffe im Einzelfall die verfassungsrechtlich geschützten Güter des Kindes hinreichend würdigen müssen.

- b) Es standen dem BGH hierfür auch mit § 206 BGB, einer analogen Anwendung des § 211 BGB⁸ und § 242 BGB genügend „Einfallstore in das Verfassungsrecht“ offen.

Leider beschränkt sich der BGH bei der Prüfung des § 206 BGB mit dem Verweis auf die fehlende Möglichkeit der Korrektur von Wertentscheidungen des Gesetzgebers selbst und lehnt damit dessen Anwendung vorliegend pauschal ab, ohne den Tatbestand überhaupt zu prüfen. Dies ist umso bedauerlicher, als dass die Entscheidung, auf die dieses Argument gestützt wird, lediglich zu kenntnisunabhängigen Verjährungsfristen erging, jedoch nicht zu Fällen, in denen die Geltendmachung von Ansprüchen aufgrund einer zwingenden gesetzlichen Regelung verhindert wird.⁹ Ob eine Verjährung eines Anspruches aufgrund eines langwierigen gerichtlichen Verfahrens wirklich eine vom Gericht nicht anzutastende Wertentscheidung oder nicht doch eine vom Gesetzgeber nicht beabsichtigte unbillige Härte darstellt, hätte unter den verfassungsrechtlichen Besonderheiten des Falls daher nochmals im Detail geprüft werden können. Auch die Prüfung des § 242 BGB, welche sich hier auf eine einzige Fallgruppe beschränkt, greift zu kurz und berücksichtigt die verfassungsrechtlichen Aspekte des Falles in keiner Weise.

- c) Inhaltlich hätte es einer nochmaligen Abwägung bedurft, ob eine der vorgenannten unbestimmten Rechtsbegriffe hier verfassungskonform dahin gehend hätte ausgelegt werden müssen, dass es zu einer (Ablauf-) Hemmung der Verjährung käme, oder ob auch in diesem konkreten Fall eine Verjährung, ohne dass jemals eine Möglichkeit zur Durchsetzung der Ansprüche bestand, sachlich gerechtfertigt ist. Hier kann es gerade nicht ausreichend sein, auf eine „typischerweise erfolgte Erkennbarkeit“ zu verweisen, vielmehr hätte hier geprüft werden müssen, ob der Eingriff in die individuell und nicht nur typischerweise verfassungsrechtlich geschützten Bereiche des Klägers im konkreten Fall gerechtfertigt ist oder nicht.
- d) Letztendlich hätte eine solche Abwägung wohl nicht zu einem anderen Ergebnis geführt. Denn die Rechtssi-

7 BVerfG, Urteil vom 15.1.1958, 1 BvR 400/51, NJW 1958, 257; Urteil vom 25.1.1984, 1 BvR 272/81, NJW 1984, 1741.

8 Vgl. *Piekenbrock*, NJW 2020, 37.

9 Vgl. BGH, Urteil vom 7.5.1997, VIII ZR 253/96, NJW 1997, 3164, 3165.

5 BGH, Urteil vom 17.6.2005, V ZR 202/04, MMR 2005, 690.

6 Begr. RegE, BT-Drucks. 14/6040, S. 100; Mot. I 289; MünchKomm-BGB/*Grothe*, Vor § 194 Rdnr. 7.

cherheit und die Herstellung des Rechtsfriedens sind auch im konkreten Fall schützenswerte Belange. Der Beschenkte, der mit seinem gesamten Vermögen haftet, hat ein besonders starkes und anerkanntes Interesse an Klarheit darüber, ob er das Geschenk wieder herausgeben muss oder nicht. Jedenfalls im vorliegenden Fall, in dem der Kläger den Antrag auf Feststellung der Vaterschaft erst nach mehr als drei Jahren nach dem Erbfall stellte und die Beschenkten bis dahin keinerlei Herausgabeansprüchen ausgesetzt waren, hatten die Beklagten hier eine besonders schutzwürdige Position, die die verfassungsrechtlich geschützten Interessen des Klägers im konkreten Fall überwiegt.

- e) Anders wäre dies meines Erachtens nach im verwandten Fall zu beurteilen, in dem der Vaterschaftsfeststellungsantrag vor Ablauf der Verjährung gestellt wurde, der Beschluss jedoch erst danach ergeht, was angesichts der Langwierigkeit solcher Verfahren (hier annähernd drei Jahre) sicherlich häufiger vorkommen dürfte. In einem solchen Fall wären auf der einen Seite die Interessen des unehelichen Kindes an der Geltendmachung seiner Ansprüche schützenswerter, da er zeitnah an den Erbfall und innerhalb der Verjährungsfrist die ihm möglichen Schritte zur Geltendmachung seiner Ansprüche einleitete. Auf der anderen Seite wäre der Beschenkte durch den Feststellungsantrag gewarnt und wüsste, dass noch mit Ansprüchen des unehelichen Kindes zu rechnen ist, sodass sein Vertrauen in die Rechtssicherheit und den Rechtsfrieden ohnehin bereits erschüttert und damit erheblich weniger schutzwürdig wäre. Hier würden demnach die verfassungsrechtlich geschützten Interessen des unehelichen Kindes das der Beschenkten überwiegen und beispielsweise § 206 BGB wäre verfassungskonform bejahend auszulegen.

4. Fazit

Abschließend bleibt festzuhalten, dass das im Ergebnis überzeugende Urteil nur den konkreten Fall entschieden hat und die zugrunde liegende Streitfrage damit noch nicht abschließend beantwortet ist. Aufgrund der spezifischen Fallkonstellation bleibt abzuwarten, ob ein Fall entsprechend Ziffer 3. e) zum BGH gelangt und wie dieser sodann entschieden wird. Unabhängig davon bleibt für die Praxis festzustellen, dass uneheliche Kinder die Feststellung ihrer Abstammung so zügig wie möglich erreichen und pflichtteilsrechtliche Ansprüche geltend machen sollten, um eine drohende Verjährung von Ansprüchen zu vermeiden.

16. Nachweis der Entgeltlichkeit einer Verfügung des Vorerben

OLG Nürnberg, Beschluss vom 19.12.2019, 15 W 4412/19, mitgeteilt von Notar Dr. **Christian Mickisch**, Neumarkt i. d. OPf.

BGB § 2113 Abs. 2, § 2205 Satz 2

LEITSÄTZE:

1. Bei einer Verfügung eines (befreiten) Vorerben (§ 2113 Abs. 2 BGB) oder eines Testamentsvollstreckers (§ 2205 Satz 2 BGB) ist gegenüber dem Grundbuchamt die Entgeltlichkeit der Verfügung nachzuweisen, es sei denn, die Entgeltlichkeit ist beim Grundbuchamt offenkundig oder die Unentgeltlichkeit durch die Natur der Sache oder die Sachlage ausgeschlossen. (Leitsatz der Schriftleitung)
2. Erfolgt die Verfügung zur Abgeltung von Pflichtteils- oder Pflichtteilsergänzungsansprüchen oder eines hierauf gerichteten gerichtlichen Vergleichs, ist diese nur unentgeltlich, wenn die an Erfüllung statt weggegebene Immobilie den gegen den Nachlass gerichteten Ansprüchen wertmäßig entspricht. (Leitsatz der Schriftleitung)
3. Der Nachweis der Entgeltlichkeit als Eintragungsvoraussetzung kann regelmäßig nicht in der Form des § 29 Abs. 1 GBO geführt werden. Es gilt aber der allgemeine Erfahrungssatz, dass eine entgeltliche Verfügung anzunehmen ist, wenn die dafür maßgebenden Beweggründe im Einzelnen in einer (privatschriftlichen) Erklärung des Vorerben bzw. Testamentsvollstreckers, ergänzt durch geeignete Belege, angegeben werden. (Leitsatz der Schriftleitung)

AUS DEN GRÜNDEN:

1 Im Wohnungseigentumsgrundbuch des Amtsgerichts (...) ist (...) als Alleineigentümer eingetragen.

In Abteilung II Nr. 11 ist ein Nacherbenvermerk wie folgt eingetragen: Nacherbfolge ist angeordnet, Nacherben der (...) sind (...), der Nacherbfall tritt ein beim Tode des Vorerben. Der Vorerbe ist befreit (...). In Abteilung II Nr. 12 ist ein Testamentsvollstreckungsvermerk eingetragen. Beide Eintragungen sind gemäß notariellem Testament (...) erfolgt. Voreigentümerin war die am 26.9.2016 unter Hinterlassung (...) eines Sohnes und einer Tochter, der Beteiligten zu 2, (...) verstorbene (...) Erblasserin. Diese wurde gemäß notariellem Testament (...) beerbt von (...) alleine. Testamentsvollstreckung wurde angeordnet. Der Testamentsvollstrecker wurde von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit.

2 Mit notariellem Vertrag vom 29.3.2019 (...) erklärten die Beteiligten zu 1 als Testamentsvollstreckerin der Erblasserin und die Pflichtteilsberechtigte die Auflassung hinsichtlich des genannten Grundbesitzes an letztere. Die Testamentsvollstreckerin erklärte in dieser Urkunde nach Hinweis des Notars auf § 2205 Satz 3 BGB (Schenkungsverbot), dass es sich nach ihrer Überzeugung um ein vollentgeltliches Geschäft handle. Unter Nr. I. 4. der Urkunde wurde darauf hingewiesen,

dass die Beteiligten vor dem Amtsgericht (...) (Anm.: im Verfahren „wegen Räumung“) am 6.3.2019 einen Vergleich geschlossen haben, welcher der heutigen Urkunde beiliegt. In dessen Ziffer 1. verpflichteten sich (zusammengefasst) die Beteiligten, die Auflassung dieser Wohnung zu erklären, gemäß Ziffer 3 wird mit Eigentumsübergang der Wohnung der restliche Pflichtteil in Höhe von 19.000 € fällig. Gemäß Ziffer 4 sind nach Erfüllung der vorstehenden Ziffern mit Zahlung des in Ziffer 3 genannten Betrages in Höhe von 19.000 € sämtliche Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsansprüche der Beteiligten zu 2 betreffend den Nachlass der Erblasserin abgegolten und erledigt, ebenso gemäß Ziffer 5 die streitgegenständlichen Herausgabeansprüche. (...)

3 Mit Schreiben vom 10.9.2019 beantragte der Urkundsnotar im Namen aller Antragsberechtigten (§ 15 Abs. 2 GBO) den Vollzug der Urkunde.

Die Nacherben wurden vom (...) Grundbuchamt angehört.

Einer der Nacherben wandte sich mit Schreiben vom 21.10.2019 gegen die Löschung des Nacherbenvermerks, da der Vorerbe zum Schutz des Nacherben grundsätzlich nicht über Immobilien verfügen dürfe (§ 2113 BGB). Er teilte mit, dass er nicht zugestimmt habe und nicht zustimmen oder auf das Nacherbenrecht verzichten werde. Es sei zu befürchten, dass die Beteiligte zu 2 das Recht des/der Nacherben beeinträchtigt oder vereitelt.

4 Mit Zwischenverfügung vom 5.11.2019 stellte das (...) Grundbuchamt fest, dass der beantragten Eintragung die fehlende Zustimmung der Nacherben in notariell beglaubigter Form entgegenstehe und setzte Frist zur Behebung dieses Hindernisses bis 5.12.2019.

5 Hiergegen legte der Urkundsnotar mit Schreiben vom 11.11.2019 Beschwerde ein. Es bedürfe keiner Zustimmung der Nacherben, da es sich um eine entgeltliche Verfügung in Erfüllung der Verpflichtung aus dem gerichtlichen Vergleich vom 6.3.2019 handele, die keine Beeinträchtigung oder Vereitelung des Nacherbenrechts darstelle. Auch in Bezug auf den Vergleich durch den sämtliche Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsansprüche der Beteiligten zu 2 gegen den Nachlass der Erblasserin abgegolten wurden, ergäben sich keine Anhaltspunkte dafür, dass die Rechtshandlung der Testamentsvollstreckerin unentgeltlich gewesen wäre, wozu diese nach § 2205 Satz 3 BGB auch nicht berechtigt gewesen wäre. Der Vorerbe sei gemäß §§ 2126, 2124 Abs. 2 BGB berechtigt, die Aufwendungen für die Erfüllung des Pflichtteilsanspruchs aus der Substanz der Erbschaft zu bestreiten.

6 Das Grundbuchamt hat der Beschwerde nicht abgeholfen und die Akten dem Senat vorgelegt.

7 Die gegen die Zwischenverfügung (...) eingelegte Beschwerde ist als Beschwerde aller Antragsberechtigten, also der Beteiligten zu 1 und 2, statthaft (vgl. *Demharter*, GBO, 31. Aufl., § 15 Rdnr. 20). Der Urkundsnotar tritt in der Regel – und so auch hier – nicht selbst als Beteiligter, sondern aufgrund seiner Vertretungsmacht (vgl. § 15 Abs. 2 GBO) als Verfahrensbevollmächtigter eines solchen auf (OLG, ErbR 2015, 281, juris Rdnr. 57).

8 Sie ist auch im Übrigen zulässig und führt zur Abänderung der Zwischenverfügung dahin, dass der beantragten Eintra-

gung der fehlende Nachweis der Vollentgeltlichkeit der Verfügung über den unter I. der Gründe dieses Beschlusses bezeichneten Grundbesitzes entgegensteht (vgl. *Demharter*, GBO, § 18 Rdnr. 31).

9 1. Eine Eigentumsumschreibung mit Löschung des Nacherbenvermerks kommt nur in Betracht, wenn es sich bei der Übertragung des gegenständlichen Grundbesitzes nicht um ein unentgeltliches Geschäft handelt. Denn der Vorerbe ist gemäß § 2113 Abs. 2 BGB zu unentgeltlichen Verfügungen nicht berechtigt. Dies gilt gemäß § 2205 Satz 3 BGB gleichermaßen für den Testamentsvollstrecker. Das Grundbuchamt hat bei der Eigentumsumschreibung auch zu prüfen, ob sich der Testamentsvollstrecker in den Grenzen seiner Verfügungsbefugnis gehalten hat (vgl. *Demharter*, GBO, § 52 Rdnr. 23). Der Begriff der Unentgeltlichkeit ist in beiden Fällen derselbe (vgl. *Demharter*, GBO, § 51 Rdnr. 35). Er setzt objektiv voraus, dass aus dem Nachlass ein Wert hingegeben wird, ohne dass die dadurch eingetretene Verringerung des Nachlasses durch Zuführung eines entsprechenden Vermögensvorteils ausgeglichen wird. Hinzukommen muss, dass der Testamentsvollstrecker weiß oder bei ordnungsmäßiger Verwaltung hätte erkennen müssen, dass die Leistung der Gegenseite unzulänglich war (BGH, NJW-RR 2016, 457, juris Rdnr. 9).

10 Eine unentgeltliche Verfügung, die der Eintragung der Eigentumsumschreibung ohne Zustimmung der Nacherben und der Löschung des Nacherbenvermerks (siehe § 51 GBO; *Demharter*, GBO, § 51 Rdnr. 37 und 42) entgegensteht, liegt nicht nur dann vor, wenn die Verfügung insgesamt unentgeltlich ist. Die nur teilweise unentgeltliche Verfügung steht vielmehr der insgesamt unentgeltlichen gleich (vgl. OLG München, Beschluss vom 27.6.2012, 34 Wx 139/12, juris Rdnr. 12; OLG Köln, ErbR 2015, 281, juris Rdnr. 45).

11 Entgeltlichkeit ist gegeben, wenn der Testamentsvollstrecker eine Verfügung in Ausführung einer letztwilligen Anordnung des Erblassers vornimmt, also etwa ein Vermächtnis erfüllt (BayObLG, NJW-RR 1989, 587, juris Rdnr. 10; KG, FGPrax 2009, 56, juris Rdnr. 6; vgl. *Demharter*, GBO, § 53 Rdnr. 21). Dies gilt entsprechend bei der Erfüllung von Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsansprüchen (vgl. Palandt/*Weidlich*, 78. Aufl., § 2126 Rdnr. 1), wobei die an Erfüllung statt weggegebene Immobilie wertmäßig dieser gegen den Nachlass gerichteten Ansprüche entsprechen muss.

12 Vorliegend bedarf es somit sowohl aufgrund § 2113 Abs. 2 BGB als auch wegen § 2205 Satz 2 BGB grundsätzlich des Nachweises, dass eine entgeltliche Verfügung des Vorerben vorliegt. Die Notwendigkeit des Nachweises entfällt, wenn die Entgeltlichkeit beim Grundbuchamt offenkundig ist oder die Unentgeltlichkeit durch die Natur der Sache oder die Sachlage ausgeschlossen ist (vgl. *Demharter*, GBO, § 51 Rdnr. 35).

13 2. Die Entgeltlichkeit ist beim Grundbuchamt nicht offenkundig, da insbesondere weder dargelegt noch sonst ohne Weiteres ersichtlich ist, dass der Wert der übertragenen Immobilie zuzüglich des im gerichtlichen Vergleich vereinbarten Zahlungsbetrags von 19.000 € den sich gegen den Nachlass richtenden Pflichtteilsansprüchen der Beteiligten zu 2 wertmäßig entspricht.

14 a) Die Ansicht des Grundbuchamts, die Entgeltlichkeit der Verfügung könne nur durch Zustimmung der Nacherben in grundbuchmäßiger Form nachgewiesen werden, § 2120 BGB, greift jedoch zu kurz, da zur Löschung des Nacherbenvermerks entweder die Zustimmung der Nacherben oder der Nachweis der Entgeltlichkeit erforderlich ist (vgl. *Demharter*, GBO, § 51 Rdnr. 35). Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass der vom Grundbuchamt angehörte Nacherbe mit Schreiben vom 21.10.2019 sich bereits gegen die Löschung des Nacherbenvermerks gewandt und auch eine Zustimmung hierzu nicht in Aussicht gestellt hat. Es ist somit nicht zu erwarten, dass die Zustimmung aller Nacherben in notarieller Form erfolgen wird. Bereits deshalb war eine Zwischenverfügung mit dem Inhalt, die Zustimmung der Nacherben beizubringen, nicht veranlasst.

15 b) Das Grundbuchamt hat somit eigenständig und sorgfältig zu prüfen, ob sich der Testamentsvollstrecker in den Grenzen seiner Verfügungsbefugnis hält. Es muss aber im Rahmen der freien Beweiswürdigung keine eigenen Nachforschungen und Ermittlungen anstellen (OLG München, Rpfleger 2015, 550, juris Rdnr. 19).

16 aa) Der Nachweis der Entgeltlichkeit als Eintragungsvoraussetzung kann regelmäßig nicht in der Form des § 29 Abs. 1 GBO geführt werden. Es gilt aber der allgemeine Erfahrungssatz, dass eine entgeltliche Verfügung anzunehmen ist, wenn die dafür maßgebenden Beweggründe im Einzelnen angegeben werden, verständlich und der Wirklichkeit gerecht werdend erscheinen und begründete Zweifel an der Pflichtmäßigkeit der Handlung nicht ersichtlich sind (OLG München, Beschluss vom 27.6.2012, 34 Wx 139/12, juris Rdnr. 15; Rpfleger 2015, 550, juris Rdnr. 19; KG, FGPrax 2009, 56, 57; *Demharter*, GBO, § 52 Rdnr. 23 m. w. N.; *Meikel/Hertel*, GBO, § 29 Rdnr. 439). Nur bei begründeten Zweifeln an der Entgeltlichkeit der Verfügung hat das Grundbuchamt die Vorlage geeigneter Nachweise aufzugeben, auch wenn diese nicht in grundbuchmäßiger Form erbracht werden können (vgl. *Demharter*, GBO, § 52 Rdnr. 23 und 24; KG, a. a. O.). Dabei lässt die Rechtsprechung auch eine privatschriftliche Erklärung des Testamentsvollstreckers, die diesen Anforderungen entspricht, genügen, dagegen nicht seine bloße Behauptung, die Verfügung sei unentgeltlich (vgl. BayObLG, Rpfleger 19861 470, juris Rdnr. 18; OLG Köln, ErbR 2015, 281, juris Rdnr. 46; OLG München, MittBayNot 2012, 292, juris Rdnr. 11; *Demharter*, GBO, § 52 Rdnr. 23 m.w.N.).

17 bb) Eine diesen Maßstäben genügende Erklärung hat die Beteiligte zu 1 bislang nicht abgegeben.

Vorliegend hat die Testamentsvollstreckerin in der notariellen Urkunde vom 29.3.2019 erklärt, dass es sich nach ihrer Überzeugung um ein vollentgeltliches Geschäft handle. Dieser Urkunde ist das Protokoll des Amtsgerichts (...) über die öffentliche Sitzung vom 6.3.2019 im Verfahren (...) „wegen Räumung“ beigefügt worden, in der der gerichtliche Vergleich protokolliert worden ist.

18 Grundsätzlich spricht der Umstand, dass vor dem Amtsgericht (...) zwischen den Beteiligten zu 1 und 2 ein Vergleich über die Abgeltung der der Beteiligten zu 2 zustehenden Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsansprüche betreffend des

Nachlasses der Erblasserin geschlossen worden ist, der die Übertragung der Eigentumswohnung und die Zahlung eines Geldbetrages an die Pflichtteilsberechtigte umfasst, zwar gegen eine Unentgeltlichkeit der Verfügung, zumal die vom Nachlassgericht eingesetzte Testamentsvollstreckerin, eine Rechtsanwältin, offenkundig nicht im „Lager“ der Pflichtteilsberechtigten steht, sondern gegen diese einen Räumungsprozess geführt hat, sodass eine Interessenkollision bei der Amtsausübung nicht zu erwarten ist und damit kein Anhaltspunkt dafür besteht, dass die (neutrale) Testamentsvollstreckerin unter Verstoß gegen ihre Pflichten aus § 2205 Satz 3 BGB die Immobilie der Pflichtteilsberechtigten unter Wert überlassen haben könnte.

19 Ohne nähere Angaben über die Zusammensetzung und die Höhe des Nachlasses und über die wertbildenden Faktoren der Immobilie ist es dem Grundbuchamt ebenso wie dem Senat jedoch nicht möglich, zu beurteilen, ob es sich um eine vollständig entgeltliche Verfügung handelt, also die von der Beteiligten zu 2 geltend gemachten Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsansprüche der Höhe nach berechtigt sind und dem Wert der gegenständlichen Immobilie zuzüglich 19.000 € entsprechen.

20 Auch für einen Vergleich kann nicht von vornherein ausgeschlossen werden, dass er eine (ganz oder teilweise) unentgeltliche und daher unwirksame Verfügung enthält (vgl. BGH, NJW 1991, 842, juris Rdnr. 14). Hierbei ist aber zu beachten, dass dem Testamentsvollstrecker die Möglichkeit zum Abschluss von Vergleichen nicht gänzlich abgeschnitten und nicht über Gebühr genommen werden darf und dass es dazu eines gewissen Ermessensspielraums für ihn bedarf (vgl. BGH, NJW 1991, juris Rdnr. 16).

21 cc) Der Nachweis über die Vollentgeltlichkeit der Verfügung kann somit durch eine Erklärung der Testamentsvollstreckerin über die für den Vergleichsschluss maßgebenden Beweggründe im Einzelnen, ergänzt etwa durch Vorlage eines detaillierten Nachlassverzeichnisses sowie der im Verfahren 3 C 53/19 gewechselten Schriftsätze geführt werden.

22 2. Entgegen der Ansicht der Beteiligten zu 5 ist die Vorschrift des § 2113 Abs. 1 BGB, wonach die Verfügung des Vorerben über ein zur Erbschaft gehörendes Grundstück im Falle des Eintritts der Nacherbfolge insoweit unwirksam ist, als sie das Recht des Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen würde, vorliegend nicht anwendbar. Denn gemäß Nr. II. 3. des notariellen Testaments vom 21.3.2006 sind die Nacherben auf den Überrest gesetzt und der Vorerbe deshalb, soweit gesetzlich zulässig, von allen Beschränkungen befreit. Diese Befreiung gilt gemäß § 2136 Abs. 1 BGB auch für § 2113 Abs. 1 BGB.

(...)

24 Die Rechtsbeschwerde wird nicht zugelassen, weil die Voraussetzungen nicht vorliegen.

17. Austausch des Testamentsvollstreckers als Beeinträchtigung einer wechselbezüglichen Schlusserbeneinsetzung

OLG Schleswig, Beschluss vom 4.11.2019, 3 Wx 12/19

BGB §§ 2200, 2258 Abs. 1, § 2270 Abs. 3, §§ 2271, 2289 Abs. 1

LEITSÄTZE:

- 1. Obwohl die Testamentsvollstreckung betreffende Regelungen gemäß § 2270 Abs. 3 BGB niemals wechselbezüglich sein können, kann der Austausch der Person des Testamentsvollstreckers zu einer rechtlichen Beeinträchtigung der wechselbezüglichen Schlusserbeneinsetzung führen. Die Anordnung des gänzlichen Wegfalls der Testamentsvollstreckung stellt dagegen keine Beeinträchtigung dar. (Leitsatz der Schriftleitung)**
- 2. Der Austausch der Person des Testamentsvollstreckers stellt dann eine rechtliche Beeinträchtigung der wechselbezüglichen Schlusserbeneinsetzung dar, wenn dadurch ein Anspruch des Testamentsvollstreckers auf Vergütung gegen den Nachlass begründet wird, während in der ursprünglichen Anordnung die Unentgeltlichkeit der Tätigkeit des Testamentsvollstreckers vorgesehen war. (Leitsatz der Schriftleitung)**
- 3. Ein gemeinschaftliches Testament, in dem ausdrücklich die Unentgeltlichkeit der Tätigkeit des Testamentsvollstreckers angeordnet wurde, kann nicht dahin gehend ausgelegt werden, dass die Auswahl eines anderen, vergütungspflichtig tätigen Testamentsvollstreckers gestattet wird. (Leitsatz der Schriftleitung)**

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Beteiligten zu 1-3 sind die drei Kinder der Erblasserin. Die Erblasserin und ihr am (...) November 2012 vorverstorbenen Ehemann H-W K errichteten am 29.6.2001 ein notariell beurkundetes gemeinschaftliches Testament, in dem sie ihre drei Kinder zu je 1/3 als Erben nach dem Tode eines jeden von ihnen einsetzten. Dem überlebenden Ehegatten vermachten sie alle zum ehelichen Haushalt gehörenden Sachen. Die Beteiligte zu 1 erhielt aus dem Vermögen jeden Elternteils je ein Vorausvermächtnis. Sämtliche Bestimmungen des Testaments sollten, soweit nicht anders bestimmt und soweit gesetzlich zulässig, wechselbezüglich sein. Das Testament schließt mit der Anordnung einer Testamentsvollstreckung. Der Ehemann benannte den Beteiligten zu 3 zum Testamentsvollstrecker, die Ehefrau für den Fall ihres Vorversterbens ihren Ehemann und ansonsten ebenfalls den Beteiligten zu 3. Der Testamentsvollstrecker sollte die Vorausvermächtnisse erfüllen und den Nachlass auseinandersetzen. Er sollte die Aufgabe unentgeltlich ausüben. (...)

2 Am 21.9.2007 schlossen die Eltern mit dem Beteiligten zu 3 einen Erbvertrag, in dem sie ein Vermächtnis zugunsten des Letzteren vereinbarten (...). Am 9.4.2015 errichtete die Erb-

lasserin ein notariell beurkundetes Testament, in dem sie die Einsetzung des Sohnes zum Testamentsvollstrecker in dem gemeinschaftlichen Testament widerrief und als neue Testamentsvollstreckerin die Beteiligte zu 4 bestimmte. Ersatzweise sollte das Nachlassgericht einen Testamentsvollstrecker bestimmen, der allerdings nicht aus dem Kreis der Kinder und deren Angehöriger sein sollte; auch Rechtsanwältin C sollte nicht in Frage kommen. Die Erblasserin ordnete eine Testamentsvollstreckervergütung nach den Empfehlungen des Deutschen Notarvereins an. Für den Fall, dass die Auswechslung der Person des Testamentsvollstreckers unwirksam sein sollte, sollte die Anordnung der Testamentsvollstreckung vollumfänglich als aufgehoben gelten (...). Dieses Testament wiederholte die Erblasserin im Kern in einem handschriftlichen Testament vom 19.10.2017 (...).

3 Die Beteiligte zu 4 nahm das Amt an. Sie hat die Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses für sich beantragt. Dem Antrag sind die Beteiligten zu 2 und 3 entgegengetreten. Sie sind der Auffassung, die Ernennung der Beteiligten zu 4 zur Testamentsvollstreckerin sei unwirksam. Sie diene allein dazu, den Nachlass zu ihren – der Beteiligten zu 2 und 3 – Lasten auszuhöhlen. Dieses Ziel habe die Erblasserin seit dem Tod ihres Ehemannes im Jahr 2012 ganz offensichtlich in Absprache mit ihrer anwaltlichen Beraterin, Rechtsanwältin C, verfolgt. Zur Sicherstellung der Aushöhlung des Nachlasses zugunsten der Beteiligten zu 1 habe die Erblasserin eine mit Rechtsanwältin C befreundete Kollegin als Testamentsvollstreckerin vorgeschlagen. Es lägen bereits jetzt Anhaltspunkte dafür vor, dass die Testamentsvollstreckerin ihr Amt tatsächlich mit diesem Ziel ausübe. Auch stelle die Auswechslung der Person des Testamentsvollstreckers eine beeinträchtigende Verfügung gegenüber den im gemeinschaftlichen Testament bedachten Erben dar (Verweis auf KG, Urteil vom 23.11.2009, 8 U 144/89). Die Beteiligte zu 4 ist diesen Vorwürfen entgegengetreten.

4 Das Nachlassgericht hat die Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses nach Antrag angekündigt. Zur Begründung hat es ausgeführt, dass die Benennung der Beteiligten zu 4 in den einseitigen Testamenten vom 9.4.2015 und 19.10.2017 keinen wechselbezüglichen Anordnungen im gemeinschaftlichen Testament vom 29.6.2001 widerspreche. Die Wechselbezüglichkeit beziehe sich nicht auf die Einsetzung der Person des Testamentsvollstreckers als solcher (§ 2270 Abs. 3 BGB). Der Sohn dürfe seiner beruflichen Qualifikation wegen als Rechtsanwalt und Steuerberater eingesetzt worden sein. Diese Qualifikation aber habe auch die Beteiligte zu 4. Es sei bei dem gemeinschaftlichen Testament nicht erkennbar, dass sich die Wechselbezüglichkeit auch auf die Person des eingesetzten Testamentsvollstreckers beziehen sollte. Schließlich hätten die Ehegatten auch unterschiedliche Personen eingesetzt, der Ehemann nämlich allein den Sohn und die Ehefrau zunächst den Ehemann und nur ersatzweise den Sohn. Es sei nicht erkennbar, dass diese Einzeleinsetzung nur aufgrund der gemeinsamen Entscheidung erfolgt sei. Vielmehr dürften die Ehegatten den gemeinsamen Willen gehabt haben, dass auf jeden Fall ein fachlich geeigneter Testamentsvollstrecker bestellt werden sollte. Eine Schlechterstellung der Erben durch den Wechsel der Person des Testamentsvollstreckers, dessen Befugnisse die Erblasserin nicht geändert habe, sei nicht erkennbar. Ein wichtiger Grund nach

§ 2227 BGB zur Entlassung der Testamentsvollstreckerin liege nicht vor. Diese sei zu einer ordnungsgemäßen Führung der Geschäfte in der Lage und gewillt. Es spreche nicht gegen eine ordnungsgemäße Geschäftsführung, dass die Testamentsvollstreckerin bislang noch kein vollständiges Nachlassverzeichnis erstellt habe. Ihr fehlten noch die dafür erforderlichen vollständigen Bankauskünfte. Es sei zudem nicht erkennbar, dass die Testamentsvollstreckerin zulasten der Beteiligten zu 2 und 3 handle. Nach Inbesitznahme des Nachlasses müssten noch eine Vielzahl von Kontoauszügen ausgewertet werden. Vor Vervollständigung der Unterlagen, mit denen sich die Testamentsvollstreckerin umfassend einen Überblick verschaffen könne, müsse sie keine Gesamtprüfung vornehmen. Es sei nicht ihre Aufgabe, auf reine Vermutungen eines oder mehrerer Beteiligten übereilt tätig zu werden. Die Beteiligte zu 4 sei auch geeignet, dass Amt als Testamentsvollstreckerin zu übernehmen. Die pauschale Unterstellung einer bewussten Zusammenarbeit mit Rechtsanwältin C zur Aushöhlung des Nachlasses zulasten der Beteiligten zu 2 und 3 entbehre jeder Grundlage.

5 Die Beteiligte zu 2 hat Beschwerde eingelegt. In der Beschwerdebegründung wiederholt sie zusammengefasst ihren bisherigen Vortrag.

6 Das Nachlassgericht hat der Beschwerde nicht abgeholfen. Es hat auf die im angefochtenen Beschluss genannten Gründe verwiesen und ergänzend ausgeführt, dass ein Verstoß gegen die guten Sitten nach § 138 BGB durch die Einsetzung der Beteiligten zu 4 zur Testamentsvollstreckerin weiterhin nicht zu erkennen sei. Die immer wieder behauptete Zusammenarbeit der Testamentsvollstreckerin mit der Beteiligten zu 1 könne das Gericht nicht erkennen. Hinsichtlich der Wechselzüglichkeit der Anordnung der Testamentsvollstreckung habe das Gericht bereits dargelegt, dass es keine Wechselzüglichkeit hinsichtlich der Bestimmung der Person des Testamentsvollstreckers sehe. Eine solche liege bereits bei der Anordnung der Testamentsvollstreckung als solcher nicht vor. Es gebe auch keine Entlassungsgründe nach § 2227 BGB. Weder bestünde der Verdacht der Bereicherung der Testamentsvollstreckerin noch habe diese die Erteilung von Auskünften und Einsichtnahme in die Belege verweigert.

7 Die Beteiligten zu 1 und 4 verteidigen den angefochtenen Beschluss.

8 Der Senat hat die Beteiligten vorab auf seine vorläufige rechtliche Bewertung der Sache hingewiesen (...).

9 Die Beteiligte zu 1 hat gemeint (...), dass höchstrichterliche Rechtsprechung zum nachträglichen Austausch eines in einem Erbvertrag eingesetzten Testamentsvollstreckers auf gemeinschaftliche Testamente nicht anwendbar sei. Abgesehen davon habe der BGH die nur wirtschaftliche Beeinträchtigung der Vertragserben durch den Austausch eines ehrenamtlichen Testamentsvollstreckers gegen einen vergütungspflichtig tätigen für zulässig erachtet. Die Zulässigkeit eines Austauschs der Person des Testamentsvollstreckers verbunden mit der Bestimmung eines Vergütungsanspruchs ergebe sich hier auch aus einer Auslegung des gemeinschaftlichen Testaments. Die Eltern hätten den ursprünglich eingesetzten Beteiligten zu 3 nicht aus familiären Gründen gewählt, sondern weil

sie davon ausgegangen seien, dass er als Rechtsanwalt und Steuerberater den Nachlass korrekt aufteilen werde. Da dies nicht geschehen sei, habe die Erblasserin einen neuen Testamentsvollstrecker einsetzen dürfen. Es handle sich auch nicht um eine jahrelange Dauertestamentsvollstreckung mit Einfluss auf familienbezogene Belange, sondern um eine reine Abwicklungsvollstreckung. Dabei solle keiner der drei gleichberechtigten Miterben bevorzugt werden. Die durch das Testament begünstigten Miterben genössen nicht in gleicher Weise Vertrauensschutz wie Vertragserben.

10 Die Beteiligte zu 4 verweist darauf (...), dass die Wirksamkeit der nachträglich getroffenen Regelung zur Testamentsvollstreckung nach dem Inhalt des gemeinschaftlichen Testaments sowie danach zu beurteilen sei, ob eine Beeinträchtigung der Rechte der Schlusserben festzustellen sei. Im Hinblick auf die Beeinträchtigung komme es ausschließlich auf eine Einschränkung ihres Handlungsrahmens an; auf wirtschaftliche Aspekte sei nicht abzustellen. In Abschnitt 3 des Testaments werde verfügt, dass sämtliche Bestimmungen wechselbezüglich seien, soweit nichts anderes bestimmt und dies gesetzlich zulässig sei. Da die Regelung zur Testamentsvollstreckung erst im nachfolgenden Abschnitt 4 geregelt werde, ergebe schon die systematische Auslegung, dass die hier folgenden Regelungen nicht wechselbezüglich sein sollten. Deshalb komme es auf eine etwaige Rechtsbeeinträchtigung der Miterben nicht an. Die Erblasserin sei sowohl im Hinblick auf die Person des Testamentsvollstreckers als auch die Anordnung einer Vergütung frei gewesen. Wie die Beteiligte zu 1 so geht auch die Beteiligte zu 4 davon aus, dass der Beteiligte zu 3 nicht aus familiären Gründen, sondern aufgrund seiner Ausbildung ursprünglich zum Testamentsvollstrecker berufen worden sei. Im Rahmen einer ergänzenden Auslegung sei zu berücksichtigen, dass die Ehegatten, hätten sie bei der Errichtung des Testaments eine – wie geschehen – sachwidrige Ausübung des Amtes durch den Beteiligten zu 3 bedacht, dem Längstlebenden die Befugnis eingeräumt hätten, eine familienfremde Person für die übliche Vergütung zum Testamentsvollstrecker zu bestimmen. Der Fall sei mit demjenigen vergleichbar, dass ein namentlich benannter Testamentsvollstrecker weg falle, ein Ersatztestamentsvollstrecker aber nicht benannt sei. In einem solchen Fall entnehme die Rechtsprechung regelmäßig dem Testament ein stillschweigendes Ersuchen an das AG, einen Ersatztestamentsvollstrecker zu bestimmen. Der Vergütungsanspruch sei entgegen der Rechtsauffassung des Senats auch nicht als Vermächtnis anzusehen.

11 II. Die Beschwerde hat Erfolg. Der Beteiligten zu 4 kann ein Testamentsvollstreckerzeugnis nicht erteilt werden. Maßgeblich hierfür sind nicht die Einwände des Beteiligten zu 3 gegen die Eignung der Beteiligten zu 4 zur ordnungsgemäßen Amtsführung und die von ihm erhobenen Vorwürfe der Parteilichkeit, die bereits das AG für nicht durchgreifend erachtet hat. Die Berufung der Beteiligten zu 4 zur Testamentsvollstreckung im Ergänzungstestament vom 9.4.2015 ist vielmehr wegen Verstoßes gegen die Schlusserbeneinsetzung im gemeinschaftlichen Testament unwirksam.

12 1. In ihrem gemeinschaftlichen Testament hatten die Ehegatten die Kinder zu Erben eines jeden von ihnen bestimmt. Die Wechselbezüglichkeit dieser Bestimmung ergibt sich aus

der ausdrücklichen Anordnung in Ziffer 3 des gemeinschaftlichen Testaments. Die Wechselbezüglichkeit hat zur Folge, dass die Erbeinsetzung für die Ehegatten bindend war. Sie konnte zu Lebzeiten des anderen Ehegatten nur formgebunden (§ 2296 BGB) und nach dessen Tod gar nicht mehr widerrufen werden (§ 2071 Abs. 2 BGB). Die Erblasserin durfte somit nach dem Tode ihres Ehemannes keine letztwilligen Verfügungen treffen, die die Erbeinsetzung der Kinder in irgendeiner Form beeinträchtigte, denn in jeder Beeinträchtigung läge der Sache nach ein teilweiser – unzulässiger – Widerruf der weitergehenden Schlusserbeinsetzung.

13 2. Eine derartige unzulässige Beeinträchtigung der Schlusserbeinsetzung der Kinder im gemeinschaftlichen Testament stellt die nachträglich einseitig verfügte Berufung der Beteiligten zu 4 zur Testamentsvollstreckerin dar.

14 a) Eine zweifellos unzulässige Beeinträchtigung läge in der erstmaligen Anordnung der Testamentsvollstreckung (siehe nur Senat, Beschluss vom 13.5.2013, 3 Wx 43/13, SchlHAnz 2013, 480). Dies steht hier nicht in Rede. Die Testamentsvollstreckung war bereits im gemeinschaftlichen Testament angeordnet worden.

15 b) In Rede steht vielmehr der Austausch der Person des Testamentsvollstreckers.

16 aa) Die Zulässigkeit einer solchen Änderung des gemeinschaftlichen Testaments wird nicht einheitlich beantwortet. Teilweise wird die Auswechslung der Person des Testamentsvollstreckers ohne Weiteres für zulässig gehalten, weil sie nicht zu einer zusätzlichen Beeinträchtigung der wechselbezüglich eingesetzten Erben führe (jeweils zu § 2271 BeckOGK-BGB/*Braun*, Stand: 1.3.2019, Rdnr. 14 – anders *ders.* in *Burandt/Rojahn*, siehe unten; *Damrau/Kiessinger*, 2. Aufl. 2011, Rdnr. 25; *jurisPK-BGB/Reymann*, 8. Aufl. 2017, Rdnr. 52; *MünchKomm-BGB/Musielak*, 7. Aufl. 2017, Rdnr. 17; *Soergel/Wolf*, BGB, 13. Aufl. 2003, Rdnr. 16; *Staudinger/Kanzleiter*, Neub. 2019, Rdnr. 19). Nach anderer Auffassung ist die Auswechslung der Person des Testamentsvollstreckers grundsätzlich zulässig, ausnahmsweise aber dann nicht, wenn die Ehegatten an die Person des Testamentsvollstreckers bestimmte Vorstellungen geknüpft hatten (jeweils zu § 2271 *Burandt/Rojahn/Braun*, Rdnr. 40; *Kroiß/Ann/Meyer/Müssig*, 5. Aufl. 2018, Rdnr. 18).

17 Der BGH hat sich mit der Frage – soweit ersichtlich – bislang nur in Fällen befasst, die den Austausch der Person eines erbvertraglich benannten Testamentsvollstreckers betreffen. Er hat die Zulässigkeit offengelassen. Auf einseitige Verfügungen in Erbverträgen sei § 2289 BGB zwar nicht anwendbar. Grundsätzlich sei ein Erblasser damit weiterhin berechtigt, den von ihm für seinen Nachlass benannten Testamentsvollstreckers auszuwechseln. Gleichwohl könne eine Änderung der Person des Testamentsvollstreckers nach § 2289 Abs. 1 Satz 2 BGB unwirksam sein. Dies sei der Fall, wenn die Auswechslung den Vertragserben beeinträchtigte, was sich wiederum nur durch eine Auslegung des Vertragsinhalts ermitteln lasse (BGH, ZEV 2013, 36, 38 Rdnr. 22; BGH, ZEV 2011, 306, 308 Rdnrn. 25-30).

18 Diese Betrachtung hält der Senat für richtig. Grundsätzlich besteht Testierfreiheit. Auch nach Abschluss eines Erbvertrags

können die Beteiligten noch letztwillig verfügen. Daran gehindert sind sie nur, als sie mit dem späteren Testament in vertraglich begründete Rechte eingreifen (BGH, ZEV 2011, 306, 308 Rdnr. 18). Dies gilt in gleicher Weise für die Beschränkung der Testierfreiheit aufgrund eines gemeinschaftlichen Testaments, denn § 2289 Abs. 1 Satz 2 BGB ist auf bindend gewordene wechselbezügliche Verfügungen in gemeinschaftlichen Testamenten entsprechend anzuwenden (siehe nur *BeckOGK-BGB/Müller-Engels*, § 2289 Rdnr. 6). Die Beteiligte zu 1 zieht dies zu Unrecht in Zweifel. Sie meint, dass gemeinschaftlich getroffene Regelungen zur Testamentsvollstreckung nachträglich einseitig änderbar sein müssten, weil ansonsten die Bestimmung des § 2270 Abs. 3 BGB umgangen würde. Nach der im Jahr 2001 – dem Jahr der Testamentserrichtung – geltenden Fassung der Vorschrift konnten nur Erbeinsetzungen, Vermächtnisse und Auflagen wechselbezüglich sein; in heutiger Fassung ist die Vorschrift auf die Wahl des anzuwendenden Erbrechts erweitert. Die Testamentsvollstreckung betreffende Regelungen konnten und können somit nur einseitig getroffen werden und sind damit frei abänderbar. Dies gilt auch dann, wenn in einem gemeinschaftlichen Testament sämtliche darin getroffenen Bestimmungen als wechselbezüglich bezeichnet werden (OLG Hamm, ZEV 2001, 271, 272 a. a. O.; *Staudinger/Kanzleiter*, § 2271 Rdnr. 19).

19 An diesem Grundsatz rührt die Übertragung der Rechtsprechung des BGH zu Erbverträgen auf gemeinschaftliche Testamente jedoch nicht. Der BGH ist in den beiden oben genannten Entscheidungen nicht von einer vertragsmäßig bindenden Benennung der Person des Testamentsvollstreckers ausgegangen (die in einem Erbvertrag allerdings zulässig wäre, BGH, ZEV 2011, 306, 309 Rdnr. 30), sondern hat allgemein darauf abgestellt, ob sich aus der Änderung bei einem Blick auf den gesamten Vertragsinhalt eine Beeinträchtigung der Vertragserben ergibt. Bei dieser Fragestellung kann dem Grundsatz freier Widerruflichkeit der Testamentsvollstreckernennung ohne Weiteres Rechnung getragen werden. Bezeichnenderweise hat der BGH zum Beleg der auch von ihm vertretenen Auffassung u. a. auf obergerichtliche Entscheidungen Bezug genommen, die gemeinschaftliche Testamente betraf (BGH, ZEV 2011, 306, 309 Rdnr. 28, dort u. a. OLG Hamm, ZEV 2001, 271, 272; KG, ZEV 2010, 40, 42; siehe ebenso *Winkler*, *Der Testamentsvollstrecker*, 21. Aufl. 2013, Rdnr. 63 f.).

20 Die Beteiligte zu 1 meint ferner, dass Miterben, die jeweils nur „Begünstigte“ aus dem gemeinschaftlichen Testament seien, nicht in gleicher Weise Vertrauensschutz verdienen wie Vertragserben. Dem ist schon deshalb nicht zu folgen, weil auch ein Vertragserbe begünstigt werden kann, ohne dass er eine Gegenleistung dafür zu erbringen hätte. Zudem berücksichtigt die Sichtweise der Beteiligten zu 1 nicht, dass die Bindungswirkung wechselbezüglicher Verfügungen Vertrauensschutz vornehmlich nicht etwa zugunsten der Schlusserben – die möglicherweise von dem Testament nicht einmal wissen –, sondern zugunsten des zuerst versterbenden Ehegatten entfaltet. Er soll Gewissheit haben, dass nach seinem Tode von der gemeinsam getroffenen Regelung nicht mehr abgewichen wird.

21 bb) Im vorliegenden Fall erweist sich der Austausch der Person des Testamentsvollstreckers als unzulässig. Sie ist mit

einer Beeinträchtigung der Erben verbunden, zu der die Erblasserin nicht befugt war.

22 aaa) Die Beeinträchtigung der Schlusserben ergibt sich aus der mit dem Austausch der Person verbundenen Vergütungsregelung. Im gemeinschaftlichen Testament war ausdrücklich verfügt, dass der Testamentsvollstrecker – sei es der überlebende Ehemann, sei es der Sohn – die Aufgabe unentgeltlich ausüben solle. Der in den späteren Testamenten der Erblasserin eingesetzten Testamentsvollstreckerin sollte jedoch eine Vergütung nach den Empfehlungen des Deutschen Notarvereins zustehen. Dies wäre für sich betrachtet unschädlich, weil, wie ausgeführt, auch gemeinschaftlich getroffene Regelungen zur Testamentsvollstreckung niemals wechselbezüglich sind und deshalb einseitig frei widerrufen werden können. Unzulässig ist aber, wie ebenfalls ausgeführt, eine damit einhergehende Beeinträchtigung der wechselbezüglichen Schlusserbeneinsetzung. Die Beeinträchtigung ergibt sich aus der Vergütungsanordnung. Mit dieser Anordnung wird ein Anspruch des Testamentsvollstreckers gegen den Nachlass begründet. Gegen diesen – und damit gegen die Erben als Gesamtschuldner – richtet sich sein Vergütungsanspruch (*Winkler*, Rdnr. 639).

23 Darin liegt nicht etwa, wie die Beteiligten zu 1 und 4 meinen, eine rechtlich unbedenkliche rein wirtschaftliche Beeinträchtigung der Schlusserben. Sie beziehen sich hierzu auf eine Passage in der Entscheidung des BGH, ZEV 2011, 306 (dort S. 309 Rdnr. 34), in der es heißt, dass in dem Umstand, dass von den neuen Testamentsvollstreckern eine ehrenamtliche Tätigkeit nicht zu erwarten sei, keine Beeinträchtigung der Rechte des Vertragserben lägen. Abgesehen davon, dass damit allenfalls wirtschaftliche Aspekte angesprochen würden, sehe der Erbvertrag die Bewilligung einer Testamentsvollstreckervergütung vor. Dies liest sich in der Tat so, als wäre eine rein wirtschaftliche Belastung der Schlusserben unschädlich. Gegenteiliges ergibt sich allerdings aus der in der Entscheidung BGH, ZEV 2011, 306 an anderer Stelle (S. 308 Rdnr. 18) angeführten Entscheidung BGHZ 26, 204 (= NJW 1958, 498). Dort wird (NJW 1958, 498, 499) ausgeführt, dass aus der Verwendung des Begriffs „beeinträchtigen“ in § 2289 BGB einerseits und des Begriffs „in Widerspruch stehen“ andererseits in § 2258 BGB (Testamentswiderruf) nicht folge, dass eine der vertragsmäßigen Verfügung widersprechende Verfügung das Recht des vertragsmäßig Bedachten an sich noch nicht beeinträchtigt, sondern dass, um eine Beeinträchtigung festzustellen, immer ein Vergleich nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten angestellt werden müsste. Im Gegenteil sei davon auszugehen, dass eine dem Recht des vertragsmäßig Bedachten widersprechende Verfügung dessen Recht notwendig auch beeinträchtigt. Der Gesetzgeber habe in § 2289 Abs. 1 BGB nur deswegen nicht wie in § 2258 Abs. 1 BGB auf den einander widersprechenden Inhalt der Verfügungen abgestellt, sondern auf die Beeinträchtigung des Rechts des Bedachten, um die Unwirksamkeit früherer oder später errichteter letztwilliger Verfügungen in einem weiteren Umfang eintreten zu lassen, als es sich bei einer dem § 2258 Abs. 1 BGB entsprechenden Fassung des Gesetzes ergäbe. Auch die Verfügungen, die nicht in Widerspruch zu den vertragsmäßigen stünden, die aber dennoch das Recht des vertragsmäßig Bedachten wirtschaftlich beeinträchtigten, sollten unwirk-

sam sein. § 2289 Abs. 1 Satz 1 BGB lege dem Erbvertrag eine weitergehende Wirkung bei, als sie nach § 2258 Abs. 1 BGB einem (Anm. des Senats: einseitigen) Testament zukomme. Diesen Ausführungen zufolge wäre eben doch jede wirtschaftliche Beeinträchtigung des Rechts des Vertragserben nach § 2289 Abs. 1 Satz 2 BGB unzulässig. Bei entsprechender Anwendung der Vorschrift auf gemeinschaftliche Testamente gälte dort Gleiches.

24 Der Senat braucht indes nicht zu entscheiden, welcher Auffassung zu folgen ist. Die hier zu beurteilende Beeinträchtigung ist nicht nur „rein wirtschaftlich“. Mit der testamentarischen Neuregelung der Testamentsvollstreckung hat die Erblasserin einen Vergütungsanspruch der Testamentsvollstreckerin gegen den Nachlass geschaffen (siehe oben). Die Erben sind gesamtschuldnerisch zur Erfüllung des Anspruchs verpflichtet. Die Neuregelung führt damit auch zu einer rechtlichen Belastung. Vergleichbar ist dies mit der – nach § 2289 Abs. 1 Satz 2 BGB unzulässigen (siehe nur BeckOGK-BGB/*Braun*, § 2271 Rdnr. 13) – nachträglichen Anordnung eines Vermächtnisses. Der Vergütungsanspruch des Testamentsvollstreckers ist freilich kein Vermächtnis; dies hat der Senat in seinem Hinweisschreiben vom 13.9.2019 aber auch nicht zum Ausdruck gebracht. Die unzulässige Belastung der Schlusserben folgt nicht aus der Rechtsnatur des Anspruchs, sondern aus der Begründung eines Anspruchs gegen die Schlusserben überhaupt, dem sie nach den Bestimmungen des gemeinschaftlichen Testaments nicht ausgesetzt gewesen wären.

25 bbb) Die Beeinträchtigung der Erben führt nicht zwingend zur Unwirksamkeit der geänderten Regelung der Testamentsvollstreckung. Beeinträchtigende Verfügungen sind zulässig, soweit sie dem überlebenden Ehegatten gestattet sind. Auch wechselbezügliche Verfügungen können unter Änderungsvorbehalt stehen. Da es den Ehegatten freistellt, ihre Verfügungen wechselbezüglich zu gestalten, steht es ihnen auch frei, die aus der Wechselbezüglichkeit folgende Bindungswirkung aufzulockern.

26 Trotz der ausdrücklich angeordneten Wechselbezüglichkeit der getroffenen Bestimmungen könnte sich demnach auch aus dem vorliegenden gemeinschaftlichen Testament im Wege der Auslegung entnehmen lassen, dass der überlebende Ehegatte die Regelung zur Testamentsvollstreckung auch zulasten der Schlusserben ändern durfte. Eine solche Auslegung könnte an die Rechtsprechung zu § 2200 BGB anknüpfen, auf die die Beteiligten zu 4 verweist. Vielfach kann die Benennung eines Testamentsvollstreckers in einem Testament so ausgelegt werden, dass sie zugleich das Ersuchen an das Nachlassgericht nach § 2200 BGB enthält, bei Wegfall der benannten Person einen Ersatztestamentsvollstrecker zu bestimmen. Dem Testament muss sich nur wenigstens andeutungsweise entnehmen lassen, dass der Erblasser die Testamentsvollstreckung auch nach dem Wegfall der von ihm benannten Person fort dauern lassen wollte. An die Feststellung eines solchen Willens sind keine hohen Anforderungen zu stellen (Senat, Beschluss vom 6.7.2015, 3 Wx 41/15, FamRZ 2016, 667).

27 Auf diese Rechtsprechung lässt sich hier allerdings schon deshalb nicht recht zurückgreifen, weil die Erblasserin die Beteiligte zu 4 nicht ersatzweise zur Testamentsvollstreckerin bestimmt hat, nachdem der ursprünglich vorgesehene Testamentsvollstrecker – der Beteiligte zu 3 – weggefallen war. Sie hat den Austausch vorgenommen, obwohl der Beteiligte zu 3 noch zur Verfügung stünde. Doch auch wenn sie hierzu befugt gewesen sein sollte, wäre weiter danach zu fragen, ob sie auch befugt war, die Benennung mit der Anordnung einer Testamentsvollstreckervergütung zu verbinden. Beides lässt sich nicht voneinander trennen. Die Erblasserin hat mit der Beteiligten zu 4 eine Testamentsvollstreckerin ausgewählt, von der feststand, dass sie das Amt professionell und nur gegen Vergütung ausüben werde. Es war von vornherein auszuschließen, dass die Beteiligte zu 4 das Amt unentgeltlich übernehmen werde.

28 Die Befugnis der Erblasserin, den Beteiligten zu 3 gegen eine professionelle Testamentsvollstreckerin auszutauschen, ließe sich zwar damit rechtfertigen, dass der Beteiligte zu 3 im gemeinschaftlichen Testament offenkundig deshalb zum Testamentsvollstrecker vorgesehen war, weil die Eltern ihn aufgrund seiner Ausbildung für fachlich geeignet hielten. Dennoch kann das gemeinschaftliche Testament nicht dahin ausgelegt werden, dass es ihnen entscheidend auf die Durchführung der Testamentsvollstreckung durch eine dafür qualifizierte Person ankam, an die notfalls auch eine Vergütung zu entrichten wäre. Einer solchen Auslegung stünde die in dem gemeinschaftlichen Testament ausdrücklich angeordnete Unentgeltlichkeit der Tätigkeit des Testamentsvollstreckers entgegen. Aus der Anordnung ergibt sich unmissverständlich die Vorstellung der Ehegatten, dass die Testamentsvollstreckung den Nachlass nichts kosten dürfe. Damit ist der Auswahl eines vergütungspflichtig tätigen Testamentsvollstreckers unvereinbar. Auch aus einer Auslegung des gemeinschaftlichen Testaments ergibt sich damit keine Befugnis der Erblasserin, die Beteiligte zu 4 zur Testamentsvollstreckerin zu berufen.

29 c) Aus dem Vorgenannten ergibt sich notwendig, dass auch die Bestimmung der Erblasserin in ihrem letzten Testament vom 19.10.2017, dass ersatzweise das Nachlassgericht einen Testamentsvollstrecker bestimmen solle, unwirksam ist. Auch das Nachlassgericht müsste einen professionell tätigen Testamentsvollstrecker auswählen, der das Amt jedoch nur gegen Vergütung ausüben würde.

30 Unbedenklich wirksam ist hingegen die ersatzweise Anordnung des gänzlichen Wegfalls der Testamentsvollstreckung in Abschnitt III des notariellen Testaments vom 9.4.2015 (vgl. Burandt/Rojahn/Braun, § 2271 Rdnr. 40).

31 3. Die Kostenentscheidung beruht auf § 81 Abs. 1 FamFG, der bei einem Erfolg der Beschwerde zur Anwendung kommt. Billigem Ermessen entsprach eine Aufteilung der Gerichtskosten auf die Beteiligten, die im Übrigen ihre Kosten jeweils selbst zu tragen haben. Maßstab der Kostenentscheidung im Erbscheinsverfahren ist nicht nur der Umfang des Obsiegens und Unterliegens, denn letztlich geht es nicht darum, der Auffassung eines Beteiligten zum Recht zu verhelfen, sondern den Willen des Erblassers zu ermitteln. Grundsätzlich sind deshalb die Gerichtskosten unter den am Verfahren Beteiligten aufzuteilen und von der Anordnung der Kostenerstattung ist abzusehen, sofern nicht Gründe dieser Art dafür sprechen,

einen Beteiligten einseitig zu belasten. Besondere Umstände, die dies hier rechtfertigen könnten, liegen nicht vor (vgl. BGH, FamRZ 2016, 218, 219 Rdnr. 14-16; Senat, ZEV 2015, 635).

32 Der Geschäftswert war mit 20 % des Nachlasswertes anzusetzen (§§ 61, 40 Abs. 5 GNotKG). Den Wert des Nachlasses hat der Senat mit dem von der Beteiligten zu 4 im Antrag auf Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses angegebenen – vorläufig geschätzten – 100.000.00 € angesetzt. Sichere anderweitige Erkenntnisse liegen ansonsten nicht vor. Auch die von dem Beteiligten zu 3 erstellte Übersicht, die zu einem Nachlasswert von 195.000 € führt (...), beruht teilweise auf Schätzungen und zwischen den Beteiligten offenbar umstrittenen Wertangaben.

33 Die Rechtsbeschwerde war nicht zuzulassen. Ein Zulassungsgrund nach § 70 Abs. 2 FamFG liegt nicht vor. Die Sache hat weder grundsätzliche Bedeutung noch ist eine höchstrichterliche Entscheidung zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich. Die vorliegende Entscheidung beruht maßgeblich auf der individuellen Auslegung eines gemeinschaftlichen Testaments, bei der der Senat nicht von anerkannten Grundsätzen oder anderslautender Rechtsprechung oder Literatur abgewichen ist.

ANMERKUNG:

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

Der Fall des OLG Schleswig beschäftigt sich mit der Sperrwirkung erbrechtlicher Bindungen in Bezug auf die Anordnung einer Testamentsvollstreckung.

1. Anordnung einer Testamentsvollstreckung als beeinträchtigende Verfügung

Ausgangspunkt aller Überlegungen sind dabei die Vorschriften der § 2270 Abs. 3, § 2278 Abs. 2 BGB und § 2289 Abs. 1 Satz 2 BGB. Die § 2270 Abs. 3, § 2278 Abs. 2 BGB beschränken die Möglichkeit wechselbezoglicher bzw. vertragmäßiger Verfügungen auf die Fälle der Erbeinsetzung sowie der Anordnung von Vermächtnissen, Auflagen und der Wahl des anzuwendenden Rechts. § 2289 Abs. 1 Satz 2 BGB sieht vor, dass spätere Verfügungen von Todes wegen unwirksam sind, sofern sie das Recht des vertragsmäßig Bedachten beeinträchtigen. Diese Vorschrift wird hinsichtlich der Anordnungen wechselbezoglicher Verfügungen in einem gemeinschaftlichen Testament entsprechend angewendet.¹

Eine Beeinträchtigung des Rechts des ursprünglich Bedachten liegt vor, wenn zum Zeitpunkt des Erbfalls die anderweitige letztwillige Verfügung die Zuwendung mindert, beschränkt, belastet oder gegenstandslos machen würde.² Da die Anordnung einer Testamentsvollstreckung die Rechtsstellung eines Erben beschränkt, insbesondere

¹ Siehe OLG München, Beschluss vom 28.3.2011, 31 Wx 93/10, FGPrax 2011, 129, 130.

² Siehe BGH, Urteil vom 6.4.2011, IV ZR 232/09, NJW 2011, 1733, 1735 Rdnr. 29; OLG Hamm, Beschluss vom 27.2.1974, 15 W 180/73, OLGZ 74, 378, 379.

aufgrund der dem Testamentsvollstrecker zustehenden Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis (§§ 2205, 2211 BGB), ist dies problemlos zu bejahen, wenn die ursprüngliche Erbeinsetzung nicht mit einer solchen Beschränkung verbunden war.³ Die Tatsache, dass es sich dabei zwingend um eine einseitige Verfügung handelt (siehe § 2270 Abs. 3, § 2278 Abs. 2 BGB), ist insoweit unerheblich.

2. Erweiterung der Testamentsvollstreckerrechte

Im gemeinschaftlichen Testament, in dem die Ehegatten wechselbezüglich ihre Kinder zum Erben bestimmt hatten, waren diese bereits mit der Anordnung einer Testamentsvollstreckung beschwert worden. Im nach Ableben des Ehemannes errichteten neuen Testament hatte die zweitverstorbene Ehefrau die Person des Testamentsvollstreckers ausgetauscht sowie die Vergütungsregelung geändert, wonach der Testamentsvollstrecker sein Amt nicht mehr unentgeltlich zu führen hatte. Das OLG Schleswig sieht darin eine Beeinträchtigung der wechselbezüglich eingesetzten Erben. Bei der Frage, ob eine Beeinträchtigung vorliegt, ist nach dem BGH, worauf auch das OLG Schleswig hinweist, auf eine rechtliche und nicht nur rein wirtschaftliche Betrachtungsweise abzustellen.⁴ Da die Ehefrau mit der testamentarischen Neuregelung der Testamentsvollstreckung einen Vergütungsanspruch der Testamentsvollstreckerin gegen den Nachlass geschaffen hat, sind die Erben gesamtschuldnerisch zur Erfüllung des Anspruchs verpflichtet. Das OLG Schleswig hat damit zutreffend eine rechtliche Beeinträchtigung bejaht.

3. Auswechslung der Person des Testamentsvollstreckers

Mit der Anordnung der Vergütungsregelung hatte die Ehefrau zugleich eine Auswechslung der Person des Testamentsvollstreckers verbunden. Der BGH, dem sich das OLG Schleswig anschließt, hat in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass sich die Zulässigkeit der Auswechslung der Person des Testamentsvollstreckers nicht generell abgekoppelt vom Inhalt der Verfügung von Todes wegen bejahen oder verneinen lässt. Da die Vertragsparteien den Umfang der Bindungswirkung vorgeben, muss ihnen auch die Möglichkeit verbleiben, die Rechtsstellung eines Vertragserben so auf die Person des Testamentsvollstreckers auszudehnen, dass bei einem Auswechseln dieser Person seine – vertraglich so festgelegten Rechte – beeinträchtigt sind.⁵ Hängt die Möglichkeit der Auswechslung der Person des Testamentsvollstreckers, wie der BGH zu Recht betont, vom Umfang der von den Vertragsparteien vereinbarten Bindung ab, geht es letztendlich um die Frage, inwieweit sie sich zu Änderungen ermächtigt und damit

einen Änderungsvorbehalt vereinbart haben. Wer in der Lage ist, mit seinem Erbvertragspartner bzw. Ehegatten in einem gemeinschaftlichen Testament zu vereinbaren, dass der Erbe keinen Beschränkungen unterliegen soll, dem kann es nicht verwehrt sein, Vereinbarungen zu treffen, die Beschränkungen nur unter gewissen Voraussetzungen oder durch bestimmte Personen vorsehen. Ausgangspunkt der Überlegungen kann daher nicht sein, dass die Testamentsvollstreckung nach § 2270 Abs. 3, § 2278 Abs. 2 BGB nur als einseitige Verfügung angeordnet werden kann,⁶ sondern dass eine Testamentsvollstreckung den Bedachten grundsätzlich beschränkt. Hinsichtlich der Möglichkeit einer Auswechslung der Person des Testamentsvollstreckers muss sich daher aus der Erbregelung ein entsprechender Änderungsvorbehalt ergeben.⁷ Fehlt es an einer ausdrücklichen Regelung, gilt es daher den Umfang des Änderungsvorbehalts im Wege der Auslegung zu ermitteln.⁸ Die Einsetzung naher Verwandter mit engen persönlichen Beziehungen zum Testamentsvollstrecker wird dabei eher für eine Personenbindung sprechen, während bei vorgesehenen Bestimmungsrechten nach den §§ 2198 ff. BGB der Person des Testamentsvollstreckers keine ausschlaggebende Bedeutung zukommen dürfte.⁹

4. Lösungsansatz des OLG Schleswig

Das OLG Schleswig hält die Auswechslung der Person des Testamentsvollstreckers im konkreten Fall für unzulässig. Entscheidungserheblich ist dabei für das OLG Schleswig nicht, dass zu dem ursprünglich als Testamentsvollstrecker ernannten Kind, welches zugleich Miterbe war, ggf. eine Nähebeziehung bestand, da auch der Miterbe offenkundig deshalb zum Testamentsvollstrecker vorgesehen wurde, weil die Eltern ihn aufgrund seiner Ausbildung für fachlich geeignet hielten. Das OLG Schleswig begründet sein Ergebnis vielmehr damit, dass die Benennung der neuen Person mit der Anordnung einer Testamentsvollstreckervergütung verbunden war und sich beides nicht voneinander trennen lässt. Da es sich bei der neu ernannten Testamentsvollstreckerin um eine Person handelte, von der feststand, dass sie das Amt professionell und nur gegen Vergütung ausüben werde, kann nach dem OLG Schleswig von vornherein ausgeschlossen werden, dass diese das Amt unentgeltlich übernehmen werde. Dies stand allerdings im Widerspruch zu der Vorstellung der Ehegatten, dass die Testamentsvollstreckung den Nachlass nichts kosten dürfe.

An dieser Stelle erscheint mir die Argumentation des OLG Schleswig allerdings nicht ganz zweifelsfrei. Die Frage, inwieweit eine Auswechslung der Person des Testamentsvollstreckers zulässig ist, wird durch das Gericht mit einer

3 Siehe OLG München, Beschluss vom 3.6.2008, 34 Wx 29/08, ZEV 2008, 340, 341 m. w. N.

4 Siehe BGH, Urteil vom 6.4.2011, IV ZR 232/09, NJW 2011, 1733, 1736; BeckOGK-BGB/Müller-Engels, Stand: 1.7.2020, § 2289 Rdnr. 37 m. w. N.

5 Siehe BGH, Urteil vom 6.4.2011, IV ZR 232/09, NJW 2011, 1733, 1735 Rdnr. 29; siehe auch BGH, Beschluss vom 13.9.2012, IV ZB 23/11, NJW-RR 2013, 72, 73.

6 So allerdings die zum Teil kritischen Anmerkungen zur BGH-Entscheidung, siehe *Muscheler*, DNotZ 2011, 779, 784; *Zimmer*, JZ 2011, 802, 804.

7 *Staudinger/Kanzleiter*, Neub. 2019, § 2289 Rdnr. 17; für generelle Zulässigkeit einer Personenauswechslung dagegen *BeckOGK-BGB/Braun*, § 2271 Rdnr. 14.

8 Siehe BGH, Urteil vom 6.4.2011, IV ZR 232/09, NJW 2011, 1733, 1734 Rdnr. 17.

9 Siehe im Einzelnen hierzu *Weidlich*, MittBayNot 2011, 453, 456 f.

Prognoseentscheidung dahin gehend verknüpft, ob vom Standpunkt eines objektiven Beobachters eine unentgeltliche Übernahme des Amtes erwartet werden kann. Das OLG Schleswig vermischt an dieser Stelle die für das Bestehen einer Testamentsvollstreckung erforderliche Voraussetzung der Ernennung der Person des Testamentsvollstreckers gemäß den §§ 2197 ff. BGB mit der Voraussetzung der Annahme des Amtes durch den Ernannten (§ 2202 BGB). Beide Voraussetzungen sind voneinander zu trennen und müssen neben der durch den Erblasser in der Verfügung von Todes wegen zu treffenden Anordnung der Testamentsvollstreckung kumulativ erfüllt sein.¹⁰

Die Ernennung der neuen Testamentsvollstreckerin würde sich im Ausgangsfall damit auch dann als unzulässig erweisen, wenn sich diese wider Erwarten doch zu einer unentgeltlichen Ausübung des Amtes bereit erklären würde oder auch in den Fällen, wo die Vergütungszahlung anderweitig sichergestellt wird, zum Beispiel wenn andere Personen, etwa nahe Verwandte, bereit sind, die Vergütung freiwillig zu übernehmen, oder die Erben eine gesonderte Vergütungsvereinbarung mit dem Testamentsvollstrecker treffen. Insofern hätte sich an dieser Stelle meines Erachtens die Frage gestellt, ob nicht gemäß § 2085 BGB nur die angeordnete Vergütungsregelung als unwirksam anzusehen ist und es ansonsten darauf ankommt, ob die neu ernannte Testamentsvollstreckerin das Amt des Testamentsvollstreckers dann tatsächlich annimmt.

Allerdings müsste man dann in den anzustellenden Überlegungen zusätzlich berücksichtigen, dass aufgrund der angeordneten Testamentsvollstreckung der Nachlass schon im Zeitpunkt des Erbfalls von dem übrigen Vermögen des Erben kraft Gesetzes getrennt wird und die Verfügungsbeschränkung des § 2211 BGB bereits ab dem Erbfall unabhängig vom Amtsantritt des Testamentsvollstreckers entsteht.¹¹ Ein etwaiger Schwebezustand hätte dann ebenfalls durch die Bestellung eines kostenpflichtigen Pflegers überbrückt werden müssen,¹² wobei sich diese Problematik in gleicher Weise gestellt hätte, wenn es bei der Ernennung des ursprünglichen Testamentsvollstreckers geblieben wäre. All diesen Fragen musste sich das OLG Schleswig aufgrund des von ihm gewählten Begründungsansatzes nicht mehr stellen.

5. Aufhebung der Testamentsvollstreckung

Wird eine angeordnete Testamentsvollstreckung nachträglich wieder aufgehoben, scheidet die Aufhebung nicht an der Vorschrift des § 2289 Abs. 1 Satz 2 BGB. Die Aufhebung beseitigt die durch die Anordnung der Testamentsvollstreckung sich ergebende Beschränkung und verbessert damit die Rechtsstellung der eingesetzten Erben. Auch § 2270 Abs. 3, § 2278 BGB stehen einer Aufhebung nicht entgegen, da die Anordnung einer Testamentsvollstreckung nicht wechselbezüglich bzw. vertragsmäßig getroffen werden kann. Auf der Grundlage seines Begründungsansatzes

konnte das OLG Schleswig damit zutreffend den nachträglichen Wegfall der Testamentsvollstreckung aufgrund der von der Ehefrau errichteten zweiten Verfügung von Todes wegen bejahen.

18. Testamentsauslegung – umfasster Personenkreis bei Erbeinsetzung der „Abkömmlinge“

OLG Oldenburg, Urteil vom 11.9.2019, 3 U 24/18

BGB § 2094 Abs. 1

LEITSÄTZE:

1. Wird in einer notariellen Verfügung von Todes wegen der Begriff des „Abkömmlings“ verwendet, ist er im Zweifel i. S. v. § 1924 BGB zu verstehen und nicht im Sinne von „Kind“. (Leitsatz der Schriftleitung)
2. § 2094 Abs. 1 BGB gilt im Fall einer nichtigen Erbeinsetzung entsprechend. (Leitsatz der Schriftleitung)

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Beklagten wenden sich mit ihrer Berufung gegen das Urteil des LG Osnabrück vom 24.5.2018, durch das festgestellt worden ist, dass die Klägerin Miterbin zu 1/6 am Nachlass der am (...) 2016 verstorbenen DD (Erblasserin) geworden ist.

2 1. Die verwitwete Erblasserin hatte sieben eheliche Kinder, darunter die Klägerin und die Beklagte zu 1. Ein Kind verstarb im Säuglingsalter. Der Beklagte zu 2 ist der Sohn der Beklagten zu 1.

3 Die Erblasserin verfasste 1973 zusammen mit ihrem am (...) 2001 verstorbenen Ehemann ein notarielles, gemeinschaftliches Testament. Die Eheleute setzten sich gegenseitig zu alleinigen Erben ein, mit der Maßgabe, dass der Überlebende über das Nachlassvermögen des Erstversterbenden frei verfügen können sollte. Weiter heißt es in dem Testament:

„2. Zu Erben des Überlebenden von uns berufen wir unsere gemeinschaftlichen Abkömmlinge zu gleichen Anteilen.“

3. Der Überlebende erhält jedoch das Recht, die Erbfolge unter den gemeinschaftlichen Abkömmlingen abändern und anderweitig bestimmen zu können.“

4 Es existiert ein weiteres, mit dem Namen der Erblasserin unterschriebenes, handschriftliches Testament, datiert 20.12.2001. Hier heißt es:

„Erbe ist auf meinen Wunsch AA und, BB je zur Hälfte. Sie müssen den Geschwistern den Pflichtteil auszahlen.“

5 2. Die Klägerin beantragte im Verfahren 67 VI 988/16 (AG Osnabrück) einen Erbschein, nach dem die Erblasserin von ihren sechs Kindern zu je 1/6 beerbt worden ist. Die Beklagte zu 1 beantragte den Erlass eines Erbscheins, der die Beklagten zu je 1/2 als Erben ausweist. Die Klägerin vertrat die Auffassung, das Testament aus dem Jahr 2001 sei unwirksam. Denn

10 NomosKomm-BGB/Kroiß, 5. Aufl. 2018, § 2202 Rdnr. 1.

11 Siehe Palandt/Weidlich, 79. Aufl. 2020, § 2211 Rdnr. 2.

12 Siehe NomosKomm-BGB/Kroiß, § 2197 Rdnr. 2.

es stehe im Widerspruch zu dem bindenden gemeinschaftlichen Testament, nach dem der überlebende Ehegatte nur zugunsten von gemeinschaftlichen Abkömmlingen – hiermit seien nur die gemeinsamen Kinder gemeint – verfügen dürfe. Das Testament sei im Übrigen auch nicht selbst geschrieben worden. Nur die Unterschrift stamme von der Erblasserin.

6 Das Nachlassgericht entschied im Sinne der Klägerin und begründete dies damit, dass das Wort „Abkömmlinge“ in dem gemeinschaftlichen Testament als „Kinder“ auszulegen sei. Denn es sei zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung noch gar nicht klar gewesen, ob und ggf. wie viele Nachkommen die Kinder später einmal haben würden. Auch die Ausgestaltung als Berliner Testament spreche für diese Auslegung.

7 Die Beklagte zu 1 legte gegen diesen Beschluss Beschwerde ein. Sie argumentierte, der Begriff „Abkömmlinge“ in dem gemeinschaftlichen Testament der Ehegatten aus dem Jahre 1973 sei so auszulegen, dass hiermit nicht nur die Kinder der Ehegatten, sondern sämtliche Abkömmlinge, also auch Enkelkinder gemeint gewesen seien.

8 Die Klägerin und drei weitere Geschwister vertraten weiterhin die Auffassung, das privatschriftliche Testament der Erblasserin aus dem Jahre 2001 sei unwirksam. Die Erblasserin sei aufgrund des gemeinschaftlichen Testaments aus dem Jahre 1973 nicht zu einer Abänderung zugunsten der Beklagten befugt gewesen. Eine Abänderung sei allenfalls zugunsten gemeinsamer Kinder – nicht aber Enkel – möglich gewesen. Darüber hinaus sei das Testament aus dem Jahre 2001 von der Erblasserin nicht handschriftlich verfasst worden.

9 Der Senat änderte den Beschluss des Nachlassgerichts und erachtete die Tatsachen für festgestellt, nach denen die Beklagten Erben zu je ½ geworden sind. In dem Senatsbeschluss heißt es:

„Der Begriff ‚Abkömmlinge‘ in dem gemeinschaftlichen Testament aus dem Jahre 1973 ist so auszulegen, dass hiermit alle Abkömmlinge und nicht nur Kinder gemeint sind. Hierfür spricht bereits der Wortlaut, der eine Einschränkung nicht vornimmt. Sofern eine Einschränkung auf Kinder und damit eine untechnische Nutzung des Wortes ‚Abkömmlinge‘ beabsichtigt gewesen wäre, hätte es nahegelegen, diese Einschränkung in das Testament aufzunehmen und eine übliche Formulierung zu wählen, wie etwa ‚unsere gemeinsamen Abkömmlinge oder deren Abkömmlinge‘ oder ‚unsere gemeinsamen Abkömmlinge nach Stämmen‘ oder ‚unsere gemeinsamen Abkömmlinge nach der gesetzlichen Erbfolge‘. Dies ist vorliegend nicht geschehen, sodass davon auszugehen ist, dass das Wort ‚Abkömmlinge‘ keiner Einschränkung unterliegen sollte. Die Tatsache, dass das Testament vor einem Notar abgeschlossen wurde, streitet ebenfalls dafür, das Wort ‚Abkömmlinge‘ im rechtlichen Sinne zu verstehen. Für diese Auslegung spricht auch, dass die Kinder der Erblasser zum Zeitpunkt der Testamentsabfassung auch sämtlich bereits geboren waren. Das jüngste Kind war bereits neun Jahre alt. Vor diesem Hintergrund hätte es nahegelegen, die Kinder, wenn denn nur diese erben sollten, namentlich zu benennen. Letztlich spricht auch die Tatsache, dass sich die Erblasserin offenbar für befugt hielt, die

Beteiligten zu 2 und 7 zu ihren Erben einzusetzen dafür, dass die Eheleute das Wort ‚Abkömmlinge‘ nicht auf die Kinder beschränken wollten. Anderenfalls wäre zu erwarten gewesen, dass die Erblasserin sich auf eine Einsetzung der Beteiligten zu 2 als Alleinerbin beschränkt hätte, denn sie wollte offenbar die Beteiligten zu 1 und 3 bis 6 nicht mehr als Erben belassen.

Das Testament ist auch gültig. Der Vortrag der Beteiligten zu 1, nur die Unterschrift stamme von der Erblasserin, nicht aber der Text des Testaments aus dem Jahre 2001 (siehe Antrag der Beteiligten zu 1 vom 16.6.2016) verfährt nicht.

Ein Gutachten ist nicht einzuholen. Gemäß § 442 ZPO, der auch im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit anwendbar ist (*Keidel*, FamFG 18. Aufl. 2014, § 29 Rdnr. 54 m. w. N.), ist das Ergebnis einer Schriftvergleichung in Wiederholung und Ausgestaltung des § 286 Abs. 1 ZPO nach freier Überzeugung durch das urteilende Gericht zu bestimmen. Dieses hat dabei selbst zu beurteilen, ob es die für den Schriftvergleich erforderliche Sachkunde hat oder sich eines Sachverständigen bedienen möchte (*BeckOK-ZPO/Krafka*, Stand: 1.12.2016, § 442 Rdnr. 1). Der Schriftvergleich ist zunächst primär Aufgabe des erkennenden Gerichts (*Musielak*, ZPO, 13. Aufl. 2016, § 442 Rdnr. 1). Vorliegend hat der Senat keine Zweifel, dass Text und Unterschrift von der Erblasserin stammen. Das Schriftbild ist einheitlich. Charakteristische Einzelheiten, wie etwa der Oberstrich des Großbuchstaben ‚T‘ oder der gleichartige Aufstrich des großen ‚L‘ und des großen ‚G‘, aber auch wie das große ‚P‘ im Text und in der Unterschrift unter dem Testament von 1973 lassen keine vernünftigen Zweifel offen.

Der Vortrag der Beteiligten zu 1, 3, 5 und 6 aus der Beschwerdeerwidderung vom 13.1.2017, bei dem Testament aus dem Jahr 2001 stamme weder der Text noch die Unterschrift von der Erblasserin, verfährt ebenfalls nicht. Zum einen setzen sich die Beteiligten insoweit in Widerspruch zu dem Vorbringen der Beteiligten zu 1. In ihrem Antrag vom 16.6.2016 vor dem AG Osnabrück, in dem die Beteiligte zu 1 behauptet hat, die Unterschrift stamme von der Erblasserin, nicht jedoch der Text des Testaments. Zum anderen zeigt aber auch der Unterschriftenvergleich zwischen dem Testament von 1973 und dem Testament von 2001 unzweideutig denselben Urheber der Unterschriften. Vor diesem Hintergrund bestehen für den Senat keine Zweifel an der Urheberschaft der Erblasserin an der Unterschrift und dem Testamentstext.

Vor diesem Hintergrund kommt es auch nicht darauf an, ob die Erblasserin zu Lebzeiten gegenüber der Zeugin EE angegeben hat, ‚dass ein weiteres Testament nicht bestehen würde‘. Denn es ist durchaus vorstellbar, dass die Erblasserin dies wahrheitswidrig behauptet hat, um weiteren Nachfragen zu entgehen. Das Schriftbild ist für den Senat so eindeutig, dass eine solche Behauptung der Erblasserin nicht geeignet wäre, Zweifel an ihrer Urheberschaft zu begründen. Dies gilt umso mehr, als auch die Beteiligte zu 4. angegeben hat, Kenntnis von dem Testament von 2001 zu haben, das dem Willen der Erblasserin entsprochen habe.“

10 3. Mit ihrer Klage hat die Klägerin die Feststellung begehrt, dass sie zu 1/6 Erbin geworden ist. Sie hat im Wesentlichen ihren Vortrag aus dem Nachlassverfahren wiederholt. Sie hat vorgetragen, weder der Text noch die Unterschrift des Testaments von 2001 stammten von der Erblasserin.

11 Die Beklagten haben Klageabweisung begehrt und ebenfalls im Wesentlichen wie im Nachlassverfahren argumentiert. Sie haben die Behauptung der Klägerin, weder Text noch Unterschrift des Testaments von 2001 stammten von der Erblasserin für eine unbeachtliche Behauptung „ins Blaue hinein“ gehalten.

12 Das LG hat der Klage stattgegeben. Die Klägerin sei aufgrund des Testaments von 1973 Erbin zu 1/6 geworden. Das Testament von 2001 sei aufgrund der Bindungswirkung des Testaments von 1973 unwirksam. Das Wort „Abkömmlinge“ im Testament von 1973 sei nicht im Rechtssinne, sondern als „Kinder“ auszulegen. Hierfür spreche, dass bei Abfassung des Testaments noch nicht festgestanden habe, welche und wie viele Abkömmlinge es später einmal geben werde. Auch die Tatsache, dass das Testament von 1973 als Berliner Testament ausgestaltet sei, stütze diese Auslegung. Auch der Ausdruck „gemeinschaftliche“ spreche dafür, dass nur die gemeinschaftlichen Kinder, nicht aber gemeinschaftliche Enkelkinder gemeint gewesen seien.

13 4. Gegen diese Entscheidung wenden sich die Beklagten mit ihrer Berufung, mit der sie ihr erstinstanzliches Vorbringen wiederholen und vertiefen. Sie schließen sich im Übrigen den Ausführungen des Senats im Nachlassverfahren an. Hilfsweise machen sie geltend, dass jedenfalls die Erbeinsetzung der Beklagten zu 1. wirksam wäre, so dass der Anspruch der Klägerin in dem geltend gemachten Umfang nicht bestehe.

14 Sie beantragen,

das Urteil des LG Osnabrück vom 24.5.2018 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

15 Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

16 Die Klägerin hat in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat erklärt, die Unterschrift unter dem Testament könne doch von ihrer Mutter stammen.

17 Der Senat hat ein Sachverständigengutachten eingeholt. Die Sachverständige kommt in ihrem Gutachten vom 6.5.2019 zu dem Ergebnis, dass der Text des Testaments mit hoher Wahrscheinlichkeit von der Erblasserin geschrieben worden ist.

18 Die Klägerin zweifelt das Ergebnis des Sachverständigengutachtens an und legt ein weiteres Dokument vor, von dem sie behauptet, es trage die Handschrift der Erblasserin (...).

19 Der Senat hat die Sachverständige im Termin angehört.

20 II. Die zulässige Berufung ist auch begründet.

21 Die Klägerin ist nicht Erbin zu 1/6 geworden.

22 Sie ist durch das Testament der Erblasserin aus dem Jahr 2001 enterbt worden.

23 1. Das Testament ist wirksam. Die Authentizität der Unterschrift hat auch die Klägerin zuletzt nicht mehr bestritten. Nach dem Sachverständigengutachten ist mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit – also mit einer Wahrscheinlichkeit, die mit 95 % bewertet werden kann – davon auszugehen, dass die Erblasserin auch den Text des Testaments selbst geschrieben hat. Für den Senat steht damit mit einer Sicherheit, die vernünftigen Zweifeln Einhalt gebietet fest, dass das Testament von der Erblasserin selbst geschrieben wurde.

24 (...) Konkrete Anhaltspunkte, dass die Wertungen des Gutachtens unzutreffend seien, werden von den Beteiligten nicht geltend gemacht. Im Rahmen der mündlichen Verhandlung vor dem Senat hat die Sachverständige ausgeführt, dass der von ihr festgestellte Grad der Wahrscheinlichkeit („mit hoher Wahrscheinlichkeit“) einer Wahrscheinlichkeit von 95 % gleichkomme. Sie sei nur deswegen nicht zu einem noch eindeutigeren Ergebnis gekommen, weil sie verhältnismäßig wenig Vergleichsmaterial zur Verfügung gehabt habe. Für einzelne Buchstaben habe sie keinerlei Vergleichsmöglichkeit gehabt. Das vorgelegte Material sei aber in sich homogen gewesen und habe die Schreibweise der Erblasserin gut abgebildet. Die Befunde sprächen eindeutig für die Echtheit. Zweifel hätten sich nicht ergeben. Insofern sei auch die Menge des Vergleichsmaterials ausreichend, um ihr Ergebnis zu stützen. Der handschriftliche Vermerk auf dem von der Klägerin vorgelegten Schriftstück des AG Bunde vom 29.3.1979 passe in keiner Weise zu dem übrigen vorgelegten Material und sei nicht von der Erblasserin verfasst worden. Die Schriften stammten offenbar nicht aus derselben Hand.

25 2. Das Testament ist auch im Übrigen wirksam. Die Erblasserin war durch das gemeinschaftliche Ehegattentestament nicht gehindert, die Beklagten zu ihren Erben einzusetzen. (...)

26 Für eine Auslegung des Wortes „Abkömmlinge“ im Testament von 1973 im Sinne des BGB (§ 1924 BGB) spricht ganz entscheidend, dass die Erblasserin, die das Testament von 1973 mit verfasst hat, bei Abfassung des Testaments von 2001 offenbar ohne Weiteres davon ausging, auch ihren Enkel zum Erben berufen zu können.

27 Es ist im Übrigen auch plausibel, dass Menschen für den Fall ihres Ablebens auch ihre Enkel direkt bedenken wollen. Denn häufig sind beim Versterben der Großeltern die Enkel gerade in einem Alter, in dem sie sich ein eigenes Lebensumfeld schaffen und finanzielle Unterstützung nötig haben, während die Kinder der Erblasser bereits eine gesicherte Lebensstellung haben und daher nicht auf das vollständige Erbe „nach Stämmen“ angewiesen sein. Es ist dann auch weiter plausibel, dass die Erblasser eine gleichmäßige Verteilung zwischen allen Abkömmlingen für gerecht halten und nicht eine Verteilung nach Stämmen, nach der der Umfang der Partizipation der Enkelkinder am Erbe letztlich davon abhängt, wie viele Geschwister sie haben.

28 Die gegenläufige Argumentation überzeugt nicht: Dass 1973 noch nicht feststand, wie viele Abkömmlinge es später einmal geben werde, spricht nicht für eine Auslegung des Wortes „Abkömmlinge“ als „Kinder“. Denn es ist durchaus vorstellbar, dass die Eheleute alle Abkömmlinge gleichbehandeln und eben nicht nach Stämmen vererben wollten. Das

Testament von 1973 unterscheidet sich in eben diesem Punkt wesentlich von einem Berliner Testament, das der beurkundende Notar, wenn es denn so gewollt gewesen wäre, auch entsprechend formuliert hätte. Der Gebrauch des Wortes „Abkömmlinge“ in einem notariellen Testament spricht dafür, dass auch „Abkömmlinge“ gemeint war – und eben nicht nur „Kinder“. Das Wort „gemeinschaftlich“ spricht nicht dafür, dass nur die Kinder erben sollten. Denn „gemeinschaftlich“ sind auch die Enkelkinder.

29 3. Aber auch, wenn man das Wort „Abkömmlinge“ im Sinne des LG als „Kinder“ versteht, ist die Klägerin nicht Erbin zu 1/6 geworden, so dass die Klage der Abweisung unterliegt.

30 Denn in diesem Falle wäre das Testament nur in Bezug auf die Erbeinsetzung des Beklagten zu 2. unwirksam. Die Erbeinsetzung der Beklagten zu 1 zu 1/2 hätte dagegen Bestand. Denn nach § 2085 BGB hat die Unwirksamkeit einer von mehreren in einem Testament enthaltenen Verfügungen die Unwirksamkeit der übrigen Verfügungen nur zur Folge, wenn anzunehmen ist, dass der Erblasser diese ohne die unwirksame Verfügung nicht getroffen hätte. Vorliegend kann nicht festgestellt werden, dass die Erblasserin eine solche Abhängigkeit ihrer Verfügungen untereinander beabsichtigt hätte.

31 Wäre die Erbeinsetzung des Beklagten zu 2 ungültig, würde das zu einer Anwachsung des Erbteils von 1/2 zum Erbteil der Beklagten zu 1 führen, sodass diese Alleinerbin wäre. Gemäß § 2094 BGB findet bei einer Erbeinsetzung mehrerer Personen, die die gesetzliche Erbfolge ausschließt, beim Wegfall eines Erben eine Anwachsung bei den verbliebenen Erben statt.

32 Streitig ist zwar, ob ein Erbe auch „wegfällt“, wenn seine Einsetzung nichtig ist. Für die Bejahung einer Anwachsung auch in diesen Fällen spricht, dass dies dem Willen des Erblassers Rechnung trägt, über den gesamten Nachlass abweichend von der gesetzlichen Erbfolge vollständig zu verfügen (vgl. *Erman*, BGB, 15. Aufl., § 2094 Rdnr. 2; BeckOK-BGB, § 2094 Rdnr. 2 m. w. N.: KG, NJW 1956, 1523 m. w. N.; *Lange/Kuchinke*, ErbR, § 27 VII 2; MünchKomm-BGB/*Schlichting*, § 2094 Rdnr. 3; für analoge Anwendung: *Kipp/Coing*, ErbR, § 45 I 3 b). Für den Erblasser macht es keinen Unterschied, ob eine Erbeinsetzung von vornherein nichtig ist oder der Erbe später wegfällt. Auch dies spricht für eine Anwachsung in diesen Fällen (MünchKomm-BGB/*Rudy*, § 2094 Rdnr. 3, beck-online).

33 Auch im Falle des § 2096 BGB wird unstreitig davon ausgegangen wird, dass unter einem „Wegfall“ auch die von Anfang an nichtige Erbeinsetzung zu verstehen sei. Insofern wäre es systemwidrig, beide Begriffe unterschiedlich auszulegen. Zudem hat § 2089 BGB lediglich die rechnerische Ermittlung eines bereits ursprünglich feststehenden, nur falsch berechneten Erbteils zum Gegenstand (HK-BGB/*Thomas Hoeren*, § 2094 Rdnr. 1-4, beck-online). Demgegenüber geht der Erblasser, dessen Erbeinsetzung hinsichtlich eines Miterben unwirksam ist, nicht von Anfang an davon aus, die übrigen Erben auf sein ganzes Vermögen einzusetzen. Daher liegt es mit KG, NJW 56, 1523 näher, § 2094 BGB bei Nichtigkeit der Erbeinsetzung entspr. anzuwenden (HK-BGB/*Thomas Hoeren*, 10. Aufl. 2019, § 2094 Rdnr. 3).

(...)

ANMERKUNG:

Von Notar Dr. **Stefan Bandel**, Passau

Das OLG Oldenburg entscheidet über die Auslegung eines notariellen gemeinschaftlichen Testaments aus dem Jahre 1973. Die gute Nachricht: Es entscheidet meines Erachtens im Ergebnis zweimal richtig, sowohl als Beschwerdegericht im Erbscheinverfahren als auch in der abgedruckten Entscheidung als Berufungsgericht unter Aufhebung der gegenteiligen Feststellungsentscheidung des LG Osnabrück.

Die schlechte Nachricht: Da die erste Instanz sowohl im Erbscheinverfahren als auch auf Feststellungsklage jeweils gegenteilig entschieden hat, scheint das Testament nicht eindeutig formuliert worden zu sein.

Die zwei entscheidenden Sätze (es handelt sich um die Sätze 2 und 3) im Testament lauteten wie folgt:

„2. Zu Erben des Überlebenden von uns berufen wir unsere gemeinschaftlichen Abkömmlinge zu gleichen Teilen.

3. Der Überlebende erhält jedoch das Recht, die Erbfolge unter den gemeinschaftlichen Abkömmlingen abändern und anderweitig bestimmen zu können.“

Streitig war, ob mit dem Begriff „Abkömmlinge“ dem Wortlaut gemäß sämtliche Abkömmlinge der Ehegatten gemeint waren, oder enger nur deren „Kinder“. Dies war entscheidend, da die Erblasserin später einseitig durch privatschriftliches Testament statt der sechs Kinder nur ein Kind und ein Enkelkind zu hälftigen Erben eingesetzt hat.

Das OLG Oldenburg entscheidet zugunsten des dem Wortlaut gemäßen weiten Verständnisses und begründet dies u. a. auch damit, dass die Formulierung durch einen Notar dafür spricht, dass dieser den Begriff Abkömmlinge in der gesetzlichen Bedeutung verwendet. Nun wird man 47 Jahre nach Errichtung des Testaments selten sicher herausfinden können, was die Ehegatten damals wirklich wollten und was der Notar gedacht hat. Die Unterstellung, dass der Notar den Begriff Kinder verwendet, wenn er nur diese und nicht sämtliche Abkömmlinge bezeichnen will, ist aber sicher nicht gewagt.

Bemerkenswert ist bei der Begründung der Entscheidung jedoch einiges:

Das OLG sieht ein wesentliches Indiz für seine Auslegung darin, dass die Erblasserin bei der Abfassung ihres Änderungstestaments davon ausging, dies zu können.¹ Dafür spricht in der Tat, dass sie die einzige war, die sicher wissen konnte, was im gemeinsamen Testament gewollt war. Andererseits entscheidet damit die durch wechselbezügliche Verfügungen Gebundene darüber, in welchem Umfang sie gebunden ist, eine Regel, die wohl kaum zu einer Verallgemeinerung taugt.

Das OLG hält es auch für plausibel, dass Erblasser ihre sechs Kinder und daneben alle zum Zeitpunkt der Testamenterrichtung noch nicht geborenen Enkel (und ggf. auch Urenkel) zu untereinander gleichen Teilen beerben wollen.²

¹ Rdnr. 26 der besprochenen Entscheidung.

² Rdnr. 27 f. der besprochenen Entscheidung.

Ausgeschlossen ist ein solcher Wille natürlich nicht, er erscheint mir zum besagten Zeitpunkt aber eher unwahrscheinlich. Näher liegt die Auslegung, dass die gesetzliche Erbfolge nach Stämmen gemäß § 1924 Abs. 1-3 BGB hier angeordnet wurde, leider aber mit schlampiger Formulierung. Dies ist aber nicht gleichzusetzen mit einer Erbeinsetzung der „Kinder“.

Anders als scheinbar alle Instanzen meinen, kommt es in diesem Fall darauf aber überhaupt nicht an. Dies liegt daran, dass das notarielle Testament zwar in beiden vorgenannten Sätzen den Begriff „gemeinschaftliche Abkömmlinge“ verwendet, derselbe Begriff aber im Kontext nicht in beiden Sätzen dasselbe bedeutet und darüber hinaus die unterschiedliche Bedeutung äußerst sinnvoll ist.

Im Satz 2 bestimmen die Eheleute die Schlusserben. Nur dort ist es wichtig und richtig zu klären, ob dadurch sämtliche Abkömmlinge zu gleichen Teilen berufen sind oder nur die ersten des jeweiligen Stammes gemäß der gesetzlichen Regelung, denn im Todeszeitpunkt folgt daraus dann zwingend genau eine Erbfolge. Im Satz 3 wird das Recht vorbehalten, „die Erbfolge unter den gemeinschaftlichen Abkömmlingen abändern und abweichend bestimmen zu können.“ Für den hierdurch eröffneten Umfang der Testierfreiheit hat die gesetzliche Erbregel des § 1924 BGB keinerlei Bedeutung, die gemeinschaftlichen Abkömmlinge sind insoweit eine Gruppe ohne Rangordnung. Anders als im Satz 2 macht dieses weite Verständnis hier auch unzweifelhaft Sinn, denn die mögliche Änderung kann zu Zeitpunkten erfolgen, in denen Enkel und ggf. sogar Urenkel nicht nur vorhanden sind, sondern auch aufgrund von Entwicklungen, die 1973 noch nicht vorhergesagt werden konnten, ihre Beerbung statt der Beerbung von Kindern geboten sein kann.

Anstatt sich mit der Auslegung des Satzes 2 abzumühen und das mühsam gewonnene, nicht unzweifelhafte Ergebnis dann ohne weiteres Nachdenken zu übertragen, hätten die Gerichte besser unmittelbar den Satz 3 in den Blick genommen, da hier das wortgemäße Verständnis des Begriffs Abkömmlinge überhaupt keine Zweifel weckt. Wenn man das Änderungstestament isoliert betrachtet für wirksam hält, spielt Satz 2 des Testaments keine Rolle mehr; es ist gleichgültig, ob er alle Abkömmlinge zu gleichen Teilen oder nur die Abkömmlinge nach der gesetzlichen Erbregel (Erbfolge nach Stämmen) meint. Sicher nicht gemeint sind exklusiv die Kinder.

Es wäre riskant und irreführend, die durch das OLG Oldenburg gewonnene Erkenntnis zu verallgemeinern. Wäre das Testament nicht notariell gewesen, wäre die Verwendung des Begriffs „Abkömmlinge“ weniger eindeutig, mit dem Modell des Berliner Testaments hat die Erkenntnis nichts zu tun, denn die Auslegungsprobleme des Satzes 2 können sich auch in einem Einzeltestament ergeben, und „leibliche“ Kinder spielen im Fall gar keine Rolle.

Wichtiger jedoch ist die Frage, wie der Notar vermeiden kann, dass es überhaupt zu solchen Entscheidungen kommen muss. Hier gibt der entschiedene Fall meines Erachtens Anlass zu zwei Empfehlungen:

1. Auch eine nach dem Wortlaut scheinbar eindeutige Verfügung sollte jedenfalls dann durch Zusätze verdeutlicht werden, wenn sie eher Unübliches anordnet. Für Satz 2 des Testaments könnte dies wie folgt formuliert werden:

Zu Erben des Überlebenden von uns berufen wir unsere gemeinschaftlichen Abkömmlinge, d. h. abweichend von der gesetzlichen Erbfolge nach Stämmen sämtliche zum Zeitpunkt des Erbfalls vorhandenen gemeinsamen Kinder, Enkel und Urenkel etc., zu gleichen Teilen.

2. Der beschränkte Änderungsvorbehalt sollte möglichst umfassend alle Möglichkeiten angeben, die er erfassen soll. Satz 3 des Testaments lässt hier vieles offen, sodass durch Streit darüber möglich ist, ob auch Vermächtnisse und Auflagen im Kreis der Abkömmlinge zulässig sind, Testamentsvollstreckung angeordnet werden kann, andere Personen als Abkömmlinge zu Testamentsvollstreckern berufen werden dürfen und ggf. auch eine Schiedsverfügung zulässig ist. Dies könnte so³ lauten:

Der Überlebende von uns ist berechtigt, die Schlusserbeinsetzung jederzeit einseitig durch letztwillige Verfügung innerhalb der gemeinsamen Abkömmlinge beliebig abzuändern; er kann dabei insbesondere andere Erbquoten festsetzen, Vermächtnisse, Auflagen und Teilungsanordnungen treffen oder auch einzelne Abkömmlinge von der Erbfolge ausschließen. Im Rahmen dieses Vorbehalts kann der Überlebende von uns jedoch nur unter den gemeinsamen Abkömmlingen (Kinder und deren Nachfahren) eine abweichende Verteilung vornehmen. Der Nachlass muss ungeschmälert mindestens an einen der gemeinsamen Abkömmlinge fallen.

Die Anordnung von Testamentsvollstreckung ist (nicht/nur insoweit) zulässig, wenn ein Abkömmling dieses Amt übernimmt). Die Anordnung einer Schiedsverfügung gemäß § 1066 ZPO ist (nicht) zulässig, ggf. zusätzlich: Darüber hinaus ist der Überlebende von uns berechtigt, dritten Personen durch Vermächtnis diejenigen Vermögensgegenstände zuzuwenden, die er nach dem Tod des Erstversterbenden von uns hinzu erworben hat, soweit sie nicht wirtschaftlich Ersatz oder Ertrag des beim ersten Erbfall vorhandenen Vermögens sind. Wurden durch solche hinzuerworbenen Vermögenswerte Verbindlichkeiten getilgt, die bereits beim Tod des Erstversterbenden vorhanden waren, dürfen auch Vermächtnisse in Höhe dieser Beträge ausgesetzt werden.

Auf Verlangen eines Schluss- oder Ersatzschlusserben ist beim Tod des Erstversterbenden ein Vermögensverzeichnis zu erstellen.

Soweit nach den vorstehenden Regelungen Verfügungen wirksam getroffen werden können, verstoßen auch lebzeitige Verfügungen nicht gegen die Bindungswirkung.

³ Vgl. alternativ *Braun*, Nachlassplanung bei Problemkindern, 2. Aufl. 2018, Rdnr. 340 (S. 358); *Dorsel*, Kölner Formularbuch Erbrecht, 3. Aufl. 2020, Kapitel 7 Muster 5 nach Rdnr. 12; Würzburger Notarhandbuch/*Keim*, 5. Aufl. 2018, Teil 4 Kapitel 1 Rdnr. 338; *Reimann/Bengel/Dietz*, Testament und Erbvertrag, 7. Aufl. 2020, Teil 2 Rdnr. 36.

HANDELSRECHT, GESELLSCHAFTSRECHT, REGISTERRECHT

19. Eintragung einer „gUG (haftungsbeschränkt)“

BGH, Beschluss vom 28.4.2020, II ZB 13/19 (Vorinstanz: OLG Karlsruhe, Beschluss vom 26.4.2019, 11 W 59/18)

FamFG § 70 Abs. 1, §§ 71, 74 Abs. 5, § 382 Abs. 4 Satz 2 GmbHG §§ 5a, 4 Satz 2 HGB §§ 17, 18 Abs. 2

LEITSATZ:

Eine gemeinnützige Unternehmergeellschaft (haftungsbeschränkt) kann mit „gUG (haftungsbeschränkt)“ eingetragen werden.

Der Volltext der Entscheidung erscheint demnächst in der DNotZ.

•

20. Vorlage einer Schlussbilanz bei Verschmelzung zweier Vereine

OLG Köln, Beschluss vom 10.2.2020, 2 Wx 28/20, mitgeteilt von **Werner Sternal**, Vorsitzender Richter am OLG Köln

UmwG §§ 17, 22 ff., 99

LEITSATZ:

Eine Verschmelzung zweier Vereine kann nur im Register eingetragen werden, wenn eine den Anforderungen des § 17 Abs. 2 UmwG entsprechende Schlussbilanz vorgelegt wird. (Leitsatz der Schriftleitung)

SACHVERHALT:

1 I. Mit Schriftsatz seines Verfahrensbevollmächtigten vom 29.7.2019 hat der Antragsteller beglaubigte Abschriften der Vereinsregisteranmeldung vom 16.7.2019 (UR Nr. 1153/2019 des Notars Dr. K [...]), des Protokolls über die Mitgliederversammlung des Bundesverbands M e. V. vom 13.12.2014 (...), des Verschmelzungsberichts vom 13.12.2014 (...) und des Verschmelzungsvertrages vom 13.12.2014 betreffend die Verschmelzung des „Landesverband NRW“ als übertragendem Rechtsträger auf den Bundesverband M e. V. per 1.1.2015 (UR Nr. 260 für 2014 der Notarin K in Berlin [...]) mit der Bitte um Eintragung eingereicht. Laut § 6 Ziffer 1. des Verschmelzungsvertrages handelt es sich bei beiden Vereinen um nichtwirtschaftliche Vereine im Sinne des § 21 BGB. Nach Angaben des Antragstellers ist die Verschmelzung im Jahre 2016 bei dem für den Bundesverband M e. V. zuständigen Registergericht (AG Mainz VR ...) angemeldet worden.

2 Mit Schreiben vom 24.9.2019 hat der Registerrechtspfleger um Übersendung einer Schlussbilanz des übertragenden Rechtsträgers nach § 17 Abs. 2 UmwG gebeten, die nicht älter als acht Monate sein solle (...). In der Folge ist ein Kassenbericht 2016 vom 2.1.2017 (...) eingereicht und mitgeteilt worden, die Erstellung einer aktuelleren Bilanz sei nicht möglich, weil das Vermögen bereits auf den übernehmenden Rechtsträger übergegangen sei (...).

3 Mit am 13.12.2019 erlassenem Beschluss vom 12.12.2019 hat der Registerrechtspfleger des AG Köln die Anmeldung vom 29.7.2019

zurückgewiesen und dem Beteiligten die Kosten des Verfahrens auferlegt (...). Zur Begründung hat er unter Verweis auf § 17 Abs. 2 UmwG ausgeführt, der Stichtag der vorgelegten Schlussbilanz liege mehr als acht Monate zurück.

4 Gegen den ihm zu Händen des verfahrensbevollmächtigten Notars am 17.12.2019 zugestellten (...) Beschluss hat der Beteiligte mit einem bei dem AG Köln ausweislich eines angebrachten Stempels spätestens am 13.1.2020 eingegangenen Schriftsatz seines Verfahrensbevollmächtigten vom 9.1.2020 (...) Beschwerde eingelegt. Er macht geltend, die Einreichung einer Schlussbilanz nach § 17 Abs. 2 UmwG sei entbehrlich, wenn der übertragende Verein nicht bilanzierungspflichtig sei und auch freiwillig keine Bücher führe. Letzteres treffe auf den Landesverband NRW zu. Das Vermögen sei bereits auf den übernehmenden Verein übertragen und die Erstellung eines neuen Kassenberichts aus tatsächlichen Gründen unmöglich. Der Registerrechtspfleger hat dem Rechtsmittel nicht abgeholfen und die Sache zur Entscheidung dem OLG vorgelegt (...).

AUS DEN GRÜNDEN:

5 II. Die zulässige Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg. Das Registergericht hat die Anmeldung vom 29.7.2019 mit Recht zurückgewiesen, weil eine den Anforderungen des § 17 Abs. 2 UmwG entsprechende Schlussbilanz des Beteiligten nicht vorgelegt worden ist. Nach § 17 Abs. 2 Satz 4 UmwG darf eine Verschmelzung nur eingetragen werden, wenn die Schlussbilanz auf eine höchstens acht Monate vor der Anmeldung liegenden Stichtag aufgestellt worden ist. Diese Voraussetzung erfüllt der vorgelegte Kassenbericht für 2016 nicht.

6 Zwar wird in der Literatur vertreten, der Aufstellung einer Schlussbilanz nach § 17 Abs. 2 UmwG bedürfe es nur, wenn zumindest einer der beiden an der Verschmelzung beteiligten Vereine nach kaufmännischen Regeln bilanzierungspflichtig seien, weshalb es einer solchen Bilanz dann nicht bedürfe, wenn weder der übertragende noch der aufnehmende Verein bilanzierungspflichtig sei und ersterer auch nicht freiwillig oder aufgrund einer innerverbandlichen Vorgabe entsprechende Abschlüsse erstelle (Lutter/*Hennrichs*, UmwG, 6. Aufl. 2019, § 99 Rdnr. 40 ff., Kölner Kommentar zum UmwG/*Leuering*, 2009, § 99 Rdnr. 84). Nach dieser Ansicht begründe die Vorschrift keine Pflicht zur Bilanzierung, sondern setze eine solche vielmehr voraus. Gegen ein solches Verständnis spricht indes nicht nur der Gesetzeswortlaut, der nicht an eine generelle Bilanzierungspflicht nach kaufmännischen Regeln anknüpft, sondern auch der Gesetzeszweck. Sinn und Zweck der Schlussbilanz bei der Verschmelzung bestehen darin, dass sie den Gläubigern des übertragenden Rechtsträgers als Wertnachweis und Beurteilungsgrundlage für ihre Rechte nach §§ 22 ff. UmwG dienen soll (Widmann/Mayer/*Vossius*, Umwandlungsrecht, Stand: 1.7.2017, Rdnr. 118 ff.). Zudem könnten Gläubiger des aufnehmenden Vereins aus der Schlussbilanz des übertragenden Rechtsträgers Anhaltspunkte ersehen, Sicherheitsleistung zu verlangen, wenn auf den „guten“ Verein ein „schlechter“ Verein verschmolzen wird (eine solches Interesse von Gläubigern des aufnehmenden Vereins räumt die Gegenansicht ein, vgl. Lutter/*Hennrichs*, UmwG, Rdnr. 41). Soweit diese Gegenansicht dem entgegengesetzt, dem Gesichtspunkt des Gläubigerschutzes komme im Vereinsrecht im Allgemeinen nur untergeordnete Bedeutung zu, vermag der Senat dem nicht zu folgen: Inwieweit das Vereinsrecht im Allgemeinen Gläubigerschutzgedanken Rechnung trägt, gibt nichts für die Auslegung des Verschmelzungs-

rechts her und schließt ein besonderes Gläubigerschutzbedürfnis bei einem solchen Vorgang, dem die §§ 22 ff. UmwG Rechnung tragen, nicht aus. Dieser Gesichtspunkt trägt die Auffassung, dass § 17 Abs. 2 UmwG eine spezielle, ereignisbezogene Bilanzierungspflicht begründet, die unabhängig von einer generellen Bilanzierungspflicht nach kaufmännischen Regeln besteht.

7 Das Vorbringen, das Vermögen sei bereits auf den aufnehmenden Verein übertragen, vermag der Beschwerde ebenfalls nicht zum Erfolg zu verhelfen. Denn es ist dem Beteiligten selbst zuzurechnen, dass die Anmeldung nicht zu einer Zeit erfolgt ist, als noch die Beifügung einer die zeitlichen Anforderungen des § 17 Abs. 2 UmwG erfüllenden Schlussbilanz möglich gewesen wäre.

21. Anmeldung der Auflösung einer Ein-Personen-GmbH elektronisch in öffentlich beglaubigter Form

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22.1.2020, 3 Wx 52/19

BGB §§ 128, 129

BeurkG § 39a

FamFG §§ 58, 68 Abs. 1 Satz 1, § 374 Nr. 1, § 382 Abs. 3

GmbHG § 60 Abs. 1 Nr. 2, § 65 Abs. 1 Satz 1

HGB § 12

LEITSÄTZE:

1. Die Anmeldung einer aufgrund – formlos wirksamen – Auflösungsbeschlusses erfolgten Auflösung einer Ein-Personen-GmbH ist elektronisch in öffentlich beglaubigter Form zur Eintragung in das Handelsregister einzureichen.
2. Ist – wie hier – ein notariell beurkundetes Dokument oder eine öffentliche beglaubigte Abschrift einzureichen, so ist ein Dokument mit einem einfachen elektronischen Zeugnis nach § 39a BeurkG zu übermitteln, das entweder durch Scannen des Papierdokumentes oder durch Herstellen einer „elektronischen Leseabschrift“ kreiert werden kann.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. In der Gesellschafterversammlung vom 10.1.2019 hat der alleinige Gesellschafter und bisherige Geschäftsführer der Beteiligten ihre Auflösung beschlossen und dies am gleichen Tag zur Eintragung im Handelsregister angemeldet.

2 Der Notar hat die Anmeldung und das Protokoll der Gesellschafterversammlung dem Registergericht elektronisch übermittelt. Anmeldung und Protokoll sind gestempelt mit „Beglaubigte Fotokopie“ und tragen anstelle der Unterschrift des Geschäftsführers / alleinigen Gesellschafters dessen maschinengeschriebenen Namen mit dem Zusatz „gez. ...“.

3 Mit der Anmeldung hat der Notar dem Registergericht elektronisch eine Beglaubigung der vor ihm geleisteten Namens-

unterschrift des alleinigen Gesellschafters / Geschäftsführers der Beteiligten übermittelt, die anstelle seines Siegels und seiner Unterschrift den maschinengeschriebenen Zusatz „L. S. gez. ..., Notar“ trägt.

4 Zu den elektronischen Übermittlungen der Anmeldung und des Protokolls über die Gesellschafterversammlung hat der Notar jeweils in einem elektronischen Vermerk erklärt:

„Hiermit beglaubige ich die Übereinstimmung(,) der in dieser Datei enthaltenen Bilddaten (Abschrift) mit dem mir vorliegenden Papierdokument (Beglaubigte Fotokopie).“

5 Das Registergericht hat den Eintragungsantrag mit dem angefochtenen Beschluss zurückgewiesen. Weder die Anmeldung noch der Gesellschafterbeschluss/das Protokoll der Gesellschafterversammlung entsprächen der erforderlichen Form des § 12 HGB. Der Notar bescheinige in seinem elektronischen Beglaubigungsvermerk bei beiden Dokumenten die Übereinstimmung der – übermittelten – Bilddaten mit dem ihm vorliegenden Papierdokument. Diese Papierdokumente seien überschrieben mit „beglaubigte Fotokopie“, sie seien aber (tatsächlich) keine beglaubigten Abschriften.

6 Von der Originalanmeldung könne eine beglaubigte Abschrift als beglaubigte Fotokopie nach § 42 BeurkG oder als elektronische Abschrift erstellt werden. Hier fehle der Vermerk gemäß § 42 BeurkG (gemeint ist wohl die Feststellung, ob die Urkunde eine Urschrift, eine Ausfertigung, eine beglaubigte oder einfache Abschrift ist, § 42 Abs. 1 BeurkG) und es sei auch nicht erkennbar, dass es sich um eine Fotokopie der Originalurkunde handele, denn Originalunterschriften und Siegel fehlten. Der Notar habe mithin gerade keine (Foto-)Kopie erstellt.

7 Der Notar hat in der Beschwerde für die Beteiligte den Ablauf der Entstehung der Urkunden wie folgt erläutert:

8 Nach Erstellen des Originals werde die „Fotokopie“ gefertigt, und zwar so wie es bei beglaubigten Kopien, Abschriften und Ausfertigungen üblich sei mit „gez. Namensunterschrift“ und „L. S.“ für das Dienstsiegel. Diese „Fotokopie“ werde dann gescannt und elektronisch beglaubigt. Das genüge den formellen Voraussetzungen von § 12 HGB und § 39a BeurkG.

9 Das Registergericht hat der Beschwerde nicht abgeholfen und sie dem Senat mit Beschluss vom 7.3.2019 zur Entscheidung vorgelegt. Eine Fotokopie sei eine fotografisch hergestellte Kopie und gebe die Urschrift mit den Unterschriften und dem Siegel wieder. Gerade das sei aber bei den (elektronisch) übermittelten Dokumenten nicht der Fall.

(...)

11 II. Das Rechtsmittel des Beteiligten ist als Beschwerde gemäß §§ 58 ff., 382 Abs. 3, § 374 Nr. 1 FamFG statthaft und auch im Übrigen zulässig. Es ist dem Senat aufgrund der vom Registergericht mit weiterem Beschluss vom 7.3.2019 ordnungsgemäß beschlossenen Nichtabhilfe zur Entscheidung angefallen, § 68 Abs. 1 Satz 1 Hs. 2 FamFG.

12 Das Rechtsmittel hat in der Sache Erfolg. Das Registergericht hat den Eintragungsantrag zu Unrecht mit der Begründung zurückgewiesen, die Anmeldung entspreche nicht der nach § 12 HGB erforderlichen Form.

13 Aufgrund des Gesetzes über elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister sowie das Unternehmensregister (EHUG) vom 10.11.2006 ist § 12 HGB geändert worden. Anmeldungen zur Eintragung in das Handelsregister sind (nur noch) in elektronischer Form einzureichen. Daher ist es nicht (mehr) möglich, die Handelsregisteranmeldung im Original mit einem Beglaubigungsvermerk an das Registergericht zu senden, vielmehr sind die Dokumente in elektronischer Form zu übermitteln (vgl. schon LG Hagen, Beschluss vom 21.6.2007, 24 T 3/07, BeckRS 2007, 15175).

14 Allerdings werden die einzureichenden Dokumente in aller Regel in Papierform errichtet. Zwingend ist dies für alle Dokumente, die notariell beurkundet, § 128 BGB, oder öffentlich beglaubigt werden, § 129 BGB, weil das deutsche Recht bislang weder eine originär elektronische Niederschrift noch eine öffentliche Beglaubigung einer elektronischen Signatur kennt. Daher kann die öffentliche Beglaubigung der Handelsregisteranmeldung, § 12 Abs. 1 Satz 1 HGB, nur durch Beglaubigung der Unterschrift in Papierform gewahrt werden.

15 Hier ist die Beteiligte durch den – formlos wirksamen – Auflösungsbeschluss vom 10.1.2019 aufgelöst worden, § 60 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG. Die Auflösung ist gemäß § 65 Abs. 1 Satz 1 GmbHG zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden und die Anmeldung zur Eintragung in das Handelsregister ist elektronisch in öffentlich beglaubigter Form einzureichen, § 12 Abs. 1 Satz 1 HGB.

16 Da die Anmeldung in Papierform errichtet wurde, ist mithin eine elektronische Aufzeichnung zu fertigen. Dabei gilt nach § 12 HGB Folgendes:

17 Ist eine Urschrift oder eine einfache Abschrift einzureichen oder ist für das Dokument Schriftform bestimmt, ist also keine öffentliche Urkunde einzureichen, so genügt es, eine elektronische Aufzeichnung des Dokuments zu übermitteln, § 12 Abs. 2 Satz 2 Hs. 1 HGB.

18 Ist – wie hier – ein notariell beurkundetes Dokument oder eine öffentliche beglaubigte Abschrift einzureichen, so ist ein Dokument mit einem einfachen elektronischen Zeugnis nach § 39a BeurkG zu übermitteln, § 12 Abs. 2 Satz 2 Hs. 2 HGB.

19 Dabei kann das elektronische Dokument grundsätzlich auf zwei Wegen hergestellt werden: durch Scannen des Papierdokumentes oder durch Herstellen einer „elektronische Leseabschrift“. Bei der Herstellung einer elektronischen Leseabschrift wird die im Rechner in einem Textverarbeitungsformat (zum Beispiel Word) gespeicherte Vorlage des Dokuments nach Einarbeiten von etwa in der Beurkundung vorgenommenen handschriftlichen Änderungen in ein geeignetes Dateiformat (TIFF oder PDF/A) umgewandelt, mit einem Beglaubigungsvermerk versehen und vom Notar qualifiziert elektronisch signiert. Da die im Rechner gespeicherte Vorlage – natürlich – die auf der Originalurkunde geleisteten Unterschriften nicht enthält, sind diese Unterschriften bei der Herstellung einer elektronischen Leseabschrift vor der Umwandlung in die TIFF- oder PDF/A-Datei durch „gez. <Name>“ zu ergänzen; ein auf der Originalurkunde vorhandenes Siegel wird durch „L. S.“ für „locus sigilli“ (lat.: Ort des Siegels) ersetzt (sog. Reinschriftenverfahren). Das mit dem Beglaubigungsvermerk versehene elektronische Dokument ist durch den Notar qualifiziert elektronisch zu signieren.

(vgl. zu allem *Mödl/Schmidt*, ZIP 2008, 2332 und *Bettendorf/Mödl*, Anm. zu OLG Thüringen, Beschluss vom 25.5.2010, 6 W 39/10, DNotZ 2010, 793, 795).

20 Hieraus folgt, dass – anders als es das Registergericht hier offenbar verlangt – die Original-Beglaubigung mit allen Unterschriften nicht gescannt und dann vom Notar signiert werden muss. Auch in der „Papierwelt“ ist für eine beglaubigte Abschrift nicht die bildliche Wiedergabe der Unterschriften erforderlich. Denn die Abschrift ist eine Zweitschrift, deren inhaltlicher Gleichlaut mit der Unterschrift durch den Notar bestätigt wird. Unterschriften in Abschriften, die nicht fotokopiert, sondern nur nachgeschrieben werden, können mit dem Schreibmaschinennamen und dem Zusatz „gez.“ wiedergegeben werden (Eylmann/Vaasen, BNotO u. BeurkG, 2. Aufl. 2004, § 42 BeurkG, Rdnr. 5 ff., zitiert nach *Jeep/Wiedemann*, NJW 2007, 2439, 2442). Gleiches muss für die „elektronische Welt“ gelten, sodass die Angabe der Namen mit einem vorgesetzten „gez.“ sowie ein „L. S.“ für das Siegel ausreichen (*Jeep/Wiedemann*, a. a. O.). Da schon vor Inkrafttreten des EHUG § 12 HGB nicht zwingend die Vorlage der Originalanmeldung verlangte, sondern auch die Einreichung einer beglaubigten Abschrift genügen ließ (Baumbach/Hopt, HGB, 22. Aufl. 2006, § 12 Rdnr. 1, zitiert nach *Jeep/Wiedemann*, a. a. O.), muss Gleiches auch nach Inkrafttreten des EHUG „im elektronischen Zeitalter“ gelten. Das bedeutet, dass die elektronische TIFF-Datei automatisch durch eine entsprechende Software generiert und vom Notar signiert werden kann, sodass ein Scannen ganz entfällt (*Jeep/Wiedemann*, a. a. O., die hier das Programm NOTRE nennen).

21 Eine Kostenentscheidung ist nicht veranlasst, § 25 Abs. 1, § 22 Abs. 1 GNotKG.

22 Da die Beschwerde der Beteiligten erfolgreich ist, kommt eine Entscheidung über die Zulassung der Rechtsbeschwerde nach § 70 Abs. 2 FamFG mangels Beschwer nicht in Betracht.

23 Die Wertfestsetzung beruht auf § 61 Abs. 1 Satz 1, § 36 Abs. 3 GNotKG.

BEURKUNDUNGS- UND NOTARRECHT

22. Unbefristete Fortgeltungsklausel bei Aufspaltung in Angebot und Annahme

BGH, Urteil vom 23.1.2020, III ZR 28/19 (Vorinstanz: OLG München, Urteil vom 10.1.2019, 1 U 2487/18)

BeurkG § 17 Abs. 1

BNotO § 14 Abs. 1 Satz 2, § 19 Abs. 1 Satz 2

BGB §§ 146, 150 Abs. 1, § 308 Nr. 1

ZPO § 287

LEITSÄTZE:

- Bei Verwendung einer (unwirksamen) unbefristeten Fortgeltungsklausel in einem von ihm vorformulierten Angebot zum Kauf einer Immobilie handelt der Zentral- bzw. Vollzugsnotar amtspflichtwidrig, wenn**

er ohne vorherige Abklärung des Willens der Käufer in Bezug auf das weitere Vorgehen im Rahmen der ihm obliegenden „betreuenden“ Belehrung die Annahme der Verkäuferin beurkundet und den Kaufvertrag vollzieht, insbesondere, indem er die Fälligkeit des Kaufpreises gegenüber den Käufern bestätigt.

2. Da die haftungsausfüllende Kausalität dieser Pflichtverletzung für den eingetretenen Kaufpreisschaden feststeht, betrifft die hypothetische Frage, ob dieser auch bei pflichtgemäßem Verhalten des beklagten Notars entstanden wäre, weil die Urkundsbeteiligten ungeachtet der ihnen gegenüber offengelegten Zweifel an der fortbestehenden Wirksamkeit ihres Angebots an dem Abschluss des Kaufvertrags festgehalten hätten, eine im Rahmen des haftungsausfüllenden Zurechnungszusammenhangs zu beachtende Reserveursache, für die der Notar nachweislich ist.

Die Entscheidung ist abgedruckt in der DNotZ 2020, 617.

23. Wirksamkeit des Widerrufs der in einem Kaufvertrag erteilten Vollmacht

BGH, Beschluss vom 19.9.2019, V ZB 119/18 (Vorinstanz: LG Memmingen, Beschluss vom 28.6.2018, 44 T 356/18)

BGB § 130 Abs. 1 Satz 2, Abs. 3, § 183 Satz 1, § 306 Abs. 1, § 308 Nr. 4, §§ 315, 876 Satz 3, §§ 877, 164 Abs. 1, § 181

BeurkG §§ 4, 17 Abs. 2 Satz 1, § 51 Abs. 1 Nr. 1, § 53 BNotO § 14 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2, Abs. 3 Satz 2, § 15 Abs. 2

GBO § 19

WEG § 7 Abs. 1, § 8 Abs. 1 und 2, § 10 Abs. 3

LEITSÄTZE:

1. Der Notar hat die Amtspflicht, vor der Vollziehung einer Erklärung, die ein Urkundsbeteiligter als Vertreter eines anderen abgegeben hat, die Vertretungsmacht zu prüfen.
2. Hinsichtlich der materiellrechtlichen Wirksamkeit einer Vollmacht (hier: Änderungsvollmacht des Bauträgers) und der Wirksamkeit eines Widerrufs der Vollmacht ist der Prüfungsmaßstab des Notars eingeschränkt. Er hat die Vollziehung eines unter § 53 BeurkG fallenden Vertretergeschäfts nur dann zu unterlassen, wenn für ihn ohne jeden vernünftigen Zweifel erkennbar und damit offensichtlich ist, dass eine wirksame Vollmacht nicht (mehr) vorliegt. Ebenso liegt es, wenn ein evidenter Missbrauch einer im Außenverhältnis unbeschränkten Vollmacht aufgrund von Verstößen gegen im Innenverhältnis bestehende Beschränkungen gegeben ist.
3. Der Notar, der seiner Amtspflicht zur Einreichung vollzugsreifer Urkunden gemäß § 53 BeurkG nachkommt, verstößt auch dann nicht gegen seine Pflicht zu unabhängiger und unparteiischer Betreuung aus § 14 Abs. 1 Satz 2, Abs. 3 Satz 2 BNotO, wenn ein Beteiligter die Wirksamkeit der zu vollziehenden Erklärung mit beachtlichen Gründen bestreitet (insoweit Aufgabe von Senat, Beschluss vom 1.10.2015, V ZB 171/14, ZfIR 2016, 104 Rdnr. 25).
4. Den beabsichtigten Vollzug einer Urkunde im Sinne des § 53 BeurkG muss der Notar regelmäßig in einem Vorbescheid ankündigen, wenn einer der Urkundsbeteiligten dem Vollzug widerspricht.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Der Beteiligte zu 3 beabsichtigte die Errichtung einer Wohnungseigentumsanlage. Durch notariellen Vertrag vom 20.4.2013 verkaufte er dem Beteiligten zu 2 eine Penthousewohnung im dritten Obergeschoss mit zwei Tiefgaragenstellplätzen. Da es im Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch keine Teilungserklärung gab, wurde dem Beteiligten zu 3 das Recht eingeräumt, die Teilungserklärung mit Gemeinschaftsordnung festzulegen und nach seinem freien Ermessen hinsichtlich der Wohnanlage, in der der Vertragsgegenstand lag, ein selbständiges Grundstück zu bestimmen und dazu die Grenzziehung selbst zu bestimmen. Weiter wurde ihm die nur aus wichtigem Grund widerrufliche Vollmacht erteilt,

„die Teilungserklärung mit Gemeinschaftsordnung samt etwaigen Nachträgen hierzu beliebig abzuändern und eine etwa erforderliche Auflassung zu erklären, entgegenzunehmen und/oder die Zustimmung als Vormerkungsberechtigter zu solchen Verfügungen zu erteilen.“

2 Die Vollmacht soll mit Umschreibung des Eigentums an sämtlichen Wohnungs- und Teileigentumseinheiten auf etwaige Erwerber erlöschen. Von ihr darf nur an der Notarstelle des beurkundenden Notars Gebrauch gemacht werden. Im Außenverhältnis ist die Vollmacht nicht eingeschränkt. Im Innenverhältnis wurde geregelt, dass

„der Kostenverteilungsschlüssel nicht zum Nachteil des Käufers verändert werden darf sowie die Miteigentumsanteile und das Sondereigentum samt Sondernutzungsrechten des Käufers unberührt bleiben müssen und das zu dessen Gebrauch dienende Gemeinschaftseigentum nicht wesentlich beeinträchtigt werden darf; zulässig sind insbesondere bauliche Änderungen an anderen Einheiten oder der Außengestaltung des Gebäudes einschließlich des Bauausmaßes, und des Grundstücks.“

3 Zusätzlich war vereinbart, dass durch etwaige Änderungen dem Käufer keine Kosten entstehen dürften.

4 Durch weiteren notariellen Vertrag vom 8.5.2015 – die Teilungserklärung war zwischenzeitlich am 28.1.2014 beurkundet worden – verkaufte der Beteiligte zu 3 dem Beteiligten zu 1 eine Wohnung im ersten Obergeschoss nebst Balkon und Keller sowie einen Tiefgaragenstellplatz. In dem Vertrag wurde dem Beteiligten zu 3 eine – was das Außenverhältnis angeht – gleichlautende Vollmacht wie in dem Vertrag mit dem

Beteiligten zu 2 erteilt. Ergänzend wurde vereinbart, dass die Vollmacht mit Umschreibung des Eigentums an sämtlichen Wohnungs- und Teileigentumseinheiten, spätestens aber in fünf Jahren erlöschen soll. Der Notar hat die im Innenverhältnis bestehenden Beschränkungen zu überwachen. Für das Innenverhältnis wurde bestimmt, dass von der Vollmacht nur aus triftigen Gründen Gebrauch gemacht werden darf und die dadurch eintretenden Änderungen dem Käufer zumutbar sein müssen. Ferner heißt es:

„Ein triftiger Grund liegt insbesondere in folgenden Fällen vor:

– (...)

– Der Verkäufer ist ferner berechtigt, die Planung der Anlage insoweit zu ändern als dies zur Behebung etwaiger Planungsmängel erforderlich ist. Er darf ferner weitere, noch nicht verkaufte Einheiten im gleichen Bauabschnitt wie auch im anderen Bauabschnitt, in denen sich das vertragsgegenständliche Sondereigentum nicht befindet, von der baulichen Gestaltung her ändern, insbesondere können Wohnungen zusammengelegt werden und dazu auch Durchbrüche in Mauern und Decken vorgenommen werden; hierbei darf auch Gemeinschaftseigentum, das der Nutzung des Käufers unterworfen ist, in geringfügigem Maß einbezogen werden, wie Mauer- und/oder Deckendurchbrüche. Sondernutzungsrechte können festgelegt oder geändert werden. Der Gesamtcharakter der Anlage darf dabei nicht grundlegend verändert werden. Die Umwandlung von Wohnungs- in Teileigentum ist nicht zulässig, wohl aber umgekehrt die Umwandlung von Teileigentum in Wohnungseigentum.“

5 Weiter bestimmten die Beteiligten, dass die Gebrauchstauglichkeit des Vertragsobjekts nicht beeinträchtigt und der Kostenverteilungsschlüssel nicht zum Nachteil des Käufers geändert werden dürfe. Die Miteigentumsanteile und das Sondereigentum samt Sondernutzungsrechten des Käufers müssten unberührt bleiben und das zu dessen Gebrauch dienende Gemeinschaftseigentum dürfe nicht wesentlich beeinträchtigt werden. Schließlich war auch hier vereinbart, dass durch etwaige Änderungen dem Käufer keine Kosten entstehen dürften.

6 Mit Urkunden vom 17.11.2017 beurkundete der Notar zwei Nachträge (zweiter und dritter Nachtrag) zu der Teilungserklärung vom 28.1.2014. Die Änderungserklärungen gab hierbei der Beteiligte zu 3 jeweils im eigenen Namen sowie als Bevollmächtigter der Käufer der in der Teilungserklärung begründeten Sondereigentumseinheiten ab. In dem zweiten Nachtrag zur Teilungserklärung wurde anstelle des Heizungsraums ein Technikraum geschaffen und das Sondereigentum an dem Kellerraum A 14 neu festgelegt. Hintergrund war der Umstand, dass bei der Errichtung der Teilungserklärung der Heizungsraum zu klein dimensioniert war und sich die Hausanschlüsse für Wasser und Strom innerhalb des Sondereigentums befanden. Die Einheit A 14, die nunmehr ausschließlich durch den Technikraum zu erreichen ist und die nur aus dem Lagerraum im Keller besteht, ist von dem Beteiligten zu 3 bislang noch nicht veräußert worden. Mit dem dritten Nachtrag wurden auf einer zum Gemeinschaftseigentum gehörenden Fläche vor der

Tiefgarageneinfahrt sechs Stellplätze festgelegt und daran Sondernutzungsrechte zugunsten der dem Beteiligten zu 3 zugeordneten Teileigentumseinheit A 14 begründet.

7 Im Februar 2018 erklärten die Beteiligten zu 1 und 2 den Widerruf der in ihren Kaufverträgen erteilten Vollmachten. Der Notar hat daraufhin mit Vorbescheid vom 9.2.2018 – ergänzt durch Schreiben vom 14.2.2018 – angekündigt, die Nachträge vom 17.11.2017 dem Grundbuchamt zum Vollzug einzureichen, sobald die Abgeschlossenheitsbescheinigung vorliege. Auf die hiergegen gerichtete Beschwerde der Beteiligten zu 1 und 2 hat das LG den Vorbescheid aufgehoben und den Notar angewiesen, die Nachträge vom 17.11.2017 nicht zu vollziehen. Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde, deren Zurückweisung die Beteiligten zu 1 und 2 beantragen, möchte der Beteiligte zu 3 die Zurückweisung der Beschwerde gegen den Vorbescheid erreichen.

8 II. Nach Ansicht des Beschwerdegerichts konnten die dem Beteiligten zu 3 erteilten Vollmachten auch noch nach Beurkundung der Nachträge widerrufen werden. Da die Nachträge gemäß § 10 Abs. 3 WEG erst nach Vollzug im Grundbuch für und gegen alle Eigentümer wirksam würden, müsse der Widerruf in entsprechender Anwendung des § 130 Abs. 1 Satz 2 BGB bis zu dem Zugang der Nachträge bei dem Grundbuchamt möglich sein. Der hierfür erforderliche wichtige Grund liege für den Beteiligten zu 3 darin, dass der Verkäufer die Beschränkungen im Innenverhältnis missachtet habe. Dieser dürfe von der Vollmacht nur aus triftigem Grund Gebrauch machen. Für die mit dem dritten Nachtrag verbundene anlasslose Schaffung von sechs zusätzlichen Außenstellplätzen auf einer Fläche, die bislang zu dem von allen Eigentümern zu nutzenden Gemeinschaftseigentum gehört habe, und deren Zurückweisung zum Sondereigentum des Beteiligten zu 3 ohne jeden finanziellen Ausgleich für die übrigen Gemeinschaftsmitglieder sei ein solcher Grund aber nicht ersichtlich. Die Bevollmächtigung sei offenkundig nicht zu dem Zweck erfolgt, dem Beteiligten zu 3 die nachträgliche Schaffung zusätzlicher eigener Vermögenswerte zu ermöglichen. Die durch den Beteiligten zu 2 erteilte Vollmacht sei ohnehin wegen Verstoßes gegen § 308 Nr. 4 BGB unwirksam. Hieran sei die Vollmacht zu messen, weil es sich bei den Kaufvertragsbedingungen um Allgemeine Geschäftsbedingungen des Beteiligten zu 3 handele. Die Beschränkungen der Vollmacht im Innenverhältnis stellten nicht hinreichend sicher, dass von ihr nur in einer für den Käufer zumutbaren Weise Gebrauch gemacht werde. Der Fall zeige, dass der Bevollmächtigte sich oder anderen Sondereigentümern ohne jeden sachlichen Grund finanzielle Vorteile durch Ausweisung zusätzlicher Stellplätze verschaffen könne. Das sei dem Vollmachtgeber nicht zumutbar, selbst wenn das zu seinem Gebrauch dienende Gemeinschaftseigentum nicht wesentlich beeinträchtigt werde.

9 III. Die infolge der Zulassung statthafte (§ 15 Abs. 2 Satz 3 BNotO i. V. m. § 70 Abs. 1, Abs. 2 FamFG) und auch im Übrigen zulässige (§ 71 FamFG) Rechtsbeschwerde ist begründet. Entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts ist der Notar verpflichtet, die beiden Nachträge vom 17.11.2017 zu vollziehen, sobald die noch fehlende Abgeschlossenheitsbescheinigung vorliegt. Dies folgt aus der Vorschrift des § 53 BeurkG, die das Beschwerdegericht rechtsfehlerhaft nicht in

den Blick genommen hat, und aus dem eingeschränkten Prüfungsumfang des Notars im Zusammenhang mit möglichen materiellrechtlichen Unwirksamkeitsgründen einer Vollmacht.

10 1. Sind Willenserklärungen beurkundet worden, die beim Grundbuchamt oder Registergericht einzureichen sind, soll der Notar dies nach § 53 BeurkG veranlassen, sobald die Urkunde eingereicht werden kann, es sei denn – woran es hier fehlt –, dass alle Beteiligten gemeinsam etwas anderes verlangen. Um solche Willenserklärungen handelt es sich bei den Änderungserklärungen vom jeweils 17.11.2017. Ebenso wie die Teilungserklärung selbst (§ 8 Abs. 1 und 2, § 7 Abs. 1 WEG) muss auch ihre Änderung in das Grundbuch eingetragen werden.

11 2. Die Vollzugspflicht des Notars hängt deshalb davon ab, ob die Urkunden im Sinne des § 53 BeurkG „eingereicht“ werden können, ob also Vollzugsreife gegeben ist. Dies setzt voraus, dass alle materiellrechtlichen und formellen Voraussetzungen für die Eintragung vorliegen (vgl. nur Eylmann/Vaasen/Limmer, BNotO/BeurkG, 4. Aufl., § 53 BeurkG Rdnr. 5; Grein, RNotZ 2004, 115, 117). Dazu gehört die wirksame Zustimmung der Beteiligten zu 1 und 2 zu den Nachträgen sowie die Bewilligung der Eintragung.

12 a) Der teilende Grundstückseigentümer kann gemäß § 8 Abs. 1 und 2 WEG die Teilungserklärung (dinglich) durch eine einseitige Verfügung ändern, solange zugunsten der Erwerber noch keine Auflassungsvormerkungen eingetragen sind (vgl. Senat, Urteil vom 17.6.2005, V ZR 328/03, NZM 2005, 753, 754; Urteil vom 21.10.2016, V ZR 78/16, NJW-RR 2017, 712 Rdnr. 25). Dies gilt unabhängig davon, dass der teilende Bau-träger – hier der Beteiligte zu 3 – schuldrechtlich bereits zu diesem Zeitpunkt der Zustimmung der Erwerber bedarf, weil mit der Änderung der Teilungserklärung zugleich die in den Kaufverträgen vereinbarten Leistungsinhalte geändert werden (vgl. Senat, Urteil vom 17.6.2005, V ZR 328/03, NZM 2005, 753, 754; Hügel/Elzer, WEG, 2. Aufl., § 8 Rdnr. 32; Staudinger/Rapp, Neub. 2018, § 8 WEG Rdnr. 22b; Riecke/Schmid/Riecke/Vogel, WEG, 5. Aufl., Anhang zu § 8 Rdnr. 26; Brambring, DNotZ 1997, 478, 479). Ist eine Vormerkung eingetragen, ist für die Änderung (auch) sachenrechtlich die Zustimmung des Vormerkungsberechtigten erforderlich, wobei insoweit die §§ 876, 877 BGB entsprechende Anwendung finden (allgemeine Auffassung, vgl. OLG Köln, FGPrax 2016, 60, 61; Bärmann/Pick, WEG, 19. Aufl., § 8 Rdnr. 13 m. w. N.). So liegt es auch hier. In den beiden Urkunden vom 17.11.2017, um deren Vollziehung es geht, wird ausdrücklich auf die „bereits eingetragenen Vormerkungen“ hingewiesen. Von einer solchen Eintragung zugunsten der Beteiligten zu 1 und 2 gehen auch die Beteiligten des Rechtsbeschwerdeverfahrens übereinstimmend aus.

13 b) Ist nach materiellem Recht für die Rechtsänderung die Zustimmung des Vormerkungsberechtigten entsprechend §§ 876, 877 BGB notwendig, so ist grundbuchverfahrensrechtlich seine Eintragungsbewilligung nach § 19 GBO erforderlich (vgl. Senat, Beschluss vom 14.6.1984, V ZB 32/82, BGHZ 91, 343, 347), die allerdings regelmäßig in der materiellrechtlichen Zustimmungserklärung enthalten ist (vgl. OLG Köln, FGPrax 2016, 60, 61; Palandt/Sprau, 78. Aufl., § 876 Rdnr. 4).

14 3. Da die Beteiligten zu 1 und 2 die für die Einreichung der Urkunde bei dem Grundbuchamt erforderlichen materiellrechtlichen und verfahrensrechtlichen Erklärungen nicht in Person abgegeben haben, hängt die Vollzugsreife – von der nach dem Vorbescheid noch fehlenden Abgeschlossenheitsbescheinigung abgesehen – davon ab, ob sie durch den Beteiligten 3 wirksam vertreten worden sind. Hiervon ist unter Berücksichtigung der Prüfpflichten, die einen Notar im Zusammenhang mit der Beurkundung und Vollziehung eines unter § 53 BeurkG fallenden Vertretergeschäfts treffen, auszugehen.

15 a) Der Notar hat die Amtspflicht, vor der Vollziehung einer Erklärung, die ein Urkundsbeteiligter als Vertreter eines anderen abgegeben hat, die Vertretungsmacht zu prüfen. Insofern gilt nichts anderes als bei der Errichtung einer entsprechenden Urkunde. Um die Errichtung einer dem Willen der Beteiligten entsprechenden rechtswirksamen Urkunde zu gewährleisten, muss der Notar prüfen, ob die Vertretung wirksam ist und der Vertreter mit Vertretungsmacht handelt, da der Vertretene grundsätzlich lediglich dann im Sinne von § 164 Abs. 1 BGB gebunden wird (st. Rspr., vgl. BGH, Beschluss vom 13.11.2017, NotSt (BrfG) 4/17, WM 2018, 494 Rdnr. 8 m. w. N.). Diese Prüfungspflicht setzt sich fort, wenn es darum geht, eine von einem Vertreter abgegebene Erklärung im Sinne des § 53 BeurkG zu vollziehen. Unwirksame Urkunden darf der Notar weder errichten noch vollziehen. Sowohl bei der Errichtung als auch bei der Vollziehung der Urkunde hat er deshalb zu prüfen, ob eine Vertretung überhaupt zulässig ist, ob eine nach dem Gesetz vorgeschriebene Form eingehalten wurde, ob die Vollmacht das vorzunehmende Rechtsgeschäft abdeckt und, wenn der Vertreter ein Insichgeschäft vornehmen will, ob dieser von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit ist (vgl. allgemein etwa Eylmann/Vaasen/Limmer, BNotO/BeurkG, § 12 BeurkG Rdnr. 6). Hierzu ist es regelmäßig notwendig, dass sich der Notar die Vollmachtsurkunde in Urschrift oder in Ausfertigung vorlegen lässt (vgl. BGH, Urteil vom 21.1.1988, IX ZR 252/86, DNotZ 1989, 43, 44; Urteil vom 27.5.1993, IX ZR 66/92, DNotZ 1994, 485, 486). Unter diesen Gesichtspunkten durfte der Notar von der Wirksamkeit der Vertretung der Beteiligten zu 1 und 2 ausgehen.

16 b) Hinsichtlich der materiellrechtlichen Wirksamkeit einer Vollmacht und der Wirksamkeit eines Widerrufs der Vollmacht ist der Prüfungsmaßstab des Notars eingeschränkt. Er hat die Vollziehung eines unter § 53 BeurkG fallenden Vertretergeschäfts nur dann zu unterlassen, wenn für ihn ohne jeden vernünftigen Zweifel erkennbar und damit offensichtlich ist, dass eine wirksame Vollmacht nicht (mehr) vorliegt. Ebenso liegt es, wenn ein evidenter Missbrauch einer im Außenverhältnis unbeschränkten Vollmacht aufgrund von Verstößen gegen im Innenverhältnis bestehende Beschränkungen gegeben ist. Dieser eingeschränkte Prüfungsmaßstab ist auch im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens gemäß § 15 Abs. 2 BNotO zu beachten.

17 aa) Es ist anerkannt, dass ein Notar eine Vertragsbestimmung nicht beurkunden darf, wenn ihre Unwirksamkeit für ihn ohne jeden vernünftigen Zweifel erkennbar ist (vgl. BGH, Urteil vom 28.9.2000, IX ZR 279/79, BGHZ 145, 265, 269; Urteil vom 20.6.2000, IX ZR 434/98, DNotZ 2001, 486, 487; Senat, Beschluss vom 1.10.2015, V ZB 171/14, ZfIR 2016, 104

Rdnr. 21; *Arndt/Lerch/Sandkühler*, BNotO, 8. Aufl., § 14 Rdnr. 71; *Eylmann/Vaasen/Frenz*, BNotO/BeurkG, § 14 BNotO Rdnr. 28 und 35; *Grziwotz/Heinemann*, BeurkG, 3. Aufl., § 4 Rdnr. 24; *Armbrüster/Preuß/Renner/Preuß*, BeurkG und DNot, 7. Aufl., § 4 BeurkG Rdnr. 12; *Schippel/Bracker/Kanzleiter*, BNotO, 9. Aufl., § 14 Rdnr. 11). Würde der Notar in diesem Fall die Beurkundung vornehmen, würde er gegen seine Amtspflichten gemäß § 14 Abs. 2 BNotO, § 4 BeurkG verstoßen (vgl. *Eylmann/Vaasen/Frenz*, BNotO/BeurkG, § 14 BNotO Rdnr. 27 f.). Demgegenüber verpflichten bloße Zweifel an der Wirksamkeit eines Geschäfts den Notar nicht, von der Beurkundung Abstand zu nehmen. Vielmehr soll nach § 17 Abs. 2 Satz 1 BeurkG der Notar, wenn Zweifel bestehen, ob das Geschäft dem Gesetz oder dem wahren Willen des Beteiligten entspricht, die Bedenken mit den Beteiligten erörtern. Bestehen die Beteiligten auf der Beurkundung, so soll der Notar die Belehrung und die dazu abgegebenen Erklärungen der Beteiligten in der Niederschrift vermerken (§ 17 Abs. 2 Satz 2 BeurkG). An der Beurkundung selbst ist er aber nicht gehindert (vgl. hierzu auch BGH, Urteil vom 21.1.2016, III ZR 160/15, juris Rdnr. 18 f.).

18 bb) Entsprechendes gilt bei der Prüfung der Vertretungsmacht eines Urkundsbeteiligten. Bloße Zweifel an der materiellrechtlichen Wirksamkeit einer Vollmacht stehen der Beurkundung nicht entgegen, soweit der Notar seinen Hinweispflichten nachkommt (vgl. *Eylmann/Vaasen/Limmer*, BNotO und BeurkG, § 12 BeurkG, Rdnr. 6; *Grziwotz/Heinemann*, BeurkG, § 12 Rdnr. 6). Ist die Vollmacht demgegenüber evident unwirksam, darf der Notar die Beurkundung nicht vornehmen (vgl. BGH, Urteil vom 21.1.1988, IX ZR 252/86, DNotZ 1989, 43, 44, Urteil vom 27.5.1993, IX ZR 66/92, DNotZ 1994, 485, 486).

19 cc) Diese Grundsätze finden auch dann Anwendung, wenn es darum geht, ob die Voraussetzungen für die Vollziehung einer von dem Notar selbst oder einem anderen Notar errichteten Urkunde gemäß § 53 BeurkG vorliegen. Aus der gesetzlichen Verpflichtung des Notars zu redlicher Amtsführung nach § 14 Abs. 2 BNotO, § 4 BeurkG folgt, dass er von dem Vollzug einer Urkunde absehen muss, wenn er weiß, dass sie nichtig ist. Entsprechendes gilt, wenn aufgrund des ihm unterbreiteten konkreten Sachverhalts die Unwirksamkeit oder Anfechtbarkeit des Rechtsgeschäfts naheliegt oder offensichtlich ist, wenn das Grundbuch bei dem Vollzug der Urkunde mit hoher Wahrscheinlichkeit unrichtig würde oder wenn die Vollzugsreife (doch) nicht gegeben ist (Senat, Beschluss vom 21.6.2012, V ZB 283/11, FGPrax 2012, 217 Rdnr. 5 m. w. N.; Beschluss vom 1.10.2015, V ZB 171/14, ZfIR 2016, 104 Rdnr. 21). Ebenso liegt es, wenn – wie hier – der Vollzug von der Zustimmungserklärung eines Dritten abhängt und diese Erklärung von einem Vertreter abgegeben worden ist. Fehlt es offensichtlich an der Vertretungsmacht, hat der Notar von dem Vollzug abzusehen.

20 dd) Nur der hiernach auf eine Evidenzkontrolle beschränkte Prüfungsmaßstab trägt der Aufgabenverteilung zwischen dem Notar und den Zivilgerichten hinreichend Rechnung. § 53 BeurkG soll den Notar von schwierigen, im Ergebnis oft zweifelhaften und für ihn mit erheblichem Risiko verbundenen Prüfungen entbinden (vgl. BayObLG, NJW-RR 2000, 1231, 1232;

OLG Köln, OLGZ 1990, 397, 401; OLG Hamm, OLGZ 1994, 495, 498; DNotZ 2006, 682, 683; OLG Zweibrücken, FGPrax 2002, 85; *Eylmann/Vaasen/Limmer*, BNotO/BeurkG, § 53 BeurkG Rdnr. 12; *Winkler*, BeurkG, 19. Aufl., § 53 Rdnr. 37). Es ist daher nicht Aufgabe des Notars und damit auch nicht Aufgabe der über eine Notarbeschwerde entscheidenden Gerichte der freiwilligen Gerichtsbarkeit, über die materiellrechtliche Wirksamkeit einer beurkundeten Willenserklärung abschließend zu befinden. Solche Fragen sind nicht in einem Beschwerdeverfahren nach § 15 Abs. 2 BNotO, sondern in einem Zivilprozess der Beteiligten untereinander zu klären (vgl. BayObLG, DNotZ 1998, 645, 646; DNotZ 1998, 648, 650; NJW-RR 2000, 1231, 1232; OLG Köln, OLGZ 1990, 397, 401; OLG Hamm, OLGZ 1994, 495, 498; DNotZ 2006, 682, 683). Anders verhält es sich nur dann, wenn die Unwirksamkeit für den Notar ohne jeden vernünftigen Zweifel erkennbar ist (vgl. BayObLG, DNotZ 1998, 646, 648; OLG Köln, OLGZ 1990, 397, 401; OLG Hamm, OLGZ 1994, 495, 498; *Grein*, RNotZ 2004, 115, 117 f.).

21 c) Nach diesem Maßstab ist ein Mangel der Vertretungsmacht des Beteiligten zu 3 für die Vornahme des zweiten und dritten Nachtrags weder infolge des Vollmachtswiderrufs – unabhängig von dem Vorliegen eines zu dem Widerruf berechtigenden Grundes – noch wegen Verstoßes gegen das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen offensichtlich. Auch ein evidenter Vollmachtmissbrauch liegt nicht vor.

22 aa) Entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts hinderte der im Februar 2018 erklärte Widerruf der Vollmachten den Notar nicht daran, die beiden Nachträge zu vollziehen.

23 (1) Davon, dass die Vollmachten aufgrund des Widerrufs materiellrechtlich eindeutig unwirksam waren, musste der Notar bereits deshalb nicht ausgehen, weil sich der Widerruf nicht mehr auswirken konnte. Der Beteiligte zu 3 hatte nämlich im Zeitpunkt des Widerrufs bereits von der Vollmacht Gebrauch gemacht und die gemäß den §§ 876, 877 BGB erforderliche Zustimmung zu den Änderungserklärungen schon erteilt. Rückwirkende Kraft kommt dem Widerruf einer Vollmacht nach Abgabe einer Willenserklärung nicht zu (vgl. BGH, Urteil vom 11.5.2017, IX ZR 238/15, NJW 2017, 3373 Rdnr. 16; siehe auch OLG München, RNotZ 2015, 355). Aus der von dem Beschwerdegericht herangezogenen Vorschrift des § 130 Abs. 1 Satz 2 BGB ergibt sich nichts anderes. Dass die Teilungserklärung (§ 8 Abs. 1 WEG) und hierauf bezogene Nachtragserklärungen bis zu ihrem Eingang bei dem Grundbuchamt gemäß § 130 Abs. 1 Satz 2, Abs. 3 BGB widerrufen werden können (vgl. *Staudinger/Rapp*, § 8 WEG Rdnr. 4; *Niedenführ/Vandenhouten/Vandenhouten*, WEG, 12. Aufl., § 8 Rdnr. 6), ist für die Frage, ob die gemäß §§ 876, 877 BGB erforderliche Zustimmung bereits gegenüber dem Beteiligten zu 3 abgegeben wurde, unerheblich.

24 (2) Die Beteiligten zu 1 und 2 hatten auch nicht die Rechtsmacht, die durch den Beteiligten zu 3 erklärte Zustimmung nachträglich bis zur Einreichung der Teilungserklärung bei dem Grundbuchamt zu widerrufen, sodass dahinstehen kann, ob in dem Widerruf der Vollmacht konkludent der Widerruf der Zustimmung enthalten war. Zwar kann eine Einwilligung gemäß § 183 Satz 1 Hs. 1 BGB grundsätzlich bis zu der Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch als letztem

Teilakt der Änderung der Teilungserklärung widerrufen werden. Allerdings besteht die Widerruflichkeit nach § 183 Satz 1 Hs. 2 BGB nur, soweit nicht aus dem Rechtsverhältnis, das der Erteilung der Einwilligung zugrunde liegt, sich ein anderes ergibt. So liegt es aber hier, weil auf die Zustimmung der Vormerkungsberechtigten die §§ 876, 877 BGB entsprechende Anwendung finden. Nach § 876 Satz 3 BGB ist die Zustimmung, die dem Grundbuchamt oder demjenigen gegenüber zu erklären ist, zu dessen Gunsten sie erfolgt (hier: gegenüber dem Beteiligten zu 3), unwiderruflich.

25 (3) Ebenso ist der Widerruf der Vollmachten grundbuchverfahrensrechtlich offensichtlich unbeachtlich. Nach allgemeiner Auffassung werden nämlich Eintragungsbewilligungen nicht nur wirksam, wenn sie mit dem Willen des Berechtigten bei dem Grundbuchamt eingereicht oder dem Begünstigten mit dem Willen zur Vorlage bei dem Grundbuchamt ausgehändigt worden sind, sondern auch dann, wenn demjenigen, zu dessen Gunsten die Eintragungsbewilligung abgegeben wird, ein gesetzlicher Anspruch auf Erteilung einer Ausfertigung der notariellen Urkunde zusteht (vgl. KG, FGPrax 2015, 10, 11; *Demharter*, GBO, 31. Aufl., § 19 Rdnr. 21, 24 m. w. N.). Da der Beteiligte zu 3 mit dem Abschluss der notariellen Beurkundung gemäß § 51 Abs. 1 Nr. 1 BeurkG eine Ausfertigung verlangen kann, kann der erst nach der Beurkundung erklärte Vollmachtswiderruf auf die Wirksamkeit der Eintragungsbewilligungen keinen Einfluss haben.

26 bb) Die Vertretungsmacht des Beteiligten zu 3 fehlt auch nicht wegen eines offensichtlichen Verstoßes gegen § 308 Nr. 4 BGB, der gemäß § 306 Abs. 1 BGB zur Unwirksamkeit der Vollmachten führte. Die gegenteilige Auffassung des Beschwerdegerichts überzeugt nicht.

27 (1) Vor dem Hintergrund, dass es bei Bauvorhaben häufig notwendig oder zweckmäßig ist, die ursprüngliche Planung zu modifizieren, ist es im Grundsatz nicht zu beanstanden, wenn die Erwerber dem teilenden Eigentümer in den Erwerbsverträgen eine Vollmacht erteilen, die ihm Änderungen der Teilungserklärung ermöglicht (vgl. *Hügel/Elzer*, WEG, § 8 Rdnr. 32; *Staudinger/Rapp*, § 8 WEG Rdnr. 22a; vgl. für einen Änderungsvorbehalt für Sondernutzungsrechte in der Teilungserklärung Senat, Urteil vom 2.12.2011, V ZR 74/11, ZfIR 2012, 182 Rdnr. 15). Die Vollmacht unterliegt aber einer Klauselkontrolle nach § 308 Nr. 4 BGB, wenn es sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen handelt (vgl. BGH, Urteil vom 10.11.1983, VII ZR 373/82, NJW 1984, 725, 728 zu der gleichlautenden Vorschrift des § 10 Nr. 4 AGB-Gesetz). Nach § 308 Nr. 4 BGB ist die Vereinbarung eines Rechts des Verwenders, die versprochene Leistung zu ändern oder von ihr abzuweichen, unwirksam, wenn nicht die Vereinbarung der Änderung oder Abweichung unter Berücksichtigung der Interessen des Verwenders für den anderen Vertragsteil zumutbar ist. Diskutiert wird in Rechtsprechung und Literatur insoweit, ob die Vollmacht im Außenverhältnis wegen des grundbuchrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatzes unbeschränkt sein muss und ob die Zumutbarkeit im Sinne von § 308 Nr. 4 BGB allein durch Beschränkungen im Innenverhältnis herbeigeführt werden kann. Überwiegend wird beides bejaht.

28 (a) Die in einem Kaufvertrag erteilte Vollmacht muss grundbuchrechtlich hinreichend bestimmt sein. Diesem Grundsatz

ist jedenfalls dann Genüge getan, wenn die Vollmacht im Außenverhältnis unbeschränkt erteilt wird, was dementsprechend in der Literatur empfohlen wird (vgl. *Bärmann/Seuß/Schneider*, Praxis des Wohnungseigentums, 7. Aufl., § 2 Rdnr. 193; *BeckOK-WEG/Kral*, Stand: 1.5.2019, § 8 Rdnr. 53; *Pause*, Bauträgerkauf und Baumodelle, 6. Aufl., Rdnr. 101; *Riecke/Schmid/Riecke/Vogel*, WEG, Anhang zu § 8 Rdnr. 26; *DNotl-Gutachten*, Abruf/Nr. 114351, S. 2). Dies wird von der neueren obergerichtlichen Rechtsprechung auch nicht beanstandet (vgl. OLG München, FGPrax 2013, 111, 112; *NZM* 2015, 632 Rdnr. 27).

29 (b) Hinsichtlich der Beschränkungen im Innenverhältnis setzt die Vereinbarkeit mit § 308 Nr. 4 BGB eine solche Fassung der Vollmacht voraus, dass für den anderen Vertragsteil zumindest ein gewisses Maß an Kalkulierbarkeit der möglichen Leistungsänderung besteht. In Anlehnung an die ständige Rechtsprechung des BGH zu Leistungsänderungsvorbehalten im Allgemeinen ist dies zu bejahen, wenn für die Änderung ein triftiger Grund vorliegt (vgl. BGH, Urteil vom 23.6.2005, VII ZR 200/04, DNotZ 2006, 174, 175 f. zu § 10 Nr. 4 AGB-Gesetz; Urteil vom 15.11.2007, III ZR 247/06, NJW 2008, 360 Rdnr. 23). Die Klausel muss die triftigen Gründe benennen und in ihren Voraussetzungen erkennbar die Interessen des Vertragspartners angemessen berücksichtigen (vgl. *Basty*, Der Bauträgervertrag, 9. Aufl., Rdnr. 170; *Pause*, Bauträgerkauf und Baumodelle, Rdnr. 100, 112; *Armbrüster*, ZMR 2005, 244, 250; *Schröder/Holthausen-Dux*, Drei Jahre nach der WEG-Reform 2011, S. 81, 87, 89 f.). In Rechtsprechung und Literatur hat sich jedoch keine einheitliche Linie zu den an einen triftigen Grund zu stellenden Anforderungen für eine Änderungsvollmacht gebildet (vgl. *Riecke/Schmid/Riecke/Vogel*, WEG, Anhang zu § 8 Rdnr. 26; *DNotl-Gutachten*, Abruf/Nr. 114351, S. 5 f.).

30 (aa) In der Literatur besteht Einigkeit insoweit, dass der Leistungsinhalt im engeren Sinn nicht beeinträchtigt werden darf, dass also dem Käufer keine zusätzlichen Verpflichtungen auferlegt werden dürfen, sein Sondereigentum und etwaige Sondernutzungsrechte unangetastet bleiben müssen, und das zu dessen Benutzung erforderliche Gemeinschaftseigentum nicht mehr als unwesentlich beeinträchtigt werden darf. Außerdem muss eine Überwachung durch den Notar vorgesehen werden (vgl. *Basty*, Der Bauträgervertrag, Rdnr. 166; *Beck'sches Notarhandbuch/Kutter*, 6. Aufl., A II Rdnr. 129; *BeckOGK-WEG/Schultzky*, WEG, § 8 Rdnr. 45 f.; *BeckOK-WEG/Kral*, § 8 Rdnr. 53; *Hügel/Elzer*, WEG, § 8 Rdnr. 34; *Pause*, Bauträgerkauf und Baumodelle, Rdnr. 101, 112; *Staudinger/Rapp*, § 8 WEG Rdnr. 22c, d; *Schüller*, RNotZ 2011, 203, 209; kritisch *Brambring*, DNotZ 1997, 475, 479 f.). Davon ausgehend, dass an den anderen Sondereigentumseinheiten und dem sonstigen Gemeinschaftseigentum nur ein untergeordnetes Interesse des Vollmachtgebers bestehe, verzichten Formulierungsvorschläge auf die ausdrückliche Benennung von triftigen Gründen und beschränken sich auf die Aufzählung der nicht erlaubten Änderungen (vgl. *Basty*, Der Bauträgervertrag, Rdnr. 178; *Beck'sches Notarhandbuch/Kutter*, A II Rdnr. 129, 129a; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 2967d; *Staudinger/Rapp*, § 8 WEG Rdnr. 22d unter 3.). Hierdurch soll dem Interesse des Bauträgers Rechnung getragen werden, auf die Wünsche späterer Erwerber eingehen zu

können (vgl. *Basty*, Der Bauträgervertrag, Rdnr. 171; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 2967d).

31 (bb) In der Rechtsprechung ist dieses Interesse vereinzelt hingegen nicht für ausreichend angesehen worden, um eine Änderungsvollmacht zu rechtfertigen (vgl. LG Düsseldorf, Rpfleger 1999, 217, 218). Auch genüge eine Beschränkung allein im Innenverhältnis nicht, weil hierdurch im Missbrauchsfall lediglich Sekundäransprüche begründet würden, die den an sich unzumutbaren Eingriff in die Rechte des Käufers nicht beseitigten (vgl. LG Düsseldorf, Rpfleger 1999, 217, 218; LG Nürnberg-Fürth, MittBayNot 2010, 132, 133). Eine Klausel, nach der die Änderung „die Benutzung des Gemeinschaftseigentums nicht wesentlich einschränken“ dürfe, sei zu unbestimmt (vgl. LG Nürnberg-Fürth, MittBayNot 2010, 132, 133).

32 (2) Eine abschließende Entscheidung dieser Fragen bedarf es nicht. Anders als das Beschwerdegericht meint, verstößt angesichts dieses Meinungsstands die von dem Beteiligten zu 2 erteilte Vollmacht nicht offensichtlich gegen § 308 Nr. 4 BGB. Dies gilt erst recht für die von dem Beteiligten zu 1 erteilte Vollmacht.

33 (a) Allerdings ist die von dem Beteiligten zu 2 erteilte Vollmacht, sollte es sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen handeln, an § 308 Nr. 4 BGB zu messen. Zwar fallen einseitige Leistungsbestimmungsrechte im Sinne der §§ 315 ff. BGB nicht in den Anwendungsbereich der Vorschrift, wenn sie darauf beschränkt sind, dem Verwender die erstmalige Festlegung seiner Leistung zu ermöglichen (vgl. BGH, Urteil vom 17.2.2004, XI ZR 140/03, BGHZ 158, 149, 153 zu einer formularmäßigen Zinsänderungsklausel). Das ist hier aber nicht der Fall, weil sich die Vollmacht nicht auf die erstmalige Aufstellung der Teilungserklärung und damit auf die einmalige Festlegung des Leistungsgegenstandes beschränkt, sondern den Beteiligten zu 3 auch zu nachfolgenden Änderungen berechtigt.

34 (b) Hält sich eine Vollmachtsklausel in dem von Literatur und Rechtsprechung diskutierten Rahmen, scheidet in aller Regel, und so auch hier, eine evidenten Unwirksamkeit – nur hierauf kommt es an – aus. Die hier zu beurteilende Vollmacht ist im Außenverhältnis unbeschränkt erteilt. Nicht unbedenklich ist zwar, dass sie im Innenverhältnis keine triftigen Gründe nennt; immerhin zählt sie aber die nicht erlaubten Änderungen auf (keine Änderung des Kostenverteilungsschlüssels zum Nachteil des Käufers, Miteigentumsanteile sowie Sondereigentum und Sondernutzungsrechte müssen unberührt bleiben, keine wesentliche Beeinträchtigung des Mitgebrauchs) und entspricht insoweit den Formulierungsbeispielen in den Handbüchern bzw. Kommentaren (vgl. *Basty*, Der Bauträgervertrag, Rdnr. 178; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 2967d; *Staudinger/Rapp*, § 8 WEG Rdnr. 22d unter 3.). Das gilt auch insoweit, als die Klausel vorsieht, dass „das zu seinem (des Käufers) Gebrauch dienende Gemeinschaftseigentum nicht wesentlich beeinträchtigt werden darf“. Soweit das LG Nürnberg-Fürth eine solche Formulierung – die Entscheidung nicht tragend – für zu unbestimmt gehalten (vgl. LG Nürnberg-Fürth, MittBayNot 2010, 132, 133) hat, handelt es sich um eine Einzelmeinung, die – anders als eine höchstrichterliche oder zumindest obergerichtlich gefestigte Rechtsprechung – ein Absehen von der Vollziehung der Nachträge nicht zu rechtfertigen vermag.

35 (c) Offensichtliche Bedenken gegen die Wirksamkeit ergeben sich auch nicht daraus, dass die von dem Beteiligten zu 2 erteilte Vollmacht lediglich durch die letzte Veräußerung an einen Erwerber befristet ist und sich deshalb ggf. auf einen sehr langen Zeitraum erstrecken kann. Da der Senat die in einer Teilungserklärung festgelegte Änderungsbefugnis der teilenden Eigentümerin zu der nachträglichen Schaffung und Zuweisung von Sondernutzungsflächen, die ebenfalls keine ausdrückliche Befristung durch eine Höchstfrist vorsah, gebilligt hat (vgl. Senat, Urteil vom 2.12.2011, V ZR 74/11, ZfR 2012, 182 Rdnr. 16), ist die Begrenzung auf die letzte Veräußerung jedenfalls nicht evident unwirksam (vgl. auch die gleichlautenden Formulierungsvorschläge von *Staudinger/Rapp*, § 8 WEG Rdnr. 22d).

36 (d) Für die von dem Beteiligten zu 1 erteilte Vollmacht gilt – erst recht – nichts anderes. Von ihr darf der Beteiligte zu 3 von vorneherein nur aus triftigem Grund Gebrauch machen; zusätzlich werden diese triftigen Gründe näher beschrieben.

37 cc) Schließlich liegt kein evidenter Missbrauch der Vollmachten vor.

38 (1) Als triftige Gründe für den Gebrauch der von dem Beteiligten zu 1 erteilten Vollmacht gelten nach dem Wortlaut des Vertrages unter anderem die Behebung etwaiger Planungsmängel sowie die Festlegung und Änderung von Sondernutzungsrechten. Solche Änderungen wurden mit dem zweiten bzw. dritten Nachtrag vorgenommen, da zum einen auf die Fehlplanung des Heizungsraums reagiert wurde (zweiter Nachtrag) und zum anderen sechs Stellplätze festgelegt und daran Sondernutzungsrechte begründet wurden (dritter Nachtrag). Die Änderungen führen auch nicht erkennbar zu einer unzumutbaren Beeinträchtigung der Erwerber. Aus der Lage der Stellplätze musste der Notar nicht auf eine wesentliche Beeinträchtigung des Mitgebrauchs des Gemeinschaftseigentums schließen, weil die Stellplätze unmittelbar vor der Tiefgarage und damit mutmaßlich an einer unauffälligen und von den Wohnungseigentümern regelmäßig nicht genutzten Stelle errichtet werden sollten. Da die Hintergründe für die Schaffung der Stellplätze nicht bekannt sind, hatte der Notar entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts auch keine Anhaltspunkte dafür, dass der Beteiligte zu 3 hiermit allein das Ziel verfolgte, sich einen finanziellen Vorteil zu verschaffen.

39 (2) Entsprechendes gilt die von dem Beteiligten zu 2 erteilte Vollmacht, deren Ausübung nicht einmal einen triftigen Grund erfordert.

40 4. Die Neutralitätspflicht des Notars steht der Einreichung der Änderungserklärungen vom 17.11.2017 bei dem Grundbuchamt nicht entgegen. Der Notar, der – wie hier – seiner Amtspflicht zur Einreichung vollzugsreifer Urkunden gemäß § 53 BeurkG nachkommt, verstößt auch dann nicht gegen seine Pflicht zu unabhängiger und unparteiischer Betreuung aus § 14 Abs. 1 Satz 2, Abs. 3 Satz 2 BNotO, wenn ein Beteiligter die Wirksamkeit der zu vollziehenden Erklärung mit beachtlichen Gründen bestreitet.

41 a) Allerdings hat der Senat entschieden, dass der Notar die Vollzugsanweisung in einem Kaufvertrag ablehnen muss, wenn ein Beteiligter die Wirksamkeit mit beachtlichen Gründen bestreitet und die Ausführung der Weisung, der Entschei-

derung des Streits vorgreifend, dem widersprechenden Beteiligten unter Umständen unberechtigterweise seine Rechte nähme. Dem lag die Erwägung zugrunde, dass der Notar, würde er eine solche Anweisung vollziehen, gerade dadurch die Grenzen der gebotenen unabhängigen und unparteilichen Betreuung überschritte und sich in die Rolle des Anwalts einer Partei begäbe. Anderes gelte nur, wenn die gegen die Wirksamkeit der Anweisung erhobenen Bedenken offensichtlich unbegründet seien (vgl. Senat, Beschluss vom 1.10.2015, V ZB 171/14, ZfIR 2016, 104 Rdnr. 25).

42 b) Würde diese Rechtsprechung folgerichtig auf die hier in Rede stehende Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Notar eine Urkunde im Sinne des § 53 BeurkG zu vollziehen hat, übertragen, hätte dies zur Folge, dass der Notar die Vollziehung ablehnen müsste, wenn ein Beteiligter mit beachtlichen Gründen die Unwirksamkeit der zugrunde liegenden Erklärung geltend machte. Dies ist jedoch nicht gerechtfertigt. Der Senat hält an der Entscheidung (kritisch hierzu *Weber*, DNotZ 2016, 85, 101; *Casper*, RNotZ 2018, 133, 158; *Heinemann*, ZfIR 2016, 108, 109, vgl. auch *Staudinger/Hertel*, Neub. 2017, BeurkG Rdnr. 658) nicht fest, soweit sich hieraus ein über die oben dargelegte Evidenzkontrolle hinausgehender strengerer Prüfungsmaßstab ergibt. Ob die von den Beteiligten zu 1 und 2 gegenüber dem Notar gegen die Wirksamkeit der Vollmachten angeführten Gründe trotz der fehlenden Evidenz als „beachtlich“ anzusehen wären, kann deshalb dahinstehen.

43 aa) Wie oben ausgeführt und sich insbesondere aus § 17 Abs. 2 BeurkG ergibt, schließen (bloße) Zweifel, die der Notar an der Wirksamkeit einer zu beurkundenden Erklärung hat, eine Beurkundung nicht grundsätzlich aus. Entsprechendes gilt, wenn es um die Vollziehung einer Erklärung im Sinne des § 53 BeurkG geht. Nur wenn die Unwirksamkeit für den Notar ohne jeden vernünftigen Zweifel erkennbar ist, darf er eine Erklärung weder beurkunden noch vollziehen. Hieraus folgt, dass der Notar auch bei Zweifeln an der Wirksamkeit von Erklärungen Vollzugsentscheidungen treffen kann. Es ist nicht seine Aufgabe, über die materiellrechtliche Wirksamkeit einer beurkundeten Willenserklärung zu befinden. Vollzieht er eine nicht evident unwirksame Urkunde im Sinne des § 53 BeurkG – Entsprechendes gilt für die Vollziehung einer ihm von beiden Beteiligten erteilten Anweisung – trotz möglicher Zweifel an der Wirksamkeit der Erklärung bzw. der Anweisung, begibt er sich nicht in die Rolle eines Anwalts, der die Interessen nur einer Vertragspartei wahrnimmt. Vielmehr nimmt er die Aufgaben wahr, die ihm von dem Gesetz als Organ der freiwilligen Gerichtsbarkeit übertragen sind (vgl. *Weber*, DNotZ 2016, 85, 101). Andernfalls würde zudem das mit § 53 BeurkG verfolgte Ziel der zügigen Abwicklung verfehlt. Danach ist der Notar verpflichtet, Willenserklärungen und Unterlagen bei dem Grundbuchamt mit der ihm möglichen und zumutbaren Beschleunigung einzureichen (vgl. Senat, Beschluss vom 16.10.2014, V ZB 223/12, WM 2015, 449 Rdnr. 14 m. w. N.). Hiermit trägt es sich nicht, wenn Zweifel an der Wirksamkeit des beurkundeten Geschäfts – mögen sie auch nicht offensichtlich unbegründet sein – genügen, den Vollzug auszusetzen.

44 bb) Dürfte der Notar die Urkunde auch dann nicht vollziehen, wenn er zwar von ihrer Unwirksamkeit nicht überzeugt

ist, ein Beteiligter aber beachtliche Gründe hierfür anführt, bestünde die Gefahr, dass der Notar – entgegen dem Wortlaut von § 53 BeurkG – vorsorglich jede einseitige Weisung eines Urkundsbeteiligten berücksichtigen würde, da die Abgrenzung von „beachtlichen“ und offensichtlich unbegründeten Einwendungen in der Praxis häufig zu Schwierigkeiten führen würde. Eine solche Rechtsfolge sieht das Gesetz aber nur für den speziell geregelten Fall des Widerrufs einer Verwahranweisung vor (vgl. § 60 Abs. 3 Satz 1 BeurkG = § 54c Abs. 3 Satz 1 BeurkG a. F.). Entgegen einer in der Literatur vereinzelt (vgl. *Sandkühler*, DNotZ 2009, 164, 171) vertretenen Auffassung sind diese Regelungen nicht auf die Fallgestaltungen des § 53 BeurkG übertragbar. Ausweislich der Gesetzesbegründung ging der Gesetzgeber von der Vergleichbarkeit der Fallgestaltungen der Verwahrfälle und des Vollzugs nach § 53 BeurkG aus (vgl. BT-Drucks. 13/4184, S. 38). Gleichwohl hat er ein gesondertes Verfahren nur für die Verwahrung eingeführt. Das rechtfertigt den Umkehrschluss, dass es in den Fällen des § 53 BeurkG bei dem eingeschränkten Prüfungsmaßstab verbleiben sollte (vgl. OLG Hamm, DNotZ 2006, 682, 684; OLG München, FGPrax 2008, 130, 131; *Lerch*, BeurkG, 5. Aufl., § 54c Rdnr. 9; gegen eine Anwendung von § 60 Abs. 3 Satz 3 Nr. 2 und 3 BeurkG auch *Eylmann/Vaasen/Limmer*, BNotO/BeurkG, § 53 BeurkG Rdnr. 13; *Armbrüster/Preuß/Renner/Seeger*, BeurkG, § 53 Rdnr. 40).

45 cc) Dies führt auch nicht zu einer faktischen Vorwegnahme der gerichtlichen Entscheidung über die zwischen den Beteiligten streitige Wirksamkeit der Erklärung. Die gebotene Unparteilichkeit hat der Notar durch die Ausgestaltung des Verfahrens zu wahren (§ 17 Abs. 2a Satz 1 BeurkG). Zu diesem Zweck trifft ihn die Pflicht, den Anhaltspunkten für Zweifel nachzugehen, den Beteiligten mitzuteilen und ihnen Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben (vgl. *Grein*, RNotZ 2004, 115, 118). Den beabsichtigten Vollzug einer Urkunde im Sinne des § 53 BeurkG muss er – wie hier geschehen – regelmäßig in einem Vorbescheid ankündigen, wenn einer der Urkundsbeteiligten dem Vollzug widerspricht, sodass der Betroffene zur Wahrung seiner Rechte um Rechtsschutz nachsuchen kann (vgl. *Armbrüster/Preuß/Renner/Seeger*, BeurkG, § 53 Rdnr. 39; *Eylmann/Vaasen/Limmer*, BNotO/BeurkG, § 53 BeurkG Rdnr. 15; *Winkler*, BeurkG, § 53 Rdnr. 43). Diese Vorgehensweise eröffnet dem betroffenen Beteiligten zum einen die Möglichkeit, im Rahmen des Verfahrens nach § 15 Abs. 2 BNotO die Entscheidung des Notars nach den oben genannten Grundsätzen prüfen zu lassen. Insoweit gilt allerdings nur ein eingeschränkter Prüfungsmaßstab. Zum anderen kann er seine Einwendungen zivilgerichtlich geltend machen und zur Verhinderung des Vollzugs der Urkunde ggf. eine einstweilige Verfügung des Prozessgerichts gegen den anderen Urkundsbeteiligten erwirken (vgl. OLG Köln, OLGZ 1990, 397, 401; OLG Hamm, OLGZ 1994, 495, 498; BayObLG, DNotZ 1998, 648, 650; NJW-RR 2000, 1231, 1232; OLG München, FGPrax 2008, 130, 132; *Armbrüster/Preuß/Renner/Seeger*, BeurkG, § 53 Rdnr. 39 f.; *Winkler*, BeurkG, § 53 Rdnr. 45).

46 IV. Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 15 Abs. 2 Satz 3 BNotO i. V. m. § 81 Abs. 1 Satz 1, § 84 FamFG. Die Festsetzung des Gegenstandswerts beruht auf § 61 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 36 Abs. 1 GNotKG und orientiert sich an der Festsetzung des Beschwerdegerichts.

ANMERKUNG:

Von Notar **Christian Esbjörnsson**, Rosenheim

Die Entscheidung ist aus drei Gründen relevant für die Praxis: Der BGH hat darin seine missglückte Entscheidung aus dem Jahr 2015 revidiert und den Prüfungsmaßstab des Notars bei Vollzugsanweisungen zutreffend auf eine reine Evidenzkontrolle eingeschränkt (1.). Er hat weiter das Verfahren des notariellen Vorbescheids bestätigt und als grundsätzlich obligatorisch für den Fall eines Widerspruchs eines Urkundsbeteiligten eingestuft (2.). Schließlich hat er sich zumindest vage zu der Frage der Gestaltung von Vollmachten für den teilenden Eigentümer zur späteren Änderung von Teilungserklärungen geäußert (3.).

1. Reine Evidenzkontrolle beim Urkundsvollzug

Mit dieser Entscheidung revidiert der BGH seine in der Literatur zu Recht kritisierte¹ Entscheidung² aus dem Jahr 2015. Er hatte damals entschieden, dass der Notar eine Weisung, deren Wirksamkeit eine Vertragspartei mit beachtlichen Gründen bestreitet, nicht ausführen dürfe, wenn dadurch der Entscheidung des Streits der Beteiligten vorgreifend dem Widersprechenden unter Umständen unberechtigterweise seine Rechte genommen würden. Allerdings folgt gerade aus der Neutralitätspflicht des Notars, dass er im Zweifel die ihm von beiden Vertragsparteien erteilte frühere Anweisung und nicht eine einseitige spätere Anweisung zu befolgen hat. Es ist ja gerade der Sinn der treuhänderischen Vollzugsbetreuung durch den Notar, dass Vollzugshandlungen auch und gerade dann, wenn die Beteiligten ihren Konsens hierüber später verloren haben, genauso wie ursprünglich von den Beteiligten vereinbart vorgenommen werden.³

Nun besinnt sich der BGH darauf, dass der Notar kein Spruchkörper ist, der die Beachtlichkeit von Wirksamkeitseinwänden prüfen könnte oder sollte, sondern nur im Evidenzfall seine Tätigkeit verweigern kann und darf. Andernfalls gebührt dem Vollzug der Urkunde gemäß § 53 BeurkG der Vorrang. Die Entscheidung ist daher zu begrüßen, beseitigt sie doch die seit dem Jahr 2015 bestehende Unklarheit über die notariellen Vollzugspflichten bei späteren Widersprüchen. Wie auch das Grundbuchamt⁴ muss der Notar daher nur bei offensichtlicher Unwirksamkeit vom Vollzug absehen.

2. Notarieller Vorbescheid bei einseitigem Widerspruch gegen den Vollzug

Aus der Neutralitätspflicht leitet der BGH nunmehr ab, dass der Notar den beabsichtigten Vollzug regelmäßig in Form eines Vorbescheids ankündigen muss, wenn ein Beteiligter dem Vollzug widerspricht. Damit verschafft er dem Beteilig-

ten die Möglichkeit, rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) zu erlangen. Dagegen kann ein Vorbescheid im Ausnahmefall entfallen und die Urkunde sofort vollzogen werden, insbesondere wenn der Widerspruch gegen den Vollzug evident unbegründet ist. Dem Notar muss dabei ein gewisser Beurteilungsspielraum verbleiben, ob er die Gründe als offensichtlich unbeachtlich ansieht. Der Erlass eines Vorbescheids kann daher kaum mehr amtspflichtwidrig sein. Eine Amtshaftung des Notars für die Verzögerung der Abwicklung des Vertrags wegen des Vorbescheids und eines sich etwaig anschließenden Beschwerdeverfahrens ist damit eigentlich ausgeschlossen.⁵

3. Gestaltung von Vollmachten zur Änderung der Teilungserklärung

Die materiellrechtlichen Fragen konnte der BGH wegen des auf die Evidenzkontrolle beschränkten Prüfungsumfangs im Beschwerdeverfahren nur anreißen. Erfreulich klar hat sich der BGH im Grundsatz sehr praxisorientiert dahin gehend positioniert, dass er vor dem Hintergrund der Notwendigkeit der späteren Planungsänderung bei Bauvorhaben im Grundsatz Vollmachten der Erwerber zur Änderung der Teilungserklärung anerkennt. Er hat aber auf die Klauselkontrolle nach § 308 Nr. 4 BGB hingewiesen und darauf, dass danach ein triftiger Grund für die nachträglich Änderungsbezugnis nicht nur bestehen, sondern grundsätzlich auch in der Klausel benannt werden müsse, damit für den anderen Vertragsteil zumindest ein gewisses Maß an Kalkulierbarkeit der möglichen Leistungsänderung besteht. Den entscheidenden Punkt, ob nicht die (übliche) Aufzählung nicht erlaubter Änderungen ausreicht, um die Klausel dem Vertragspartner gegenüber als zumutbar und auch kalkulierbar einzustufen, lässt der BGH offen. Hierbei wäre allerdings zu berücksichtigen, dass die von der Rechtsprechung entwickelten Kriterien zur Beurteilung der Zumutbarkeit für solche Vollmachten zur Änderung der Teilungserklärung nur begrenzt passend sind. Denn die typische Interessenlage des Erwerbers geht dahin, dass für ihn selbst aus solchen Änderungen kein relevanter Nachteil entstehen soll, während ihm dagegen viele Änderungen völlig gleichgültig sein können. Es kommt daher für die Beurteilung der Zumutbarkeit kaum auf Änderungsmotive, sondern vor allem auf die Reichweite der Änderung an. Hinzu kommt, dass mit dem Notar als neutralen Amtsträger eine den Vertragspartner vor Übermaß schützende Institution in den üblichen Klauseln bereits eingeplant ist.

Ebenso offen bleibt die Frage, wie lange eine solche Vollmacht gültig sein darf. Der Entscheidung sind aber jedenfalls keinerlei Anhaltspunkte zu entnehmen, dass der BGH die Konstruktion der im Außenverhältnis (insbesondere wegen des grundbuchrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatzes) unbeschränkten Vollmacht verbunden mit die Zumutbarkeit für den Vollmachtgeber regelnden Beschränkungen im Innenverhältnis missbilligen würde.

Es ist daher nach wie vor davon auszugehen, dass die Vollmacht im Außenverhältnis wegen des grundbuchrechtlichen

1 Etwa *Weber*, DNotZ 2016, 85, 101; *Heinemann*, ZfIR 2016, 108, 109; *Kasper*, RNotZ 2018, 133, 158.

2 BGH, Beschluss vom 1.10.2015, V ZB 171/14, DNotZ 2016, 151.

3 *Kasper*, RNotZ 2018, 133, 158.

4 Dazu OLG München, Beschluss vom 17.2.2009, 34 Wx 91/08, MittBayNot 2010, 129, 130.

5 Ähnlich *Cramer*, NJW 2020, 610, 616.

Bestimmtheitsgrundsatzes unbeschränkt sein muss und dass die Zumutbarkeit im Sinne von § 308 Nr. 4 BGB allein durch Beschränkungen im Innenverhältnis herbeigeführt werden kann. Hierbei muss jedenfalls geregelt werden, dass dem Käufer keine zusätzlichen Verpflichtungen auferlegt werden dürfen, sein Sondereigentum und etwaige Sondernutzungsrechte unangetastet bleiben müssen und das zu dessen Benutzung erforderliche Gemeinschaftseigentum nicht mehr als unwesentlich beeinträchtigt werden darf. Außerdem muss eine Überwachung durch den Notar vorgesehen werden. Höchst vorsorglich sollten triftige Gründe als Voraussetzung für die Verwendung der Vollmacht angegeben werden und die Vollmacht sollte einer absoluten zeitlichen Obergrenze für den Fall unterliegen, dass der Bauträger noch länger Miteigentümer der Anlage bleibt und daher die übliche zeitliche Begrenzung zu einer sehr langen Laufzeit über die Fertigstellung hinaus führt.

ÖFFENTLICHES RECHT

24. Wohnungseigentum: zulässige Nutzung eines „Ladens“ als Eltern-Kind-Zentrum

BGH, Urteil vom 13.12.2019, V ZR 203/18 (Vorinstanz: OLG München, Beschluss vom 17.7.2018, 18 U 1148/17)

BGB §§ 906, 1004 Abs. 1

BImSchG § 22 Abs. 1a Satz 1

LadSchlG § 3 Satz 1 Nr. 2

WEG §§ 8, 13 Abs. 1, § 15 Abs. 1

LEITSÄTZE:

1. Bei der Prüfung, ob sich eine nach dem in der Teilungserklärung vereinbarten Zweck (hier: „Laden mit Lager“) ausgeschlossene Nutzung (hier: Betreiben eines Eltern-Kind-Zentrums) als zulässig erweist, weil sie bei typisierender Betrachtungsweise nicht mehr stört als die vorgesehene Nutzung, ist regelmäßig die Ausstrahlungswirkung des § 22 Abs. 1a BImSchG auf das Wohnungseigentumsrecht zu berücksichtigen; dies gilt auch dann, wenn die Teilungserklärung vor Einfügung dieser Vorschrift in das BImSchG errichtet worden ist.
2. Der Einordnung eines Eltern-Kind-Zentrums als „Kindertageseinrichtung“ bzw. als eine „ähnliche Einrichtung“ im Sinne des § 22 Abs. 1a BImSchG steht nicht entgegen, dass die Veranstaltungen teilweise – neben den Angeboten nur für Kinder – unter Beteiligung von Familienmitgliedern durchgeführt werden und auch den Austausch der Eltern untereinander fördern sollen.
3. Für die Anwendung des § 22 Abs. 1a Satz 1 BImSchG ist es unerheblich, dass ein Eltern-Kind-Zentrum zusätzlich zu den privilegierten Angeboten

nicht privilegierte Angebote ausschließlich an die Eltern macht, solange diesen Angeboten eine nur untergeordnete Bedeutung zukommt.

SACHVERHALT:

1 Die beiden Kläger und der Streithelfer des beklagten eingetragenen Vereins sind Mitglieder einer Wohnungs- und Teileigentümergeinschaft in M. Der Streithelfer hat seine im Erdgeschoss belegene Teileigentumseinheit, die in der Teilungserklärung aus dem Jahr 1987 als „Laden mit Lager“ bezeichnet ist, an den Beklagten vermietet. Die Wohnung der Kläger befindet sich im ersten Obergeschoss unmittelbar über den von dem Beklagten genutzten Räumlichkeiten. Dieser betreibt dort ein sog. Eltern-Kind-Zentrum. Dessen Ziel ist es laut Satzung unter anderem, der zunehmenden Isolation von Eltern entgegenzuwirken, die sich aus der Situation der Familien in der Großstadt ergibt. Montags bis freitags ist das Zentrum zwischen 9.00 Uhr und 18.00 Uhr geöffnet. Vormittags findet ein „Mini-Kindergarten“ für Kinder im Alter zwischen 18 und 36 Monaten statt, montags und freitags des Weiteren der Kurs „Deutsch als Fremdsprache“ für Eltern. Nachmittags veranstaltet der Beklagte ein „offenes Spielzimmer“ für Kinder und Familienangehörige mit Kaffee und Kuchen sowie Spielecke, ferner weitere Kinderkurse (Zeichenkurse, Musikurse, Zumba Kids). Ebenfalls überwiegend nachmittags finden sog. offene Spielgruppen in verschiedenen Sprachen für Kinder und Eltern statt. Samstags treffen sich von 10.30 Uhr bis 12.30 Uhr die „Scuola Italiana“ für Kinder von 4 bis 6 Jahren und einmal pro Monat von 13.00 Uhr bis 16.00 Uhr die „Girl Scouts“ (Pfadfinderinnen von der zweiten bis zur achten Jahrgangsstufe). Unregelmäßig finden Kinderfeiern, zum Beispiel Faschingsfeiern, Flohmärkte und Vorträge statt.

2 Die Kläger verlangen von dem Beklagten mit dem Hauptantrag die Unterlassung der Nutzung der Räumlichkeiten als Eltern-Kind-Zentrum. Hilfsweise soll der Beklagte es unterlassen, auf einer näher bezeichneten Außenfläche vor der Teileigentumseinheit Kinderwagen und Fahrräder abzustellen; zudem soll er durch geeignete Maßnahmen sicherstellen, dass die Immissionen in der Wohnung der Kläger einen Pegel von 52 dB (A) nicht überschreiten. Das LG hat dem Hauptantrag stattgegeben. Die dagegen gerichtete Berufung des Beklagten vor dem OLG ist erfolglos geblieben. Mit der von dem Senat zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Kläger beantragen, verfolgt der Beklagte seinen Klageabweisungsantrag weiter.

AUS DEN GRÜNDEN:

3 I. Nach Ansicht des Berufungsgerichts steht den Klägern der mit dem Hauptantrag geltend gemachte Unterlassungsanspruch zu. Bei der in der Teilungserklärung enthaltenen Angabe „Laden mit Lager“ handele es sich um eine Zweckbestimmung mit Vereinbarungscharakter im Sinne des § 15 Abs. 1 WEG. Die von der vereinbarten Nutzung abweichende tatsächliche Nutzung als Eltern-Kind-Zentrum sei unzulässig, da diese bei typisierender Betrachtungsweise mehr störe als die vorgesehene Nutzung. Dies genüge für einen Anspruch aus § 1004 Abs. 1 BGB, ohne dass eine nach § 906 BGB nicht mehr hinzunehmende Beeinträchtigung nachzuweisen sei. In einem Laden halte man sich nicht in Gruppen über einen längeren Zeitraum auf; ebenso wenig fänden dort gemeinsame Aktivitäten (wie etwa Spielen, Singen, Tanzen) mit festen Anfangs- und Endzeiten oder ein Austausch bzw. geselliges Beisammensein mit Kaffee und Kuchen wie bei dem Betrieb eines Cafés statt. Dies lasse bereits nach der Lebenserfahrung im Hinblick auf Gespräche, Gelächter und Musik sowie körperliche Bewegung eine deutlich störendere und konzentriertere Geräuschkentwicklung als bei einer Verkaufsstätte zum Vertrieb von Waren erwarten. Die Privilegierung des

§ 22 Abs. 1a BImSchG bzw. dessen Ausstrahlungswirkung komme dem Beklagten nicht zugute. Angesichts der nicht nur unwesentlichen Ausrichtung der Veranstaltungen des Eltern-Kind-Zentrums auf die Familie insgesamt unter Einbeziehung von Eltern, Großeltern, etc. handele es sich weder um eine „Kindertageseinrichtung“ noch um eine „ähnliche Einrichtung“ im Sinne der Vorschrift. Aufgrund der einheitlichen Zielsetzung des Eltern-Kind-Zentrums als Begegnungsstätte ließen sich seine Angebote auch nicht in solche, die nur an Kinder gerichtet seien, und sonstige Aktivitäten aufteilen.

4 II. Dies hält rechtlicher Nachprüfung in einem wesentlichen Punkt nicht stand. Die Kläger können von dem Beklagten nicht verlangen, die Nutzung als Eltern-Kind-Zentrum zu unterlassen; der Hauptantrag ist unbegründet.

5 1. Der rechtliche Ausgangspunkt des Berufungsgerichts ist allerdings zutreffend. Widerspricht die Nutzung einer Teileigentumseinheit durch den Mieter – hier der Beklagte – einer in der Teilungserklärung enthaltenen Zweckbestimmung, können die Wohnungseigentümer grundsätzlich nicht nur den vermietenden Wohnungseigentümer auf Unterlassung der (gesamten) Nutzung in Anspruch nehmen, sondern auch den Mieter. Ein solcher Anspruch gegen den Mieter ergibt sich, wie der Senat jüngst entschieden hat, aus § 1004 Abs. 1 BGB (Urteil vom 25.10.2019, V ZR 271/18, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt).

6 2. Von Rechts wegen nicht zu beanstanden ist auch die weitere Auffassung des Berufungsgerichts, bei der in der Teilungserklärung (im weiteren Sinne, vgl. Senat, Urteil vom 23.3.2018, V ZR 307/16, NJW-RR 2018, 1227 Rdnr. 6) enthaltene Angabe „Laden mit Lager“ handele es sich um eine Zweckbestimmung im Sinne des § 15 Abs. 1 WEG. Die von der Revision hiergegen erhobenen Einwendungen sind unbegründet.

7 a) Die Teilungserklärung ist Bestandteil der Grundbucheintragung, ihre Auslegung unterliegt daher vollen Umfangs der Nachprüfung durch das Revisionsgericht. Maßgebend sind ihr Wortlaut und Sinn, wie er sich aus unbefangener Sicht als nächstliegende Bedeutung der Eintragung ergibt, weil sie auch die Sonderrechtsnachfolger der Sondereigentümer bindet. Umstände außerhalb der Eintragung dürfen nur herangezogen werden, wenn sie nach den besonderen Verhältnissen des Einzelfalls für jedermann ohne Weiteres erkennbar sind (st. Rspr., vgl. nur Senat, Urteile vom 8.3.2019, V ZR 330/17, WM 2019, 275 Rdnr. 18 und vom 22.3.2019, V ZR 145/18, juris Rdnr. 7 jeweils m. w. N.). Die Nutzung des Sondereigentums wird über die mit der Einordnung als Wohnungs- oder Teileigentum verbundene Zweckbestimmung hinaus nur dann auf bestimmte Zwecke beschränkt, wenn dies aus der Teilungserklärung klar und eindeutig hervorgeht. Bei nächstliegender Auslegung kann allerdings schon eine schlichte Bezeichnung in der Teilungserklärung als Zweckbestimmung zu verstehen sein (vgl. Senat, Urteil vom 22.3.2019, V ZR 298/16, ZfIR 2019, 405 Rdnr. 8 m. w. N.; siehe auch Senat, Urteil vom 10.7.2015, V ZR 169/14, WM 2015, 639 Rdnr. 18: „Ladenraum“).

8 b) Daran gemessen ist es nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht es als nächstliegend ansieht, die in der der

Teilungserklärung beigefügten Aufstellung über das neu gebildete Wohnungs- und Teileigentum gewählte und so auch ausdrücklich im Grundbuch eingetragene Bezeichnung „Laden mit Lager“ als Zweckbestimmung anzusehen. Die Gemeinschaftsordnung, die ebenfalls Bestandteil der Grundbucheintragung geworden ist, nimmt diese Zweckbestimmung nicht zurück und erlaubt keine weitergehende Nutzung der Teileigentumseinheit zu dem Betrieb jeglichen Gewerbes. Ohne Erfolg beruft sich die Revision auf § 2 Nr. 5 der Gemeinschaftsordnung; darin wird lediglich geregelt, dass die gewerbliche Nutzung der nach dem Aufteilungsplan zur gewerblichen Nutzung vorgesehenen Räumlichkeiten keiner Genehmigung des Verwalters bedarf. Aus der von der Revision angeführten Entscheidung des OLG Frankfurt a. M. (ZWE 2013, 211), der ein anderer Sachverhalt zugrunde lag, ergibt sich nichts anderes.

9 3. Rechtsfehlerhaft geht das Berufungsgericht jedoch davon aus, die von der vereinbarten Nutzung „Laden mit Lager“ abweichende tatsächliche Nutzung der Räumlichkeiten als Eltern-Kind-Zentrum störe bei typisierender Betrachtungsweise mehr als die vorgesehene Nutzung. Die Feststellungen des Berufungsgerichts tragen diese Annahme nicht.

10 a) Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats kann sich eine – wie hier – nach dem vereinbarten Zweck abgeschlossene Nutzung als zulässig erweisen, wenn sie bei typisierender Betrachtungsweise nicht mehr stört als die vorgesehene Nutzung. Entscheidend ist dabei, dass eine solche anderweitige Nutzung die übrigen Wohnungseigentümer nicht über das Maß hinaus beeinträchtigt, das bei einer Nutzung zu dem vereinbarten Zweck typischerweise zu erwarten ist (Senat, Urteil vom 10.7.2015, V ZR 169/14, WM 2015, 639 Rdnr. 21; Urteil vom 27.10.2017, V ZR 193/16, ZfIR 2018, 17 Rdnr. 9 m. w. N.). Diese Einschränkung des Unterlassungsanspruchs, auf die sich auch ein Mieter berufen kann, dem ein Wohnungseigentümer die Nutzung überlassen hat (vgl. auch BeckOK-WEG/Müller, Stand: 1.8.2019, § 14 Rdnr. 119; Simon, NZM 2000, 848, 853; i. E. auch Armbrüster/Müller, ZMR 2007, 321, 326), ist nach den Grundsätzen einer ergänzenden Vertragsauslegung gerechtfertigt. Eine solche ist sowohl bei der Auslegung von Vereinbarungen der Wohnungseigentümer als auch bei der Auslegung von einseitigen Willenserklärungen möglich, zu denen die Teilungserklärung nach § 8 WEG zählt. Weist diese eine Lücke auf, kann sie nach den Regeln der ergänzenden Auslegung geschlossen werden, wenn sich bei der gebotenen objektiven Auslegung „aus sich selbst heraus“ ein bestimmter hypothetischer Wille des teilenden Eigentümers feststellen lässt. Hierfür ist darauf abzustellen, welche Regelung der teilende Eigentümer bei einer angemessenen Abwägung der berührten Interessen nach Treu und Glauben redlicherweise getroffen hätte, wenn er den von ihm nicht geregelten Fall bedacht hätte (vgl. zum Ganzen Senat, Beschluss vom 7.10.2004, V ZB 22/04, BGHZ 160, 354, 357 ff.). Der hypothetische Wille des teilenden Eigentümers geht bei einer Zweckbestimmung grundsätzlich nicht dahin, den Wohnungs- und Teileigentümern eine bestimmte Gestaltung ihres Privat- oder Berufslebens vorzugeben und das ihnen gemäß Art. 14 GG i. V. m. § 13 Abs. 1 WEG zustehende Recht zur Nutzung ihres Eigentums (vgl. hierzu Senat, Urteil vom 15.1.2010, V ZR 72/09, NJW 2010, 3093 Rdnr. 16) über Gebühr einzuschränken. Vielmehr soll in erster Linie das Maß der hinzunehmenden

Störungen festgelegt werden (vgl. in diesem Sinne auch Jenißen/Schultzky, WEG, 6. Aufl., § 15 Rdnr. 17; Bärmann/Suilmann, WEG, 14. Aufl., § 15 Rdnr. 16, 30; BeckOGK-WEG/Fritsche, Stand: 1.8.2019, § 15 Rdnr. 34.1; siehe auch LG München I, ZWE 2011, 275, 276). Solange dieses Maß eingehalten wird, fehlt es in der Regel ebenso wie bei einer der Zweckbestimmung entsprechenden Nutzung an einem schutzwürdigen Abwehrinteresse der anderen Wohnungseigentümer (vgl. Armbrüster/Müller, ZMR 2007, 321, 326; Dötsch, ZfIR 2012, 458, 459; BeckOK-WEG/Müller, § 15 Rdnr. 200). Dies spricht wiederum für den hypothetischen Willen des teilenden Eigentümers, solche Nutzungen zuzulassen. Da die Teilungserklärung – wie auch sonstige Grundbucheintragungen – aus sich heraus objektiv und normativ auszulegen ist (vgl. Senat, Urteil vom 15.12.2017, V ZR 275/16, NZM 2018, 909 Rdnr. 11), bedarf es bei der Festlegung des zulässigen Maßes der Nutzung und der noch hinnehmbaren Beeinträchtigungen einer typisierenden Betrachtungsweise.

11 b) Diese Rechtsprechung wird von dem Berufungsgericht im Ausgangspunkt berücksichtigt. Bei der näheren Bestimmung des Maßes der Beeinträchtigungen, die nach der Teilungserklärung hinzunehmen sind, geht es auch zutreffend davon aus, dass unter einem „Laden“ Geschäftsräume verstanden werden, in denen ständig Waren zum Verkauf dargeboten werden und bei denen der Charakter einer bloßen Verkaufsstätte im Vordergrund steht (Senat, Urteil vom 10.7.2015, V ZR 169/14, WM 2015, 639 Rdnr. 20 m. w. N.; Urteil vom 25.10.2019, V ZR 271/18, zur Veröffentlichung bestimmt). Es handelt sich um Räumlichkeiten, in denen sich Personal aufhält, während der Öffnungszeiten Kunden ein- und ausgehen und gelegentlich Waren angeliefert werden und die von Kunden sowie Lieferanten mit Fahrzeugen angefahren werden (vgl. OLG Düsseldorf, NZM 2003, 979, 980). Von Rechts wegen nicht zu beanstanden ist zudem die Annahme, dass die Geräusche, die von einem Eltern-Kind-Zentrum im Hinblick auf die dort typischerweise stattfindenden gemeinsamen Aktivitäten der Kinder und ihrer Familienangehörigen ausgehen, in tatsächlicher Hinsicht regelmäßig konzentrierter und lauter sind, als dies bei einer Verkaufsstätte zum Vertrieb von Waren üblicherweise zu erwarten ist. Insoweit werden von dem Beklagten auch keine Einwendungen erhoben.

12 c) Das Berufungsgericht verkennt im Ausgangspunkt auch nicht, dass bei der Prüfung, ob sich eine nach dem in der Teilungserklärung vereinbarten Zweck ausgeschlossene Nutzung als zulässig erweist, weil sie bei typisierender Betrachtungsweise nicht mehr stört als die vorgesehene Nutzung, regelmäßig die Ausstrahlungswirkung des § 22 Abs. 1a BImSchG auf das Wohnungseigentumsrecht zu berücksichtigen ist.

13 aa) Nach § 22 Abs. 1a Satz 1 BImSchG sind Geräuscheinwirkungen, die von Kindertageseinrichtungen, Kinderspielplätzen und ähnlichen Einrichtungen wie beispielsweise Ballspielplätzen durch Kinder hervorgerufen werden, im Regelfall keine schädliche Umwelteinwirkung. Dies hat nicht nur Bedeutung für das öffentlichrechtliche Immissionschutzrecht. Vielmehr kommt der Vorschrift nach dem Willen des Gesetzgebers eine Ausstrahlungswirkung auch auf das Zivilrecht einschließlich des Wohnungseigentumsrechts zu und zwar selbst dann, wenn die Kindergeräusche nicht von einer Einrichtung im

Sinne des § 22 Abs. 1a BImSchG ausgehen (vgl. BT-Drucks. 17/4836, S. 7; siehe auch Senat, Urteil vom 13.7.2012, V ZR 204/11, NJW-RR 2012, 1292 Rdnr. 11; BGH, Urteil vom 29.4.2015, VIII ZR 197/14, BGHZ 205, 177 Rdnr. 27). Handelt es sich um eine Einrichtung gemäß der Vorschrift, gilt die Ausstrahlungswirkung erst recht mit der Folge, dass die nach der Vorschrift privilegierten Geräuscheinwirkungen bei der Frage, ob eine Nutzung mehr stört als eine nach der Teilungserklärung vorgesehene, außer Betracht bleiben müssen.

14 bb) Zu beachten ist allerdings, dass von vorneherein kein Raum für eine ergänzende Vertragsauslegung ist und damit auch eine Ausstrahlungswirkung des § 22 Abs. 1a BImSchG mit der dortigen Privilegierung bestimmter Geräuscheinwirkungen nicht zum Tragen kommen kann, wenn die in der Teilungserklärung getroffene Regelung bewusst abschließend sein sollte. In diesem Fall fehlt es an einer Regelungslücke (vgl. allgemein BGH, Urteil vom 24.4.1985, IV b ZR 17/84, NJW 1985, 1835, 1836). § 22 Abs. 1a BImSchG nimmt dem teilenden Eigentümer nicht das Recht, die Nutzung der Einheiten als Einrichtung im Sinne des § 22 Abs. 1a BImSchG auszuschließen. Dies kann ausdrücklich und ausnahmsweise auch konkludent erfolgen. Ist beispielsweise eine Teileigentumsanlage nach den in der Teilungserklärung enthaltenen Zweckbestimmungen als sog. Ärztehaus konzipiert, scheidet die Nutzung einer Teileigentumsseinheit als Kindertageseinrichtung ungeachtet ihres Störungspotenzials aus, weil eine solche Nutzung mit dem professionellen Charakter der Anlage nicht zu vereinbaren ist (vgl. Senat, Urteil vom 23.3.2018, V ZR 307/16, NJW-RR 2019, 1227 Rdnr. 9).

15 cc) So liegt es hier aber schon deshalb nicht, weil es sich um eine gemischte Anlage handelt, in der sowohl eine Wohnnutzung stattfindet als auch Teileigentumsseinheiten vorhanden sind, die als Büros und Läden genutzt werden dürfen. Damit ist der Weg einer ergänzenden Vertragsauslegung in dem Sinne, dass durch die einzelnen Zweckbestimmungen das Maß der hinzunehmenden Störungen festgelegt werden, nicht von vorneherein verschlossen. In diesem Rahmen ist auch die Ausstrahlungswirkung des § 22 Abs. 1 BImSchG zu berücksichtigen, wobei dies nicht automatisch die Zulässigkeit der Nutzung zur Folge hat. Wenn nämlich die Nutzung als Einrichtung gemäß § 22 Abs. 1a BImSchG auch unter Berücksichtigung der von der Vorschrift gewährten Privilegierung mehr stört als die nach der Zweckbestimmung zulässige, können die Wohnungseigentümer Unterlassung der Nutzung verlangen. Darf beispielsweise die Einheit nach der Teilungserklärung nur zu Wohnzwecken genutzt werden, mag zwar die Nutzung für eine Kindertagespflege („Tagesmutter“, vgl. dazu Dötsch, ZfIR 2012, 458; siehe auch Senat, Urteil vom 13.7.2012, V ZR 204/11, ZfIR 2012, 744 Rdnr. 6 f. zu der teilgewerblichen Nutzung einer Wohnung als Pflegestelle für bis zu fünf Kleinkindern) nicht grundsätzlich unzulässig sein. Die Nutzung als Einrichtung gemäß § 22 Abs. 1a BImSchG dürfte demgegenüber wegen des erhöhten Publikumsverkehrs regelmäßig ausscheiden.

16 Hier stützt das Berufungsgericht seine Entscheidung aber gerade auf die von der Nutzung des Beklagten ausgehenden, bei Vorliegen einer Einrichtung im Sinne des § 22 Abs. 1a BImSchG also privilegierten Geräuscheinwirkungen durch Kin-

der und ihre Familienangehörigen, die konzentrierter und lauter seien als die bei einer Ladennutzung zu erwartenden Geräusche.

17 dd) Entgegen der von dem Prozessbevollmächtigten der Kläger in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat vertretenen Auffassung ist die Ausstrahlungswirkung des BlmSchG auch dann zu beachten, wenn die Teilungserklärung noch vor der Einfügung des § 22 Abs. 1a in das BlmSchG errichtet worden ist. So liegt es hier, weil die Teilungserklärung aus dem Jahr 1987 stammt, während § 22 Abs. 1a BlmSchG erst im Jahr 2011 durch das Zehnte Gesetz zur Änderung des Bundes-Immissionsschutzgesetzes vom 20.7.2011 in das Gesetz eingefügt worden ist (BGBl. I, S. 1474). Wie gezeigt, beruht die Ausnahme eines Unterlassungsanspruchs in den Fällen, in denen die tatsächliche Nutzung bei einer typisierenden Betrachtungsweise nicht mehr stört als die nach der Zweckbestimmung erlaubte, auf einer ergänzenden Auslegung der Teilungserklärung. Eine ergänzende Vertragsauslegung ist aber nicht nur bei einer von Anfang an bestehenden Lücke möglich, sondern auch dann, wenn die Lücke erst nachträglich durch eine Änderung der wirtschaftlichen oder – wie hier – rechtlichen Verhältnisse entsteht (vgl. Palandt/*Grüneberg*, 78. Aufl., § 157 Rdnr. 3 m. w. N.). Bei der Bestimmung des hypothetischen Willens des teilenden Eigentümers ist – wie auch sonst bei einer ergänzenden Vertragsauslegung – darauf abzustellen, welche Regelung er bei einer angemessenen Abwägung der berührten Interessen nach Treu und Glauben redlicherweise getroffen hätte, wenn er den von ihm nicht geregelten Fall bedacht hätte (vgl. nur Senat, Beschluss vom 7.10.2004, V ZB 22/04, BGHZ 160, 354 Rdnr. 21 ff.; BGH, Urteil vom 24.1.2008, III ZR 79/07, NJW-RR 2008, 562 Rdnr. 15 m. w. N.). Ein solcher Eigentümer hätte die von dem Gesetzgeber ausdrücklich gewünschte Privilegierung von Kinderlärm auch bei der Festlegung, welche Nutzungen erlaubt sein sollen, in Rechnung gestellt.

18 d) Das von dem Beklagten betriebene Eltern-Kind-Zentrum ist als Kindertageseinrichtung bzw. jedenfalls als eine „ähnliche“ Einrichtung im Sinne des § 22 Abs. 1a BlmSchG zu qualifizieren. Anders als das Berufungsgericht meint, steht dieser Einordnung nicht entgegen, dass die Angebote teilweise – neben den Angeboten nur für Kinder (Mini-Kindergarten, Zeichenkurse, Musikurse, Zumba Kids, „Scuola Italiana“, Treffen der „Girl Scouts“ und unregelmäßig stattfindende Kinderfeiern) – unter Beteiligung von Familienmitgliedern durchgeführt werden (offene Spielzimmer und offene Spielgruppen) und auch den Austausch der Eltern untereinander fördern sollen. Unerheblich für die Anwendung des § 22 Abs. 1a BlmSchG ist ferner, dass ein Eltern-Kind-Zentrum zusätzlich zu den privilegierten Angeboten auch nicht privilegierte Angebote ausschließlich an die Eltern macht, solange diesen Angeboten eine nur untergeordnete Bedeutung zukommt.

19 aa) Unter „Kindertageseinrichtungen“ im Sinne des § 22 Abs. 1a BlmSchG sind nach dem Willen des Gesetzgebers Einrichtungen zu verstehen, in denen sich Kinder für einen Teil des Tages oder ganztägig aufhalten und in Gruppen gefördert werden. Insoweit wird in der Gesetzesbegründung auf das Begriffsverständnis in § 22 Abs. 1 Satz 1 SGB VIII verwiesen (vgl. BT-Drucks. 17/4836, S. 6). Unter „ähnlichen Einrich-

tungen“ wie Kindertageseinrichtungen im Sinne des § 22 Abs. 1a BlmSchG versteht der Gesetzgeber bestimmte Formen der Kindertagespflege gemäß § 22 Abs. 1 Satz 2 SGB VIII, die nach ihrem Erscheinungsbild ähnlich wie Kindertageseinrichtungen betrieben werden, wie dies beispielsweise bei Kinderläden der Fall ist (vgl. BT-Drucks. 17/4836, S. 6). Dabei handelt es sich um private Einrichtungen, die von Eltern zum Zweck der gemeinsamen wechselseitigen Kinderbetreuung selbst verwaltet werden, ohne diese Aufgabe an Dritte zu delegieren (vgl. dazu BeckOGK-SGB VIII/*Janda*, Stand: 1.7.2019, § 45 Rdnr. 34.3; § 77 Rdnr. 12; jurisPK-SGB VIII/*Rixen*, 2. Aufl., § 25 Rdnr. 7; Wiesner/*Struck*, SGB VIII, 5. Aufl., § 25 Rdnr. 2; *Winheller*, DStR 2013, 2009, 2012). Privilegiert sind zudem Kinderspielplätze und ihnen ähnliche Einrichtungen. Darunter sind kleinräumige Einrichtungen zu verstehen, die auf spielerische und körperlich-spielerische Aktivitäten von Kindern zugeschnitten sind und die wegen ihrer sozialen Funktion regelmäßig wohngebietsnah gelegen sein müssen (vgl. BT-Drucks. 17/4836, S. 6).

20 bb) Wie schon der Verweis des Gesetzgebers auf Kinderläden belegt, darf der Begriff der Kindertageseinrichtung bzw. einer ähnlichen Einrichtung nicht zu eng gefasst werden. Nur ein offenes Verständnis entspricht dem gesetzgeberischen Ziel, durch § 22 Abs. 1a BlmSchG eine Privilegierungsregelung von „grundsätzlicher Natur“ zu schaffen, und vor dem Hintergrund, dass Kinderlärm unter einem besonderen Toleranzgebot der Gesellschaft steht, ein klares gesetzgeberisches Signal für eine kinderfreundliche Gesellschaft zu setzen (vgl. BT-Drucks. 17/4836, S. 1, 4 u. 7). Für eine weite Auslegung spricht auch, dass der Gesetzgeber auf die (weite) Begrifflichkeit im Sozialrecht (§ 22 Abs. 1 Satz 1 SGB VIII) Bezug nimmt.

21 cc) Unter Beachtung dieses gesetzgeberischen Ziels handelt es sich bei dem Eltern-Kind-Zentrum um eine Kindertageseinrichtung im Sinne des § 22 Abs. 1a BlmSchG bzw. jedenfalls um eine „ähnliche Einrichtung“.

22 (1) Dass ein nicht unerheblicher Teil der Veranstaltungen nicht ausschließlich an Kinder gerichtet ist, sondern die Beteiligung von Familienmitgliedern einschließt (offenes Spielzimmer und offene Spielgruppen) und damit auch den Austausch der Eltern untereinander fördern soll, ändert entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts an dem Vorliegen einer Einrichtung im Sinne des § 22 Abs. 1a BlmSchG nichts. Geschützt werden sollen gerade auch neue Angebotsformen, die über die traditionelle Kinderbetreuung hinausgehen. Eine solche bietet der Beklagte allerdings auch an, und zwar in Gestalt des Mini-Kindergartens und der übrigen nur auf Kinder ausgerichteten Veranstaltungen wie Zeichenkurse, Musikurse, Zumba Kids und „Scuola Italiana“. Offen bleiben kann, ob die von dem Beklagten an die Kinder und – teilweise – gleichzeitig an deren Eltern gerichteten Angebote sämtlich als Angebote einer Kindertageseinrichtung oder einer ähnlichen Einrichtung im Sinne des § 22 Abs. 1a BlmSchG zu qualifizieren sind. Dass bei einigen Veranstaltungen (offenes Spielzimmer, offene Spielgruppen, Treffen der „Girl Scouts“ und unregelmäßige Kinderfeiern wie Faschingsfeiern) das für Kindertageseinrichtungen konstituierende Merkmal der Förderung (vgl. dazu VG Neustadt, BlmSchG-Rspr. § 22 Nr. 196 S. 13 und jurisPK-SGB VIII/*Rixen*, § 22 Rdnr. 12) weniger im Vordergrund steht,

ist unschädlich. Hinsichtlich dieser Angebote handelt es sich bei dem Eltern-Kind-Zentrum jedenfalls um eine „ähnliche Einrichtung“ wie einen Kinderspielplatz. Solche Einrichtungen, die auf spielerische oder körperlich-spielerische Aktivitäten von Kindern zugeschnitten sind, werden gleichermaßen von § 22 Abs. 1a BImSchG geschützt (vgl. BT-Drucks. 17/4836, S. 6). Ebenso wie bei Kinderspielplätzen (vgl. dazu BVerwG, NJW 1992, 1779, 1780) ist hierbei die Anwesenheit von Familienangehörigen zur Beaufsichtigung und Betreuung die Regel.

23 (2) Soweit der Beklagte Angebote ausschließlich an Eltern richtet, wie dies auf der Grundlage der Feststellungen des Berufungsgerichts insbesondere bei dem zweimal wöchentlich stattfindendem Kurs „Deutsch als Fremdsprache“ der Fall ist, wohl aber auch bei den unregelmäßigen Flohmärkten und Vorträgen, kommt ihnen im Vergleich zu den an die Kinder alleine bzw. an diese zusammen mit ihren Eltern gerichteten Angeboten, die zeitlich und von ihrer Bedeutung her im Mittelpunkt der Tätigkeit des Beklagten stehen, nur eine untergeordnete Bedeutung zu. Sie nehmen dem Eltern-Kind-Zentrum nicht die Eigenschaft als Einrichtung im Sinne des § 22 Abs. 1a BImSchG. Entsprechendes gilt für die weiteren Angebote, die der Beklagte nach dem – auf Vortrag in den Tatsacheninstanzen gestützten – Vorbringen der Kläger in der Revisionserwidern ausschließlich an Erwachsene richten soll (Yogakurse, Body-Work-Out-Kurse für Mütter, Erste-Hilfe-Kurse, Seminare, Treffen von Eltern-Kind-Initiativen sowie Theatergruppen). Dies ändert allerdings nichts daran, dass § 22 Abs. 1a BImSchG nur die unmittelbar und mittelbar durch Kinder hervorgerufenen Geräuscheinwirkungen privilegiert.

24 4. Das Berufungsurteil kann deshalb keinen Bestand haben und ist aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Da es hinsichtlich des Hauptantrages keiner weiteren Feststellungen bedarf, entscheidet der Senat insoweit in der Sache selbst (§ 563 Abs. 3 ZPO). Unter Berücksichtigung der Ausstrahlungswirkung des § 22 Abs. 1a BImSchG auf das Wohnungseigentumsrecht stört das von dem Beklagten betriebene Eltern-Kind-Zentrum bei einer typisierenden Betrachtungsweise nicht mehr als die nach der Teilungserklärung vorgesehene Nutzung als „Laden mit Lager“. Deshalb ist das Urteil des LG abzuändern und die Klage mit dem Hauptantrag abzuweisen.

25 a) Soweit die Angebote des Beklagten an die Kinder und teilweise gleichzeitig an die Eltern, Großeltern etc. gerichtet sind, müssen die hiermit im Zusammenhang stehenden Geräuscheinwirkungen wegen der Ausstrahlungswirkung des § 22 Abs. 1a BImSchG insgesamt außer Betracht bleiben. Aufgrund der gebotenen typisierenden Betrachtungsweise ist von dem in dem Gesetz angeordneten „Regelfall“ auszugehen, dass solche Einwirkungen – ungeachtet von im Einzelfall möglichen Abweichungen – keine schädliche Umwelteinwirkung darstellen. Hierbei ist zu beachten, dass unter die durch Kinder hervorgerufenen Geräuscheinwirkungen nicht nur solche fallen, die durch kindliche Laute wie Sprechen und Singen, Lachen und Weinen, Rufen, Schreien und Kreischen, durch körperliche Aktivitäten wie Spielen, Laufen, Springen und Tanzen, durch kindgerechte Spielzeuge, Spielbälle und Spielgeräte sowie Musikinstrumente hervorgerufen werden. Vielmehr gilt § 22 Abs. 1a BImSchG auch für die durch die Betreuung der Kinder bedingten Geräuscheinwirkungen wie

Sprechen und Rufen von Betreuerinnen und Betreuern (vgl. BT-Drucks. 17/4836, S. 6; siehe auch BVerwG, BImSchGRspr. § 22 Nr. 207, S. 2). Nachdem die Aufgaben der Kinderbetreuung zulässigerweise auch von Familienangehörigen wahrgenommen werden, handelt es sich auch bei den von diesen im Rahmen der Betreuung ausgehenden Geräuscheinwirkungen entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts um mittelbar von Kindern verursachte und deshalb gemäß § 22 Abs. 1a BImSchG privilegierte Emissionen.

26 b) Der Beklagte muss entgegen der Ansicht der Revisionserwidern nicht alle ihm zumutbaren Mittel, etwa Schallschutzmaßnahmen, ausschöpfen, um die Beeinträchtigung anderer möglichst gering zu halten. Die Privilegierung nach § 22 Abs. 1a BImSchG schließt die in § 22 Abs. 1 Nr. 1 und 2 BImSchG normierten Pflichten gerade aus, wonach Anlagen so zu errichten und zu betreiben sind, dass schädliche Umwelteinwirkungen verhindert werden, die nach dem Stand der Technik vermeidbar sind, und dass unvermeidbare schädliche Umwelteinwirkungen auf ein Mindestmaß beschränkt werden (vgl. BT-Drucks. 17/4836, S. 6; *Jarass*, BImSchG, 12. Aufl., § 22 Rdnr. 45). Lediglich für die technische Ausstattung der Einrichtung sowie der Spielgeräte gilt das allgemeine Immissionsschutzrecht, sodass diese den technischen Anforderungen entsprechen, also den Vorgaben des § 22 Abs. 1 BImSchG genügen müssen (vgl. BT-Drucks. 17/4836, S. 6). Dass diesbezüglich Defizite bestünden, ist nicht festgestellt.

27 c) Auch im Hinblick auf die Öffnungszeiten stört das Eltern-Kind-Zentrum nicht mehr als ein nach der Zweckbestimmung zulässiger Laden mit Lager. Hierfür kann dahinstehen, ob mit „Laden“ in der Teilungserklärung statisch auf die zum Zeitpunkt der Teilung geltenden Ladenschlusszeiten oder dynamisch auf die künftig jeweils geltenden verwiesen wird (offen gelassen auch vom Senat in dem Urteil vom 10.7.2015, V ZR 169/14, WM 2015, 639 Rdnr. 22; siehe zum Meinungsstand *BeckOK-WEG/Müller*, § 15 Rdnr. 219 m. w. N.). Die Öffnungszeiten halten sich nämlich sowohl im Rahmen der im Zeitpunkt der Teilung (20.11.1987) geltenden Vorschriften als auch im Rahmen der derzeit geltenden Regelungen. Da der Freistaat Bayern von der seit der Föderalismusreform bestehenden Möglichkeit, ein eigenes Ladenschlussgesetz zu erlassen, keinen Gebrauch gemacht hat, gilt gemäß Art. 125a Abs. 1 GG das entsprechende Bundesgesetz fort. Nach § 3 Abs. 1 Satz 1 des Gesetzes über den Ladenschluss (LadSchlG) in der ab dem 1.1.1964 bis zum 30.9.1989 geltenden Fassung durften Läden montags bis freitags durchgängig von 7.00 Uhr bis 18.30 Uhr und samstags von 7.00 Uhr bis 14.00 Uhr, einmal im Monat bis 18.00 Uhr geöffnet sein. Das von dem Beklagten betriebene Zentrum überschreitet diese Zeiten nicht, da es von montags bis freitags von 9.00 Uhr bis 18.00 Uhr und samstags von 10.30 Uhr bis 12.30 Uhr und einmal pro Monat von 13.00 Uhr bis 16.00 Uhr geöffnet ist. Diese Öffnungszeiten sind auch mit der derzeit für Bayern geltenden Regelung vereinbar, da nach der ab dem 1.7.2005 geltenden Fassung des Gesetzes über den Ladenschluss die Öffnung zulässig ist von montags bis samstags von 6.00 Uhr bis 20.00 Uhr (§ 3 Satz 1 Nr. 2 LadSchG).

28 d) Ebenso wenig geht bei der gebotenen typisierenden Betrachtungsweise der mit dem Betrieb des Eltern-Kind-Zen-

trums verbundene Publikumsverkehr über das hinaus, was bei dem Betrieb eines Ladens mit Lager regelmäßig zu erwarten ist. Dass es hier anders sein soll, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt.

29 e) Damit verbleiben als mögliche Beeinträchtigungen, durch die die Kläger mehr als durch einen Laden mit Lager gestört werden könnten, nur noch die ausschließlich an Erwachsene gerichteten Angebote des Beklagten. Hierauf kann jedoch der von den Klägern mit dem Hauptantrag geltend gemachte Anspruch auf Unterlassung der gesamten Nutzung als Eltern-Kind-Zentrum nicht gestützt werden.

30 aa) Soweit es um die unregelmäßig stattfindenden Flohmärkte, Vorträge und die zweimal wöchentlich angebotenen Kurse „Deutsch als Fremdsprache“ für Eltern geht, fehlt es bereits typischerweise an einer emissionsintensiveren Nutzung als eine Nutzung als Laden. Entsprechendes gilt für Yogakurse für Erwachsene, Erste-Hilfe-Kurse, Seminare und Treffen von Eltern-Kind-Initiativen, die nach dem Vortrag in der Revisionserweiterung von dem Beklagten ebenfalls angeboten werden sollen.

31 bb) Letztlich kommt es hierauf für die Begründetheit des Hauptantrages allerdings nicht an. Selbst wenn die Angebote störender sein sollten als die Nutzung als Laden mit Lager, dies könnte etwa bei den nach dem Vorbringen der Kläger von dem Beklagten angebotenen Theatergruppen – sofern sich das Angebot nicht an Kinder richtet – oder den Body-Work-Out-Kursen für Mütter der Fall sein (für die Unzulässigkeit des Betriebs eines Frauensportstudios in einer als Laden vorgesehenen Teileigentumseinheit OLG Schleswig, NZM 2003, 483; Bärmann/Suilmann, WEG, § 15 Rdnr. 49), begründete dies keinen Anspruch auf Unterlassung der gesamten Nutzung als Eltern-Kind-Zentrum durch den Beklagten. Wie oben ausgeführt worden ist, stellen diese Angebote die Qualifizierung des Zentrums als Einrichtung im Sinne des § 22 Abs. 1a BImSchG nicht in Frage. Könnten die Kläger gleichwohl vollständige Unterlassung verlangen, erstreckte sich dies auch auf die an Kinder gerichteten Angebote, die nach dem Schutzzweck des § 22 Abs. 1a BImSchG gerade privilegiert werden sollen. Stellen sich einzelne, nicht privilegierte Angebote des Beklagten störender dar als der Betrieb eines Ladens, können die Kläger deshalb nur die Unterlassung dieser Angebote, nicht jedoch die Unterlassung des gesamten Betriebs der unter § 22 Abs. 1a BImSchG fallenden Einrichtung verlangen.

32 5. Zu den von den Klägern hilfsweise gestellten Anträgen, die in der Revisionsinstanz angefallen sind (vgl. BGH, Urteil vom 24.1.1990, VIII ZR 296/88, NJW-RR 1990, 518, 519; Urteil vom 7.11.2017, XI ZR 369/16, WM 2018, 45 Rdnr. 25), hat das Berufungsgericht – von seinem Ausgangspunkt folgerichtig – keine Entscheidung getroffen. Da insoweit die Sache nicht entscheidungsreif ist, ist sie zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Hierzu weist der Senat vorsorglich auf Folgendes hin:

33 a) Dass die Wohnungseigentümer von einem anderen Eigentümer oder – wie hier – von einem Mieter nicht die vollständige Unterlassung der von diesem entgegen der Zweckbestimmung in der Teilungserklärung vorgenommenen Nutzung

verlangen können, weil diese bei typisierender Betrachtungsweise nicht mehr stört als die vorgesehene, schließt Unterlassungsansprüche gemäß § 1004 Abs. 1 BGB wegen einzelner störender Handlungsweisen des Eigentümers oder Mieters nicht aus (vgl. Senat, Urteil vom 8.3.2019, V ZR 330/17, WM 2019, 275 Rdnr. 257 zu Unterlassungsansprüchen des Eigentümers trotz der Zweckbestimmung entsprechender Nutzung). Ob die Kläger von dem Beklagten verlangen können, es zu unterlassen, auf einem Teil der Außenfläche vor der Teileigentumseinheit Kinderwagen und Fahrräder abzustellen (erster Hilfsantrag), lässt sich ohne weitere tatsächliche Feststellungen nicht entscheiden.

34 b) Die Kläger müssen nicht jede Lärmimmission hinnehmen, die durch den Betrieb des Eltern-Kind-Zentrums verursacht wird. Dies gilt im Grundsatz auch für nicht mehr zumutbare Immissionen durch Kinderlärm (vgl. hierzu insbesondere BGH, Beschluss vom 22.8.2017, VIII ZR 226/16, WM 2017, 587 Rdnr. 14). Das bedeutet jedoch nicht, dass die Kläger Anspruch auf die Einhaltung einer bestimmten Lautstärke haben, wie dies durch die Anknüpfung an einen bestimmten Dezibelwert in dem zweiten Hilfsantrag zum Ausdruck kommt. Im Gegenteil: Gemäß § 22 Abs. 1a Satz 2 BImSchG dürfen bei der Beurteilung von Geräuscheinwirkungen, die von – wie hier – gemäß § 22 Abs. 1a Satz 1 BImSchG erfassten Einrichtungen ausgehen, Immissionsgrenz- und -richtwerte nicht herangezogen werden. Ein nur auf physikalische Größen beruhender Bewertungsmaßstab der Akustik für die Beurteilung von durch Kinder hervorgerufene Geräuscheinwirkungen wird dem besonderen Toleranzgebot der Gesellschaft grundsätzlich nicht gerecht (vgl. BT-Drucks. 17/4836, S. 7 f.). Insoweit muss den Klägern aber Gelegenheit gegeben werden, sachdienliche Anträge zu stellen.

ANMERKUNG:

Von Notarassessorin **Nina Bomhard**, München

„Lärm macht nichts Gutes, Gutes macht keinen Lärm.“, sagt ein Sprichwort.

Unter Lärm wird unerwünschter Schall mit beeinträchtigender Wirkung auf das körperliche, seelische und soziale Wohlbefinden von Menschen verstanden. Was als Belästigung wahrgenommen wird, hängt dabei nur etwa zu 30 % von messbaren Größen wie Schalldruckpegel, Frequenzzusammensetzung, Einwirkdauer oder -häufigkeit ab, stärker ins Gewicht fallen demgegenüber die Einstellung zum Verursacher, die persönliche Verfassung des Hörers und dessen Einschätzung zur Vermeidbarkeit.¹

Kinder stünden als Vertreter der gesellschaftspolitisch willkommenen nächsten Generation an sich auf der Seite des Guten. Allerdings gehen von Kindern Geräusche in nicht unerheblichem Maße aus. Erzieherische Maßnahmen haben nur bedingt positiven Einfluss. An Ruhezeiten halten sich gerade die Kleinsten nicht. Nach der Einschätzung des Bay-

¹ Kögel, Schalltechnische Ist-Situation in Deutschland und deren Entwicklung bezüglich Kindergeräuschen, Symposium „Sind Kindergeräusche wirklich Lärm?“ zum 17. Internationalen Tag gegen Lärm, 29.4.2014., Graz.

erischen Landesamts für Umwelt² gibt ein einzelnes eine bis drei Stunden im Freien spielendes Vorschulkind kaum Anlass zu Beschwerden aus der Nachbarschaft. Häufiger als Belästigung empfunden werden Kindergruppen auf Spielplätzen oder Außenspielflächen. In einer solchen Konstellation wird der energieäquivalente Dauerschalleistungspegel auf ca. 70 dB(A) pro Kind geschätzt.³ Das entspricht in etwa dem Lärm eines Staubsaugers in einem Meter Entfernung. An vorübergehende Einwirkungen bis 80 dB(A) können sich Menschen gut anpassen, Dauerbelastungen ab 60 dB(A) können allerdings die Gesundheit beeinträchtigen.⁴

In Debatten um durch Kinder hervorgerufenen Schall prallen mitunter Welten aufeinander: Auf der einen Seite sollen die Kinder heutzutage mehr Freiraum zur persönlichen Entwicklung haben. Lautäußerungen und geräuschvolles Spiel sind als integraler Bestandteil kindlicher Entwicklung und Ausdrucksformen anerkannt. Das brave und mucksmäuschenstille Kind hat als Erziehungsideal ausgedient. Rechtsprechung und Politik betonen, Kinder seien keine kleinen Erwachsenen.⁵ Auf der anderen Seite sind von vielen Seiten beschallte Nachbarn empfindlicher und die Bevölkerungsdichte hoch.

Diese Gräben tun sich auch im bis vor den BGH getragenen Rechtsstreit um das Eltern-Kind-Zentrum im Münchener Stadtteil Schwabing auf. Das Ruhebedürfnis älterer Bewohner steht einer bunten und lauten Familienbegegnungsstätte vornehmlich für Babys und Kleinkinder gegenüber.

Wie lösen das Recht allgemein (I.) und der BGH im zu besprechenden Urteil (II.) Konflikte durch kindliche Lautäußerungen? Zentrale Norm mit Ausstrahlungswirkung auf das sonstige öffentliche Recht und das Zivilrecht ist § 22 Abs. 1a BImSchG:

Geräuscheinwirkungen, die von Kindertageseinrichtungen, Kinderspielplätzen und ähnlichen Einrichtungen wie beispielsweise Ballspielplätzen durch Kinder hervorgerufen werden, sind im Regelfall keine schädliche Umwelteinwirkung. Bei der Beurteilung der Geräuscheinwirkungen dürfen Immissionsgrenz- und -richtwerte nicht herangezogen werden.

1. „Noise-Cancelling“ durch § 22 Abs. 1a BImSchG

a) Doppelt privilegierende Rechtsfolge

Zielsetzung des § 22 Abs. 1a BImSchG ist eine breitenwirksame Privilegierung von Kindergeräuschen. Seiner Einführung 2011 war eine gesellschaftspolitische Diskussion über Kinderfreundlichkeit anlässlich der Schließung von Kindertageseinrichtungen nach Nachbarklagen und der Versagung von Baugenehmigungen vorausgegangen.

Kindertageseinrichtungen, Kinderspielplätze und ähnliche Einrichtungen sind „nicht genehmigungsbedürftige Anlagen“ im Sinne des § 22 Abs. 1 BImSchG. Ihr Betrieb war damit vor dem korrigierenden Eingreifen des Gesetzgebers so zu gestalten, dass nach dem Stand der Technik vermeidbare schädliche Umwelteinwirkungen verhindert und nicht vermeidbare auf ein Mindestmaß beschränkt wurden.⁶ Sobald Richtwerte überschritten wurden, mussten Gegenmaßnahmen ergriffen werden.⁷

Zu den schädlichen Umwelteinwirkungen im Sinne des § 3 BImSchG zählen auch Geräusche, wenn sie erhebliche Nachteile oder Belästigungen hervorrufen können. Die Schwelle des Erheblichen konkretisieren untergesetzliche Regelwerke wie die TA Lärm, 18. BImSchV (Sportanlagenlärm) und LAI-Freizeitlärmrichtlinie. Schallgrenzen aus diesen Verwaltungsvorschriften dürfen seit der Gesetzesänderung 2011 nicht mehr für Kinderlärm, der unter einem besonderen Toleranzgebot der Gesellschaft steht, herangezogen werden. Bereits zuvor wurde für dieses Ergebnis mit dem Argument der Sozialadäquanz plädiert.⁸ In Ermangelung physikalischer Höchstmaße wird eine Einzelfallabwägung notwendig.

Zusätzlich wird das Ergebnis dieser Abwägung dahin gehend orientiert, dass durch Kinder hervorgerufene Geräuscheinwirkungen bestimmter Anlagen im Regelfall keine schädlichen Umwelteinwirkungen sind. Eine Ausnahme könnten nach der Gesetzesbegründung sensible Nutzungen in der Nachbarschaft etwa durch Krankenhäuser oder Pflegeanstalten begründen.⁹

Schädliche Umwelteinwirkungen wären demnach nur dann zu konstatieren, wenn sich die von § 22 Abs. 1a BImSchG erfassten Einrichtungen nach Art und Größe sowie Ausstattung in das umgebende Gebiet und die vorhandene umliegende Nutzung nicht einfügten. Wo die Grenze zum Unzumutbaren überschritten wird, muss sich aber nicht pauschal anhand bestimmter Dezibel-Grenzwerte festmachen lassen. Für die technische Ausstattung und insbesondere die Spielgeräte gelten unvermindert die immissionsschutzrechtlichen Anforderungen und Richtwerte.

2 <https://www.staedtebauliche-laermfibel.de/pdf/Kinderspielplaetze.pdf>; abgerufen am 6.4.2020.

3 S. Fn. 3.

4 Bayerisches Landesamt für Umwelt, UmweltWissen Lärm. Lärm – Hören, messen und bewerten, Stand Februar 2017; https://www.lfu.bayern.de/buerger/doc/uw_34_laerm_messen_bewerten.pdf; zuletzt abgerufen am 23.4.2020.

5 BVerfG, Urteil vom 9.2.2010, 1 BvL 1/09, 1 BvL 3/09 und 1 BvL 4/09, BVerfGE 125, 175, Rdnr. 191; Bundesjustizministerin *Christine Lambrecht* bei der Vorstellung des Referentenentwurfs zur Einfügung eines neuen Abs. 1a in Art. 6 GG, *Friederike Wapler*, Kinderrechte ins Grundgesetz: Ein neuer Entwurf bringt nichts Neues, *VerfBlog*, 2019/12/06, DOI: <https://doi.org/10.17176/20191206-180856-0>.

6 § 22 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 BImSchG.

7 LG Hamburg, Urteil vom 8.8.2005, 325 O 166/99 und VG Gießen, Beschluss vom 21.9.2005, 8 G 2135/05, ZUR 2006, 195, 199 m. Anm. *Maaß*.

8 Begründung zum 10. BImSchG-ÄndG, BR-Drucks. 128/11, S. 2 f.

9 Begründung zum 10. BImSchG-ÄndG, BR-Drucks. 128/11, S. 7.

b) Schutzbereich

Gegenstand der Privilegierung sind Geräuscheinwirkungen der Einrichtungen selbst. Unter dem Begriff der Geräuscheinwirkungen sammeln sich sämtliche Laute (Sprechen, Singen, Lachen, Weinen, Schreien) der Kinder und aus sonstigen Geräuschquellen ihres Spielens (Geräte, Spielzeuge, Musikinstrumente). Begünstigte „Krawallmacher“ sind Kinder im Sinne des § 7 Abs. 1 Nr. 1 SGB VIII vor Vollendung des 14. Lebensjahres. Das entspricht der üblichen Altersfreigabe von Kinderspielplätzen. Auch Betreuungspersonen sind in den Schutzbereich einzubeziehen, soweit ihre Lautäußerungen durch die Kinderbetreuung bedingt sind.¹⁰ Gemeindliche Satzungen schreiben meist auf Kinderspielplätzen mindestens bis zum Alter von drei Jahren die Anwesenheit einer Aufsichtsperson vor.

(Kinder-)Tageseinrichtungen werden in § 22 Abs. 1 Satz 1 SGB VIII als „Einrichtungen, in denen sich Kinder für einen Teil des Tages oder ganztätig aufhalten und in Gruppen gefördert werden“ legaldefiniert. Das sind klassischerweise Kindertagesstätten, Kindergärten und Horte. Zu den „ähnlichen Einrichtungen“ können zum Beispiel Kinderläden gehören, sprich private Einrichtungen, die von Eltern zum Zweck der gemeinsamen wechselseitigen Betreuung von in der Regel nicht mehr als 20 Kindern selbst verwaltet werden.¹¹ Ausgenommen bleibt die Tagespflege im Haushalt der Tagespflegeperson oder im Haushalt des Personensorgeberechtigten.

Unter einem Kinderspielplatz im Sinne der Norm ist eine kleinräumige, auf spielerische oder körperlich spielerische Aktivitäten von Kindern zugeschnittene und wegen ihrer sozialen Funktion regelmäßig wohngebietsnah gelegene Einrichtung zu verstehen.¹² Für Kinder unter sechs Jahren sollen sich nach Nr. 4.1.1. der DIN 18034 Spielflächen in Sicht- und Rufweite der Wohnung in einer Entfernung von maximal 200 m Fußweg befinden. Nicht privilegiert sind dagegen Spiel-, Bolzplätze, Skateanlagen für Jugendliche und Sportanlagen zum Beispiel für Vereins-, Schul- oder organisierten Freizeitsport.

c) Gesetzgebungskompetenz

Von der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes für Lärmbekämpfung in Art. 74 Abs. 1 Nr. 24 GG ist seit der Föderalismusreform 2006 der Schutz vor verhaltensbezogenem Lärm durch einen einschränkenden Klammerzusatz ausgenommen. In der Debatte um § 22 Abs. 1a BImSchG wurde deshalb auch die Gesetzgebungskompetenz des Bundes angezweifelt.¹³

Die herrschende Ansicht orientiert sich an der traditionellen Begrifflichkeit im Umweltrecht, die anlagen- und verhaltens-

bezogene Einwirkungen unterscheidet.¹⁴ Anlagenbezug wird angenommen, wenn die Ursache in der spezifischen Funktion und Verwendung der Anlage liegt, selbst wenn die entstehenden Emissionen auf menschlichem Verhalten beruhen, wie zum Beispiel bei Fußballstadien oder Kinderspielplätzen. Geräusche spielender Kinder wären dagegen einer nicht speziell dafür angelegten Wiese nicht zuzurechnen.

Die Gegenauffassung geht von einer dem Grundgesetz eigenen und erweiternden Lesart des Begriffes „verhaltensbezogen“ aus. Demnach wären die Länder auch zum Schutz vor anlagenbezogenem, schwerpunktmäßig aber vom Verhalten der Nutzer ausgehendem Lärm berufen, zum Beispiel bei Sportplätzen, Kindertagesstätten, Spielplätzen und sonstigen Anlagen überwiegend lokaler Bedeutung.¹⁵

Überschritte § 22 Abs. 1a BImSchG die Bundeskompetenz, wäre die Norm nicht verfassungswidrig, sondern würde nach Art. 125a Abs. 1 GG bis zur Ersetzung durch Landesrecht fortgelten. Umgekehrt wären landesrechtliche Regelungen zu Kinderlärm jedenfalls verfassungskonform einschränkend auf ihren verhaltensbezogenen Regelungsgehalt auszulegen.

Als erstes Bundesland nahm Berlin im Februar 2010 in § 6 Abs. 1 seines Landes-Immissionsschutzgesetz einen Programmsatz auf.¹⁶

In Bayern regelt das Art. 2 BayKJG die Zulässigkeit von Immissionen durch Geräusche von Kinder- und Jugendspieleinrichtungen in der Nachbarschaft von Wohnbebauung. Art. 1 des BayKJG (Anwendungsbereich) hat zumindest semantisch starken Anlagenbezug. Eine Entscheidung des Bayerischen VGH über einen Anspruch auf Beseitigung einer Basketballspielanlage konnte offenlassen, ob das BayKJG „anlagenbezogenen Lärm“ betreffe und jenseits der Länderkompetenz liege, wurde aber vorsorglich auch für diesen Fall begründet.¹⁷

d) Ausstrahlungswirkung

Auf den ersten Blick mag verwundern, die Thematik Kinderlärm vordringlich im BImSchG, dem „Grundgesetz“ der Industrieanlagenzulassung,¹⁸ zu adressieren.

§ 22 Abs. 1a BImSchG strahlt aufgrund seiner grundsätzlichen Natur jedoch insbesondere auch auf das öffentliche Baurecht, das Nachbarschafts-, Miet- und das Wohnungseigentumsrecht aus.¹⁹

Immissionsschutzrechtliche Vorgaben wie § 22 Abs. 1a BImSchG wirken sich im Rahmen des Rücksichtnahmegebots des § 15 Abs. 1 Satz 2 BauNVO auf die baurechtliche Zulässigkeit aus. Ein Kinderspielplatz ist eine typische Ne-

10 Scheidler, NVwZ 2011, 838, 840.

11 Als Formen der Kindertagespflege § 22 Abs. 1 Satz 2 SGB VIII; Winheller, DStR 2013, 2009, 2012.

12 Begründung zum 10. BImSchG-ÄndG, BR-Drucks. 128/11, S. 6.

13 Plenarprotokolle der 867. Sitzung des Bundesrates, S. 62 f. und 69 ff.; 882. Sitzung, S. 221 und 884. Sitzung, S. 307.

14 Scheidler, NVwZ 2011, 838, 839 f.

15 Robbe, Rohleder, Gramann, WD 3 -321/09, S. 25 f.

16 So die Sprecherin des Berliner Senats Regina Kneiding, <https://www.1.wdr.de/stichtag/stichtag-kinderlaerm-berlin-erlaubt-100.html>, vom 17.2.2010, aufgerufen am 6.4.2020.

17 VGH München, Urteil vom 6.2.2015, 22 B 12.269, BeckRS 2015, 42130.

18 Schink, NVwZ 2017, 337, 346.

19 Begründung zum 10. BImSchG-ÄndG, BR-Drucks. 128/11, S. 3.

bennutzung und seine Auswirkungen sind daher im reinen Wohngebiet seit jeher grundsätzlich als sozialadäquat hinzunehmen,²⁰ ohne sich an den Richtwerten der Sportanlagenlärmschutzverordnung messen lassen zu müssen.²¹

Zur Beurteilung der wesentlichen Beeinträchtigung im Sinne des §§ 1004, 906 BGB werden die immissionsschutzrechtlichen Regelungen dagegen als Maßstab herangezogen.²² Bereits vor der Gesetzesänderung waren das Interesse der Gesellschaft an einer kinderfreundlichen Umgebung und Sozialadäquanz daneben anerkannte Abwägungskriterien.²³

Ähnlich wie im Mietrecht²⁴ sind Erziehungsberechtigte im Wohnungseigentumsrecht gemäß § 14 Nr. 2 WEG verpflichtet, Kinder zur Einhaltung des bei einem geordneten Zusammenleben unvermeidlichen Maßes des § 14 Abs. 1 WEG zu ermahnen. Dieses Maß ist unter Berücksichtigung von § 22 Abs. 1a BImSchG zu bestimmen. Wiederholte Geräuschemittlung einigem Gewichts und nicht unerheblichen Ausmaßes und einiger Dauer (z. B. Geschrei, laute Musik, Springen und Trampeln auf der Treppe in der häuslichen Wohnung, Möbelrücken, Türenknallen) kann hinsichtlich dieses Maßstabs in der Sonderverbindung der Wohnungseigentümergeinschaft zu unterlassen sein.²⁵

Die zentrale Frage im Wohnungseigentumsrecht – und auch im BGH-Fall – ist die nach der zulässigen Nutzung von Sondereigentumseinheiten. Jede zweckwidrige Nutzung begründet einen Unterlassungsanspruch nach § 15 Abs. 3 WEG gegen den Sondereigentümer sowie bei gleichzeitiger Eigentumsbeeinträchtigung nach § 1004 Abs. 1 BGB sowohl gegen den Mieter als Handlungsstörer als auch gegen den Eigentümer als Zustandsstörer. Aktuelle Reformüberlegungen halten einen besonderen Abwehranspruch der übrigen Sondereigentümer gegenüber Mietern nicht für erforderlich.²⁶

Im Zuge der geplanten WEG-Reform²⁷ soll ein Sondereigentümer gegen einen anderen Sondereigentümer direkt nur noch bei konkreter Beeinträchtigung aus § 14 Abs. 2 Nr. 1 WEG-RegE und § 1004 BGB vorgehen können. Abstrakte Streitigkeiten über das interne Regelwerk wie die Grenzen des zulässigen Gebrauchs dagegen sollen einheitlich, etwa durch eine entsprechende Beschlussfassung *über die Gemeinschaft* nach § 18 Abs. 2 Nr. 2 WEG-RegE gelöst werden.²⁸ Ihr werden in § 9a Abs. 2 WEG-RegE insoweit

Ansprüche auf Abwehr von Beeinträchtigungen des Gemeinschaftseigentums zugewiesen.

Die zulässige Nutzung regelt vorrangig der Gemeinschaftsordnung, im Übrigen eine Zweckbestimmung mit Vereinbarungscharakter in der Teilungserklärung. Eintragungen des Architekten in den Genehmigungsplänen, die für die Aufteilung herangezogen werden, und sonstige Bezeichnungen im Aufteilungsplan sind hingegen in der Regel unverbindliche Nutzungsvorschläge²⁹ ohne Vereinbarungscharakter.³⁰

Eine Abweichung von der vereinbarten Nutzung kann zuzulassen sein, wenn sie bei typisierender Betrachtung nicht mehr stört als die ausdrücklich vorgesehene. So soll praktische Konkordanz zur Harmonisierung der widerstreitenden Interessen in einer Wohnungseigentümergeinschaft hergestellt werden.³¹ Denn die anderen Sondereigentümer sind weniger daran interessiert, eine bestimmte Nutzungsart zu diktieren und damit die Wohnungs- und Teileigentümer über Gebühr in ihrem Recht zur Nutzung ihres Eigentums aus Art. 14 GG i. V. m. § 13 Abs. 1 WEG einzuschränken als das Ausmaß der Beeinträchtigungen zu begrenzen. Kriterien für die Beurteilung können sein: Größe der Wohnungseigentumsanlage, Lage und Zuschnitt der fraglichen Einheit, „Öffnungszeiten“, zu erwartende Folgen, insbesondere Besucherfrequenz, Stellplatzbedarf, Lärmbeeinträchtigungen, Charakter der Anlage. Auch im Wohnungseigentumsrecht ist damit ähnlich wie im Öffentlichen Recht das Sich-Einfügen bei typisierender Betrachtung entscheidend.

Die Dichotomie von Wohnungs- und Teileigentum gibt eine wichtige Weichenstellung vor: Denn sie wird als allgemeine Zweckbestimmung gewertet, die die jeweils andere Nutzungsart grundsätzlich ausschließt: In einer reinen Teileigentumsanlage ist eine Wohnnutzung zur Wahrung des professionellen Charakters der Anlage ausgeschlossen.³² Ein Anspruch auf Anpassung der Zweckbestimmung kann sich aus § 10 Abs. 3 Satz 3 WEG ergeben, wenn die gesamte Immobilie aufgrund nicht vorhergesehener – auch und gerade aus außerhalb der WEG liegenden Gründen nicht mehr wirtschaftlich nutzbar ist und keine schutzwürdigen Bestandsinteressen der anderen Wohnungseigentümer entgegenstehen. Eine Zweckbestimmung zur Nutzung als Arztpraxis kann abzuändern sein, wenn die Eröffnung eines attraktiveren Ärztehauses in unmittelbarer Nähe nachweisbar zu dauerhaftem Leerstand führt.³³

Innerhalb des Rahmens des Wohnens bzw. Nichtwohnens ist in Ermangelung einer weitergehenden Nutzungsbestimmung die Nutzung zu jedem anderen Zweck grundsätzlich möglich. Alles Weitere ist eine Frage der Gestaltung der Nutzung im Einzelnen und der §§ 14, 15 Abs. 3 WEG.³⁴

20 BVerwG, Urteil vom 12.12.1991, 4 C 5.88, NJW 1992, 1779.

21 BVerwG, Beschluss vom 11.2.2003, 7 B 88.02, NVwZ 2003, 751.

22 MünchKomm-BGB/Brückner, 8. Aufl., 2020, § 906 Rdnr. 128.

23 Vieweg/Röthel, NJW 1999, 969, 970.

24 BGH, Urteil vom 29.4.2015, VIII ZR 197/14, NZM 2015, 481.

25 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.8.2009, 3 Wx 233/08, NZM 2009, 748.

26 Abschlussbericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe zur Reform des Wohnungseigentumsgesetzes (WEG) von August 2019, Abschn. XIV. 1. a), ZWE 2019, 461.

27 Entwurf eines Gesetzes zur Förderung der Elektromobilität und zur Modernisierung des Wohnungseigentumsgesetzes und zur Änderung von kosten- und grundbuchrechtlichen Vorschriften (Wohnungseigentumsmodernisierungsgesetz - WEMoG) der Bundesregierung, Drucks. 19/22634.

28 BT-Drucks. 19/18791, S. 57.

29 M. w. N. M. Sommer, ZWE 2018, 2215, 216.

30 BGH, Urteil vom 15.1.2010, V ZR 40/09, NJW-RR 2010, 667.

31 Lang, ZfR 2020, 313.

32 BGH, Urteil vom 23.3.2018, V ZR 307/16, MittBayNot 2018, 548 Rdnr. 9 m. Anm. Kanzleiter.

33 AG Bonn, Urteil vom 25.1.2018, 27 C 111/17, ZWE 2018, 212, Rdnr. 67.

34 BGH, Urteil vom 27.10.2017, V ZR 193/16, DNotZ 2018, 521.

Vielfach hat die Gerichte die Zulässigkeit von Kindertagespflege in Wohnungs- und Teileigentum beschäftigt.³⁵ Sie ist aufgrund ihres entgeltlichen Charakters zwar kein „Wohnen“ mehr. Halten sich Geräuscheinwirkungen, Müllaufkommen und Benutzung des Treppenhauses in einem dem Wohnen einer Familie mit ähnlicher Kinderzahl vergleichbaren Rahmen, kann auch diese gewerbliche, nicht störendere Nutzung zuzulassen sein.³⁶ In der Rechtsprechung finden sich sowohl Beispiele dafür³⁷ als auch dagegen.³⁸ Eine Einrichtung im Sinne des § 22 Abs. 1a BImSchG wird demgegenüber regelmäßig wegen des erhöhten Publikumsaufkommens im Wohnungseigentum nicht zulässig sein.³⁹

In Teileigentumseinheiten ist eine Kindertagespflege hingegen grundsätzlich zulässig, sofern die Zweckbestimmung nicht weiter eingeschränkt ist. Auch hier ist ein Vergleich zu der Art des ausdrücklich zugelassenen Betriebs anzustellen. So kann die halbtägige Nutzung (außer an Wochenenden) von Teileigentum mit der Zweckbestimmung „Hobbyräume“ als Betreuungsstätte für Kleinkinder bei typisierender Betrachtungsweise als nicht störendere Nutzung zulässig sein.⁴⁰

Bei der Frage, ob die Verwaltung ihre Zustimmung zum Betrieb einer Kindertagesstätte erteilen muss, sind die Wertungen des BImSchG miteinzubeziehen.⁴¹ Das Ermessen der Wohnungs- und Teileigentümer kann auf Null reduziert sein. Um die Nutzung aufnehmen zu können, genügt noch nicht der bloße Anspruch auf Erteilung der Zustimmung, sondern diese muss tatsächlich erteilt sein.⁴²

Öffentlichrechtliche Vorgaben (zum Beispiel hinsichtlich der Art der baurechtlichen Nutzung, Betriebserlaubnis nach § 34 SGB VII) sind auch wohnungseigentumsrechtlich einzuhalten.⁴³

Das Recht des Kindes zur Inanspruchnahme von Tageseinrichtungen und Kindertagespflege aus § 24 SGB VIII richtet sich nur gegen Träger der öffentlichen Jugendhilfe und greift

in die Rechtsbeziehungen von Wohnungseigentümern nicht ein.⁴⁴

Für die Mehrkosten durch eine Kindertagesstätte wird eine Lösung über § 16 Abs. 3, § 21 Abs. 7 WEG vorgeschlagen.⁴⁵ Dieser Weg kann allerdings nur für Betriebskosten, Verwaltungskosten und Mehraufwand für die Nutzung des Gemeinschaftseigentums beschränkt werden, nicht hingegen für Instandhaltungskosten. Letztere können nicht dauerhaft durch Beschluss anders verteilt werden, § 16 Abs. 4 WEG. Kritisiert wird daher, Probleme im Zusammenhang mit Wohnungseigentum habe der Gesetzgeber bei § 22 Abs. 1a BImSchG nicht ausreichend bedacht.⁴⁶

Die Umsetzung der Ausstrahlungswirkung wirft in der Praxis viele Fragen auf, wie die zuletzt vor den BGH getragene der Zulässigkeit eines Eltern-Kind-Zentrums in einer als „Laden mit Lager“ bezeichneten Teileigentumseinheit.

2. Eltern-Kind-Zentrum im Laden nach BGH-Auslegung zulässig

In bekannten Bahnen bewegt sich der BGH mit den Ausgangsannahmen seiner Entscheidung: Trotz einer anderslautenden Zweckbestimmung in der Teilungserklärung ist nach der gefestigten Rechtsprechung eine abweichende Nutzung zulässig, die bei typisierender Betrachtungsweise nicht mehr stört als die vorgesehene. Neuland betritt der BGH, wenn er postuliert, die Teilungserklärung sei ergänzend dahin gehend auszulegen, dass sie der Ausstrahlungswirkung des deutlich jüngeren § 22 Abs. 1a BImSchG Rechnung trage und so die tatsächlich vorhandene, erhebliche Geräuschkulisse durch rechtliche Wertungen neutralisiere. Im Ergebnis besteht deshalb kein Anspruch auf Unterlassung der Nutzung als Eltern-Kind-Zentrum insgesamt, möglicherweise aber hinsichtlich konkreter Lärmbelästigungen.

a) Sachverhalt

Ein Rentnerhepaar, Eigentümer einer im ersten Obergeschoss gelegenen Wohnung in einer gemischt-genutzten Anlage in München-Schwabing, verklagte den Mieter der unmittelbar darunterliegenden Teileigentumseinheit auf Unterlassung der Nutzung als Eltern-Kind-Zentrum. Auf ca. 170 Quadratmetern befindet sich dort eine integrative Einrichtung für Kleinkinder und ihre Eltern mit ausdrücklicher Genehmigung der städtischen Lokalbaukommission.⁴⁷ Der eingetragene, gemeinnützige und mit öffentlichen Mitteln geförderte Betreiberverein hat sich u. a. zum satzungsmäßigen Ziel gesetzt, der Isolation von Familien in der Großstadt entgegenzuwirken. Mitglieder sind rund 250 Familien aus 40 Nationen. Das Eltern-Kind-Zentrum bietet einen Treffpunkt für Kinder bis zum Kindergartenbeginn und darüber hinaus

35 Überblick bei *Drasdo*, NJW-Spezial 2018, 737.

36 *Drasdo*, NJW-Spezial 2018, 737.

37 AG Bonn, Urteil vom 25.1.2018, 27 C 111/17, ZWE 2018, 212: mit lediglich zwei bis drei Tagespflegekindern an vier von sieben Wochentagen in einem Teil der Wohnung keine größeren Beeinträchtigungen der Miteigentümer; AG Konstanz, Urteil vom 25.6.2015, 4 C 241/15 WEG, ZWE 2016, 222: Tagespflegestätte für maximal Kleinkinder keine unzumutbare Beeinträchtigung; AG Bremen-Blumenthal, Urteil vom 27.9.2013, 44 C 2015/13, ZWE 2014, 452: keine stärkere Lärmbelastigung durch Tagesbetreuung von höchstens zwei Kindern als bei Wohnnutzung durch Familie, i. d. R. kein Spannungsverhältnis zu Wettbüro im selben Haus.

38 AG Hamburg-St. Georg, 26.2.2016, 980 b C 23/15 WEG, n. v.

39 BGH, Urteil vom 13.12.2019, V ZR 203/18, NJW 2020, 1354 Rdnr. 15.

40 BayObLG, Beschluss vom 11.10.1990, 2 Z BR 112/90, NJW-RR 1991, 140.

41 BGH, Urteil vom 13.7.2012, V ZR 204/11, RNotZ 2012, 591.

42 BGH, Urteil vom 13.7.2012, V ZR 204/11, RNotZ 2012, 591: zwei bis fünf Kinder, Erwerbscharakter.

43 Derzeit kann jeder Sondereigentümer die Einhaltung verlangen; nach § 18 Abs. 2 Nr. 2 WEG-RegE künftig nur noch von der Gemeinschaft.

44 BGH, Urteil vom 13.7.2012, V ZR 204/11, RNotZ 2012, 591 Rdnr. 8.

45 *Dötsch*, ZfIR 2012, 458.

46 NJW-Spezial 2012, 611.

47 <https://www.sueddeutsche.de/muenchen/schwabing-das-recht-auf-laerm-1.4231631>, vom 28.11.2018, aufgerufen am 7.4.2020.

für ihre Eltern, Großeltern oder Tagesbetreuer.⁴⁸ Geöffnet ist das Zentrum im Wesentlichen montags bis freitags zwischen 9 Uhr und 18 Uhr, samstags von 10:30 Uhr bis 12:30 Uhr und einmal pro Monat von 13:00 Uhr bis 16:00 Uhr.

In der Teilungserklärung der Wohnungseigentumsanlage mit gemischter Nutzung für Wohnen sowie für berufliche und gewerbliche Zwecke aus dem Jahr 1987 ist die fragliche Einheit als „Laden mit Lager“ bezeichnet.

b) Klagebegehren

Der Hauptantrag zielt auf die Unterlassung der Nutzung der Räumlichkeiten als Eltern-Kind-Zentrum. Hilfsweise begehrt wird das Unterlassen des Abstellens von Kinderwägen und Fahrrädern auf einer näher bezeichneten Außenfläche vor der Teileigentumseinheit sowie die Verpflichtung zu Maßnahmen, die sicherstellen, dass die Immissionen in der Wohnung der Kläger einen Pegel von 52 dB(A) nicht überschreiten.

c) Verfahrensgang

Das LG hat dem Hauptantrag stattgegeben.⁴⁹ Die Nutzung der Räume als Eltern-Kind-Zentrum sei ein von der Teilungserklärung abweichender, deutlich stärker beeinträchtigender Gebrauch.⁵⁰ Die Privilegierung des § 22 Abs. 1a BImSchG gelte nur für Kinder, nicht hingegen für die im Eltern-Kind-Zentrum ebenfalls mit ein- und ausgehenden Eltern und Großeltern.

Die dagegen gerichtete Berufung des Beklagten wurde vom OLG ohne mündliche Verhandlung durch Beschluss zurückgewiesen.⁵¹ Ein Abwehrensanspruch aus § 1004 BGB bestehe. Eine nach § 906 BGB nicht mehr hinzunehmende Beeinträchtigung müsse nicht nachgewiesen werden.⁵² Nach Einschätzung des OLG handele es sich bei der Angabe „Laden mit Lager“ in der Teilungserklärung um eine Zweckbestimmung mit Vereinbarungscharakter im Sinne des § 15 Abs. 1 WEG. Eine Begegnungsstätte von Kindern und Eltern lasse „im Hinblick auf Gespräche, Gelächter, Musik und körperliche Bewegung eine deutlich störendere und konzentriertere Geräuschentwicklung als bei einer Verkaufsstätte zum Ver-

trieb von Waren erwarten“ und sei unzulässig.⁵³ Die Privilegierung des § 22 Abs. 1a BImSchG komme dem Beklagten insgesamt nicht zugute. Denn betrieben werde weder eine „Kindertageseinrichtung“ noch eine „ähnliche Einrichtung“ im Sinne der Vorschrift, sondern eine Begegnungsstätte. Aufgrund der einheitlichen Zielsetzung sei nicht nach an Kinder gerichteten und sonstigen Angeboten zu differenzieren. Die Revision war ursprünglich nicht zugelassen worden. Das OLG war der „Auffassung, dass die Berufung offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg hat“ und „der Rechtsache auch keine grundsätzliche Bedeutung zukommt“.⁵⁴

Auf die Nichtzulassungsbeschwerde des Beklagten hin hat der BGH die Revision zugelassen, die Klage im Hauptantrag als unbegründet abgewiesen und hinsichtlich der Hilfsanträge zur neuen Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen. Über diese verglichen sich die Parteien schlussendlich.⁵⁵

d) Entscheidung

Nach Einschätzung des BGH ist das Eltern-Kind-Zentrum aufgrund der Wertungen des im Wege ergänzender Auslegung in die Teilungserklärung einzubeziehenden § 22 Abs. 1a BImSchG nicht störender als die dort vorgesehene Nutzung und deshalb nicht insgesamt zu verbieten.

Eine abweichende Nutzung sowohl von Sonder- als auch von Gemeinschaftseigentum könne grundsätzlich einen Unterlassungsanspruch aus § 1004 Abs. 1 BGB nicht nur gegen den Sondereigentümer, sondern auch direkt gegen den Mieter begründen. Der Senat nutzt die Gelegenheit, seinen jüngsten Streitentscheid zu referieren, wonach in einem Verstoß gegen wohnungseigentumsrechtliche Bindungen eine Eigentumsverletzung durch den Mieter liege.⁵⁶ Dies ist auch entscheidend im konkreten Fall, da die Berufung allein auf abwehrfähige Immissionen im Sinne des § 906 BGB wohl mit Blick auf § 22 Abs. 1a BImSchG wenig erfolgversprechend gewesen wäre. Beklagt war direkt der das Eltern-Kind-Zentrum betreibende Verein als Mieter, der Sondereigentümer lediglich Streithelfer.

48 Feste Programmbestandteile sind unter der Woche ein Mini-Kindergarten von 9 bis 12 Uhr, ein offenes Spielzimmer für Kinder und Familienangehörige mit Kaffee und Kuchen von 14:30 bis 16:30 Uhr sowie Spielgruppen in verschiedenen Sprachen bis 18 Uhr. Neben Kursen speziell für Kinder (Zeichnen, Musik, Zumba) werden auch solche ausschließlich für Erwachsene (Deutsch als Fremdsprache an einem Wochentag von 9 bis 12 Uhr) angeboten. Samstags findet von 10:30 bis 12:30 eine Scuola Italiana für Kinder von 4 bis 6 Jahren sowie einmal im Monat ein Treffen von Pfandfinderinnen zwischen der zweiten und achten Jahrgangsstufe zwischen 13 bis 16 Uhr statt. Feiern für Kinder zu bestimmten Anlässen, Flohmärkte und Vorträge ergänzen das Programm in unregelmäßigen Abständen.

49 LG München I, Urteil vom 31.3.2017, 20 O 21847/10, n. v.

50 <https://www.sueddeutsche.de/muenchen/schwabing-nachbarn-klagen-gegen-kinderlaerm-und-bekommen-recht-1.3447349>, vom 4.4.2017, abgerufen am 7.4.2020.

51 OLG München, Beschluss vom 17.7.2018, 18 U 1148/17, n. v.

52 Wiedergegeben in BGH, Urteil vom 13.12.2019, V ZR 203/18, NJW 2020, 1354 Rdnr. 3.

53 <https://www.sueddeutsche.de/muenchen/schwabing-das-recht-auf-laerm-1.4231631>, vom 28.11.2018, abgerufen am 7.4.2020.

54 <https://www.sueddeutsche.de/muenchen/gericht-elki-gibt-nicht-auf-1.3975532>, vom 11.5.2018, abgerufen am 19.2.2020.

55 Eckpunkte des Vergleichs: Bei an Erwachsene gerichteten Veranstaltungen dürfen maximal 50 Gäste gleichzeitig anwesend sein. Kinderwagen, nicht aber Fahrräder dürfen nicht auf der Außenfläche abgestellt werden. Ein Schild am Eingang soll zu Rücksichtnahme auffordern. Etwaige Schwierigkeiten sollen bei jährlichen Treffen gutnachbarlich geregelt werden. Schallschutzmaßnahmen werden nur auf freiwilliger Basis und nach Klärung der Finanzierbarkeit in Aussicht gestellt.

<https://www.sueddeutsche.de/muenchen-schwabing-elki-kita-prozess-1.5040490>, vom 22.9.2020, abgerufen am 24.9.2020

56 Rdnr. 5 der besprochenen Entscheidung; BGH, Urteil vom 25.10.2019, V ZR 271/18, NJW 2020, 921 zu einer Nutzung einer in der Teilungserklärung als Laden bezeichneten Einheit als Eisdielen mit Bestuhlung.

aa) „Laden mit Lager“ als Zweckbestimmung

Der BGH bestätigt die bisherige Praxis bei der Prüfung der wohnungseigentumsrechtlich vorgegebenen Nutzung. Die Auslegung der Teilungserklärung – durch Bezugnahme Teil der Grundbucheintragung – sei rechtsmittelgerichtlich vollumfänglich überprüfbar.⁵⁷ Die Angabe „Laden mit Lager“ in der der Teilungserklärung beigefügten Aufstellung und im neu gebildeten Teileigentumsgrundbuch sei der gefestigten Rechtsprechung folgend als Zweckbestimmung mit Vereinbarungskarakter im Sinne des § 15 Abs. 1 WEG zu qualifizieren. Maßgebend sei der Wortlaut in seiner nächstliegenden Bedeutung. Umstände außerhalb der Grundbucheintragung dürften nur herangezogen werden, wenn sie für jedermann ohne Weiteres erkennbar seien.⁵⁸

Die Gemeinschaftsordnung, der zufolge die gewerbliche Nutzung einer nach dem Aufteilungsplan zur gewerblichen Nutzung vorgesehen Räumlichkeit keiner Verwaltergenehmigung bedürfe, erweitere weder die zulässigen Nutzungsformen noch gestatte sie den Betrieb jeglichen Gewerbes.⁵⁹

bb) Tatsächlich höheres, unter Berücksichtigung von § 22 Abs. 1a BImSchG aber vergleichbares Störpotenzial

Anders als die Vorinstanzen beurteilt der BGH die abweichende tatsächliche Nutzung als Eltern-Kind-Zentrum gegenüber der vorgesehenen als bei typisierender Betrachtungsweise nicht störender. Dies ergebe sich aus der ergänzenden Auslegung der Teilungserklärung. Die Zweckbestimmung wolle in der Regel vor allem das Maß der hinzunehmenden Störungen abstecken. Solange dieses eingehalten sei, fehle ein schutzwürdiges Abwehrinteresse und ein hypothetischer Wille, derartige Nutzungen nicht zuzulassen. Auf eine solche Einschränkung des Unterlassungsanspruchs könne sich auch ein Mieter als Anspruchsgegner berufen.⁶⁰

Ein Laden sei vorrangig Verkaufsstätte für Waren. Im Vergleich dazu schätzten sämtliche Instanzen die vom Eltern-Kind-Zentrum ausgehenden Geräusche in tatsächlicher Hinsicht als lauter und konzentrierter ein.

Diese Geräuscheinwirkungen seien allerdings nach dem Verständnis des BGH angesichts der Wertungen des § 22 Abs. 1a BImSchG auszublenden, sodass sie nicht mehr Grundlage einer Nutzungsuntersagung sein können. Die Ausstrahlungswirkung dieser Norm soll dabei interessanterweise nicht nur über das Immissionsschutzrecht, sondern auch über den Wortlaut des Tatbestandes hinausreichen. Für Einrichtungen im Sinne des § 22 Abs. 1a BImSchG

gelte sie erst recht mit der Folge, dass die privilegierten Geräuscheinwirkungen beim Vergleich des typischen Störpotenzials außer Betracht bleiben müssten.⁶¹

cc) Ergänzende Vertragsauslegung zur Schließung einer nachträglichen Lücke

Die Teilungserklärung ist wie jede Willenserklärung der ergänzenden Auslegung zugänglich, auch wenn aufgrund ihrer Grundbucheintragung besondere objektivierende Maßstäbe gelten.⁶² Ein aus dem Wortlaut nicht erkennbarer Wille des Erklärenden und die Entstehungsgeschichte sind nicht maßgeblich.⁶³ Die Auslegung – ggf. gerichtet auf einen Anpassungsanspruch – geht einem Anpassungsverlangen nach § 10 Abs. 2 Satz 3 WEG vor.⁶⁴

Leitbild in der ergänzenden Auslegung ist, was der teilende Eigentümer, hätte er die Lücke erkannt, bei einer angemessenen Abwägung der Interessen nach Treu und Glauben redlicherweise geregelt hätte.⁶⁵ Das anfängliche Regelungskonzept darf freilich nicht korrigiert, sondern nur extrapolierend nachgezeichnet werden.

Die ergänzende Auslegung scheidet, wenn sich keine hinreichenden Anhaltspunkte für den hypothetischen Willen finden lassen, etwa weil mehrere gleichwertige Auslegungsmöglichkeiten in Betracht kommen.⁶⁶ Das Auslegungsergebnis muss also eindeutig sein.

Die Erweiterung der Nutzungsmöglichkeiten auf bei typisierender Betrachtungsweise nicht störendere Nutzungen rechtfertigt sich aus ergänzender Auslegung. Voraussetzung ist eine planwidrige Unvollständigkeit, Gegenindikation eine bewusst abschließende Regelung. Ausdrücklich oder konkludent könne eine Nutzung als Kindertageseinrichtung unabhängig vom Störpotenzial in der Teilungserklärung ausgeschlossen werden, zum Beispiel durch eine Zweckbestimmung als „Ärztelhaus“.⁶⁷ Unliebsame Nutzungen können damit von Teilungserklärung oder Gemeinschaftsordnung nach wie vor konkret untersagt werden.

Eine Regelungslücke könne von Anfang an bestehen oder nachträglich durch eine Änderung der wirtschaftlichen oder rechtlichen Verhältnisse entstehen.⁶⁸ Ausgangspunkt der Auslegung einer Teilungserklärung ist der Zeitpunkt ihrer Grundbucheintragung, was jedoch die Anpassung an spätere Gegebenheiten oder Regelungen nicht ausschließt.⁶⁹

57 BGH, Urteil vom 17.4.2015, V ZR 12/14, ZMR 2015, 726 Rdnr. 12; st. Rspr.

58 Rdnr. 7 der besprochenen Entscheidung.

59 Die Gemeinschaftsordnung würde allenfalls in Ermangelung einer Zweckbestimmung einer Beschreibung in den Aufteilungsplänen vorgehen, weil jede Beschränkung der Nutzungsmöglichkeit eindeutig ausgewiesen sein muss, OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 1.11.2012, 20 W 12/08 Rdnr. 149, ZWE 2013, 211, 213.

60 Rdnr. 10 der besprochenen Entscheidung.

61 Rdnr. 13 der besprochenen Entscheidung.

62 BGH, Beschluss vom 28.6.1984, VII ZB 15/83, BGHZ 92, 18 = NJW 1984, 2576.

63 Riecke/Schmidt/Elzer/Schneider, WEG, 5. Aufl. 2019, § 3 Rdnr. 39.

64 BGH, Urteil vom 13.5.2016, V ZR 152/15, ZWE 2016, 374 Rdnr. 18.

65 Wenzel, NZM 2005, 402, 405.

66 BGH, Beschluss vom 7.10.2004, V ZB 22/04, ZWE 2005, 72, 78.

67 Rdnr. 14 der besprochenen Entscheidung.

68 BGH, Urteil vom 6.10.2006, V ZR 20/06, NJW 2007, 509.

69 OLG München, Beschluss vom 30.4.2008, 32 Wx 35/08, NZM 2008, 652.

Der BGH nimmt an, der teilende Eigentümer hätte, wenn er die Gesetzesänderung in § 22 Abs. 1a BImSchG berücksichtigen hätte können, der ausdrücklich gewünschten Privilegierung von Kinderlärm bei der Festlegung der erlaubten Nutzungen Rechnung getragen.⁷⁰ Die streitgegenständliche Anlage sei gemischt genutzt und somit sei ohne ausdrückliche anderweitige Festlegung Raum für ergänzende Vertragsauslegung. Der BGH merkt bei dieser Gelegenheit an, dass im Wohnungseigentum Tagespflege je nach den Umständen des Einzelfalls zulässig sein kann, eine Einrichtung im Sinne des § 22 Abs. 1a BImSchG hingegen regelmäßig aufgrund des erhöhten Publikumsverkehrs nicht.⁷¹

dd) Eltern-Kind-Zentrum als Kindertagesstätte oder ähnliche Einrichtung

Der BGH ordnet das Eltern-Kind-Zentrum als Kindertageseinrichtung oder jedenfalls als „ähnliche Einrichtung“ im Sinne des § 22 Abs. 1a BImSchG ein. Dabei definiert er die Begriffe unter Hinweis auf die gesetzgeberische Zielsetzung, die Einbeziehung von Kinderläden und die vom Gesetzgeber in Bezug genommene ebenfalls weite sozialrechtliche Begrifflichkeit weit.⁷² Das Eltern-Kind-Zentrum hat viele Elemente in seinem Programm. Zum Großteil lassen sie sich einem der Tatbestandsmerkmale zuordnen, zu einem kleinen Teil nicht. Der BGH geht zwar auf einzelne Arten von Angeboten ein,⁷³ lässt aber eine genaue Subsumtion unter eine der Einrichtungsarten im Sinne des § 22 Abs. 1a BImSchG offen.

Veranstaltungen wie das offene Spielzimmer, bei denen die Förderung, konstituierendes Merkmal der Kindertageseinrichtung, weniger im Vordergrund stünden, werden als einem Kinderspielplatz ähnlich unter § 22 Abs. 1a BImSchG subsumiert.

Solange ausschließlich oder auch an Erwachsene gerichtete Angebote von untergeordneter Bedeutung seien, stellten sie nicht die immissionsschutzrechtliche Privilegierung und Qualifizierung insgesamt in Frage. Der Begriff der Kindertageseinrichtung dürfe angesichts des klaren gesetzgeberischen Signals für eine kinderfreundliche Gesellschaft nicht zu eng gefasst werden. Elternangebote untergeordneter Bedeutung lässt der BGH unter den Tisch fallen, um das Eltern-Kind-Zentrum insgesamt als Einrichtung im Sinne des § 22 Abs. 1a BImSchG in den Genuss der Privilegierung kommen zu lassen.

ee) Geräuscheinwirkungen unmittelbar oder mittelbar durch Kinder

Die Geräuscheinwirkungen des Eltern-Kind-Zentrums seien, so der BGH weiter, auch durch Kinder verursacht, sei es

unmittelbar oder mittelbar. Ebenso wie die Geräuscheinwirkungen der Kinder seien auch die der sie notwendigerweise begleitenden und beaufsichtigenden Familienangehörigen privilegiert. Je nach Alter der Kinder sei die Anwesenheit von Erwachsenen geradezu die Regel. Auch von Eltern, Großeltern etc. ausgehende Geräusche seien den Kindern zuzurechnen. Die Gesetzesbegründung beziehe auch durch die Betreuung der Kinder bedingte Geräuscheinwirkungen wie Sprechen und Rufen von Betreuerinnen und Betreuern ein. Nichts anders könne bei der Wahrnehmung der Betreuung durch Familienangehörige selbst gelten, auch deren Lautäußerungen seien mittelbar von Kindern verursacht und entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts von § 22 Abs. 1a BImSchG geschützt.⁷⁴ Die Zielgruppe des Eltern-Kind-Zentrums ist die Altersgruppe, die durch Erwachsene beaufsichtigt werden muss.

ff) Im Rahmen der Regel keine schädlichen Umwelteinwirkungen

Die gesetzlich angeordnete Rechtsfolge ist, dass – ungeachtet im Einzelfall möglicher Abweichungen – durch Kinder verursachte Geräuscheinwirkungen normalerweise keine schädlichen Umwelteinwirkungen sind. Dies könne mit dem BGH auch das Eltern-Kind-Zentrum für sich in Anspruch nehmen. Eine Verpflichtung zu Maßnahmen zur Verhinderung solcher Einwirkungen aus § 22 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 BImSchG gelte im Bereich des Abs. 1a gerade nicht. Lediglich die Ausstattung und die Spielgeräte müssten den allgemeinen immissionsschutzrechtlichen technischen Anforderungen entsprechen.

Auch aus den Öffnungszeiten ergebe sich kein erhöhtes Störpotenzial.⁷⁵ Nicht entscheidungserheblich sei hier die Frage, ob die Teilungserklärung statisch oder dynamisch auf Ladenschlussgesetze verweise, da die Öffnungszeiten sowohl hinter im Zeitpunkt der Teilung als auch den derzeit geltenden Regeln zurückblieben. Ein intensiverer Publikumsverkehr als bei einem Laden mit Lager sei tatrichterlich nicht festgestellt.⁷⁶

Vorliegend ergäben sich keine Anhaltspunkte von der Regelwirkung des § 22 Abs. 1a BImSchG abzuweichen.

gg) Störpotenzial der Erwachsenenangebote

Nachdem die mittelbar oder unmittelbar von Kindern ausgehenden Geräuscheinwirkungen durch die Wertung des § 22 Abs. 1a BImSchG absorbiert werden, könnte eine Nutzungsuntersagung sich nur mehr auf ausschließlich an Erwachsene gerichtete Angebote stützen.

Zum Teil fehlt es nach Art der Angebote bereits an einer typischerweise emissionsintensiveren Nutzung.⁷⁷ Theatergruppen oder Body-Work-Out-Kurse mögen laut werden.

70 BGH, Urteil vom 23.3.2018, V ZR 307/16, NJW-RR 2018, 1227, Rdnr. 17.

71 Rdnr. 15 der besprochenen Entscheidung.

72 BGH, Urteil vom 23.3.2018, V ZR 307/16, NJW-RR 2018, 1227 Rdnr. 20.

73 Klassische Kinderbetreuung sieht er im Mini-Kindergarten und den übrigen nur auf Kinder ausgerichteten Veranstaltungen wie Zeichenkurse, Musikurse, Zumba Kids und „Scuola Italiana“.

74 Rdnr. 25 der besprochenen Entscheidung.

75 Rdnr. 27 der besprochenen Entscheidung.

76 Rdnr. 28 der besprochenen Entscheidung.

77 So für die unregelmäßig stattfindenden Flohmärkte, Vorträge, zweimal wöchentlich angebotene Kurse „Deutsch als Fremdsprache“, Yoga-Kurse, Erste-Hilfe-Kurse, Seminare, Treffen von Eltern-Kind-Initiativen, Rdnr. 30 der besprochenen Entscheidung.

Letztlich hält der BGH das Störpotenzial dieser und der Erwachsenenangebote insgesamt nicht für entscheidungserheblich: Denn der Hauptantrag sei unteilbar auf die Untersagung der Nutzung als Eltern-Kind-Zentrum gerichtet und nicht speziell gegen einzelne Aktivitäten oder Nutzergruppen. Ungeachtet dieser Angebote sei das Eltern-Kind-Zentrum Einrichtung im Sinne des § 22 Abs. 1a BImSchG. Selbst wenn einzelne Aktivitäten mehr störten, wäre eine Untersagung des gesamten Betriebs überschießend, würde sie doch gerade auch die privilegierten Angebote mit demselben Federstrich unterbinden. Die Kläger müssten ggf. ihren Klageantrag auf einzelne nichtprivilegierte Nutzungsformen zuschneiden.

§ 22 Abs. 1a BImSchG steckt einen gewissen geschützten Rahmen ab. Nicht zumutbare Immissionen durch Kinderlärm müssen allerdings nicht geduldet werden. Nur lässt sich das Erreichen dieser Grenzen nicht mit Geräten messen: Ein Anspruch auf Einhaltung einer bestimmten Lautstärke wie im Hilfsantrag verlangt solle nach § 22 Abs. 1a BImSchG gerade nicht bestehen.⁷⁸ Eine auf physikalischen Größen fußende Bewertung werde dem besonderen Toleranzgebot gegenüber Kinderlärm grundsätzlich nicht gerecht. Nachdem der Rückgriff auf physikalische Größen verwehrt ist, dürfte die Formulierung zweckdienlicher, tenorierungsfähiger Anträge schwerfallen.⁷⁹

Die Nutzung als Eltern-Kind-Zentrum ist also zu dulden. Einzelne störende Handlungsweisen könnten jedoch Unterlassungsansprüche begründen, insbesondere ausschließlich an Erwachsene gerichtete gegenüber einem Laden emissionsintensivere Angebote oder das Abstellen von Kinderwägen und Fahrrädern auf Gemeinschaftseigentum. Die diesbezüglichen Hilfsanträge wurden an einen anderen Spruchkörper des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Den global auf Unterlassung des Betriebes eines Eltern-Kind-Zentrums gerichtete Hauptantrag hatte der BGH insgesamt abzuweisen. Angesichts seiner Unteilbarkeit konnte er auch nicht hinsichtlich einzelner Aspekte Erfolg haben.

e) Analyse der BGH-Entscheidung

Der BGH öffnet die Privilegierung des § 22 Abs. 1a BImSchG für neue Angebotsformen rund um Kinder. Für das Schwabinger Eltern-Kind-Zentrum ist das ein erfreulicher Sieg in letzter Instanz. Das Urteil unterstellt die Einrichtung – selbst jenseits traditioneller Kinderbetreuung – insgesamt dem Schutzbereich. Die Vorinstanzen hatten sich gerade an dem Sammelsurium an Aktivitäten gestört. Der BGH ist in der ergänzenden Vertragsauslegung begrifflich großzügiger als bei strenger Subsumtion, um der mannigfaltigen Ausrichtung des Zentrums und der gesetzgeberischen Intention gerecht zu werden. § 22 Abs. 1a BImSchG nennt Eltern- und Familienzentren im Sinne des § 16 SGB VIII nicht.⁸⁰ So entsteht der Eindruck, das Urteil gehe in Umsetzung des politischen Willens des Gesetzgebers weiter als die Norm selbst.

Begünstigung verdient jede Einrichtung im Sinne des § 22 Abs. 1a BImSchG unbeschadet eines überschießenden Aktivitätsspektrums. Einzelne aus dem Tatbestand aussscherende Zusatzangebote dürfen nicht die Privilegierungswürdigkeit der Einrichtung infrage stellen, solange konsequenterweise nur die zumindest mittelbar durch Kinder hervorgerufenen Geräuscheinwirkungen rechtlich neutralisiert werden und die übrigen sich an den gängigen Anforderungen messen lassen müssen.

Dies war auch die Krux der Entscheidungen der Vorinstanzen: Diese meinten, Kinderlärm selbst wäre unter Umständen noch zu tolerieren, nicht jedoch der der begleitenden Eltern und Großeltern. Begrüßenswert ist der Paradigmenwechsel im BGH-Urteil: Denn auch mittelbar durch Kinder hervorgerufene Geräuscheinwirkungen müssen hingenommen werden. Hier kann der BGH auf die Gesetzesbegründung verweisen und vom dort genannten Betreuungspersonal erst recht auf selbstbetreuende Familienangehörige schließen. Angesichts des angesprochenen Altersspektrums drängt sich dieses Ergebnis geradezu auf: Die Aller kleinsten kommen notwendigerweise mit aufsichtspflichtigen Begleitpersonen in die Einrichtung und deshalb auch gemeinsam in den Genuss der Privilegierung. Lautäußerungen von Begleitpersonen isoliert von denen der Kinder zu betrachten, obschon sie in Reaktion aufeinander entstehen und meist die Geräuschkulisse eher beruhigen dürften, wäre lebensfremd. Die Privilegierung des unmittelbaren Kinderlärms allein hilft einer Einrichtung wenig, wenn sie aufgrund der Geräusche der notwendigen Aufsichtspersonen schließen müsste. Die kinderunabhängige Lärmentwicklung der Erwachsenen (Kaffeekränzchen) für sich genommen dürfte den zulässigen Geräuschpegel selten überschreiten.

Dem teilenden Eigentümer und den Sonderrechtsnachfolgern wird mittels ergänzender Auslegung eine gewisse Duldsamkeit gegenüber Kinderlärm auferlegt. Der Kita-Ausbau wird so auch im Wohnungseigentumsrecht spürbar. Die Ausstrahlungswirkung erzielt der BGH mit der Verrenkung der nachträglichen ergänzenden Auslegung der Teilungserklärung. Umso bemerkenswerter ist dies angesichts der sonst geübten Auslegungstreue: Maxime des BGH war ja, außerhalb von Wortlaut und Sinn in ihrer nächstliegenden Bedeutung liegende Umstände müssten nach den besonderen Verhältnissen des Einzelfalls für jedermann ohne Weiteres erkennbar sein. Die Gesetzesänderung selbst mag jedem unbefangenen Dritten einleuchten, das vom BGH angesonnene offene Verständnis scheint weniger zwingend. § 22 Abs. 1a BImSchG erlangt so überraschende „Strahlkraft“.⁸¹ Kritisiert wird, die Entscheidung bewirke „eine Art mittelbarer (Dritt-)Rückwirkung öffentlichrechtlicher Vorschriften“.⁸² Voraussetzung der mittelbaren Drittwirkung von Grundrechten im Privatrecht ist ein „Einfallstor“ wie unbestimmte Rechtsbegriffe oder Generalklauseln. Nimmt die Teilungserklärung selbst auf öffentlichrechtliche Begriffe Bezug, mag ein Import der dortigen Wertungen zur weiteren

78 Rdnr. 34 der besprochenen Entscheidung.

79 So Müller, ZWE 2020, 180, 187.

80 Eine Einbeziehung regt die Petition des Eltern-Kind-Zentrums an den Bayerischen Landtag vom 29.3.2019 an.

81 Müller, ZWE 2020, 180, 186.

82 Lang, ZfIR 2020, 313, 314.

Ausfüllung gerechtfertigt sein.⁸³ Logisch ist dies im Rahmen von § 906 Abs. 1 BGB: Wer Grenzen des Zulässigen aus dem Immissionsschutzrecht ableitet, muss im Gegenzug auch dessen Privilegierungen beachten. Anspruchsgrundlage im entschiedenen Fall ist allerdings nicht § 906 Abs. 1 BGB, sondern § 1004 Abs. 1 BGB; Anspruchsgegner nicht ein Eigentümer, sondern der Mieter; um die Geräusche geht es nicht direkt, sondern indirekt im Rahmen der Vergleichsbetrachtung des Störpotenzials vorgesehener und tatsächlicher Nutzung.

Die Wohnungseigentümergeinschaft kann auf die Einhaltung öffentlichrechtlicher Beschränkungen pochen. Weshalb sollten nicht auch umgekehrt öffentlichrechtliche Privilegierungen in die ergänzende Auslegung einzubeziehen sein? Öffentlichrechtlich verordnete Toleranz gegenüber Kinderlärm hat erst dann keine Chance mehr, das Wohnungseigentumsrecht zu überstrahlen, wenn die Teilungserklärung solche Nutzungen eindeutig abwehrt. Allerdings ist dazu eine lückenfüllende bzw. -vorbeugende Regelung in der Teilungserklärung erforderlich. Der Wohnungseigentümergeinschaft wird im Zweifel eine progressive Haltung unterstellt, solange sie sich nicht ausdrücklich dagegen verhält und durch eine Negativliste bestimmte Nutzungsformen für unzulässig erklärt.

Bei einer neuen Aufteilung besteht noch einiger Gestaltungsspielraum. Es kann jede nutzungseinschränkende Regelung getroffen werden, soweit sie nicht sittenwidrig ist oder gegen Treu und Glauben verstößt. Denn das neu zu schaffende Sondereigentum entsteht dann von vornherein nur mit Beschränkungen. Um die wirtschaftliche Verwertbarkeit nicht zu beeinträchtigen, kann bei einer engen Zweckbestimmung eine Umnutzung unter Vorbehalt einer ins freie Ermessen zu stellenden Zustimmung des Verwalters oder einer bestimmten Mehrheit von Eigentümern zugelassen werden.

In Altfällen ist die Hürde zur Änderung der Teilungserklärung hoch: Per Beschluss können bestimmte Nutzungen verboten werden, die zu einer unzumutbaren Belastung der übrigen Eigentümer führen.⁸⁴ Auch hiergegen stritte allerdings § 22 Abs. 1a BImSchG. Im Beschlusswege ist eine Änderung von Vereinbarungen nur möglich, wenn dies die Gemeinschaftsordnung vorsieht (Öffnungsklausel), ein sachlicher Grund vorliegt und ein einzelner Sondereigentümer gegenüber dem bisherigen Rechtsstand nicht unbillig benachteiligt wird. Die Zustimmung des in seiner Nutzungsfreiheit einzuschränkenden Eigentümers wäre zu verlangen, jedoch schwer zu erlangen. Ebenso steinig wäre der Weg über eine Vereinbarung aller Sondereigentümer.⁸⁵ Zur Wirksamkeit gegenüber Rechtnachfolgern wäre zukünftig gemäß § 10 Abs. 3 Satz 1 WEG-RegE eine Grundbucheintragung erforderlich.

83 AG München Urteil vom 30.9.2014, 483 C 2720/14, BeckRS 2015, 19531.

84 Verbot des Haltens von Kampfhunden und Kampfhundemischlingen, KG, Beschluss vom 23.6.2003, 24 W 38/03, NZM 2004, 145.

85 Abänderung einer Vereinbarung bedarf der Eintragung im Grundbuch als Inhalt des Sondereigentums, § 10 Abs. 3 WEG (Satz 1 WEG-E).

Angesichts dieses Anpassungsaufwandes kann eine automatische Aktualisierung durch ergänzende Auslegung nachträglicher Lücken Hoffnung auf Modernisierung wecken. Andererseits sollte nicht jeder Wandel gesellschaftspolitischer Vorstellungen gleich durch die Hintertür der ergänzenden Vertragsauslegung als in die Teilungserklärung umgesetzt gelten: Lange Zeit galt die Ausübung der Prostitution in Wohnungs- und Teileigentum als Überschreitung des nach § 14 Nr. 1 WEG zulässigen Maßes, weil damit eine Wertminderung der anderen Einheiten einhergehe.⁸⁶ Nach Einführung des ProstG gerät diese Einschätzung ins Wanken.⁸⁷ Es wird kontrovers diskutiert, ob eine in der Rechtsgemeinschaft eindeutig herrschende Auffassung über die nicht nur individual-, sondern auch sozialetische Verwerflichkeit der Prostitutionsausübung nach wie vor festgestellt werden kann.⁸⁸ Ist in einer Teileigentumseinheit ohne nähere Beschränkung der Nutzung die Prostitution als Gewerbe wie jedes andere zulässig? Damit bleibt nach der Entscheidung des BGH die allgemeine Frage, ob und wie ursprünglich nicht bedachte Nutzungsformen zu integrieren sind.

3. Gestaltungshinweis

Die Praxis wird sich auf Folgendes einstellen können: Kinderbetreuung durch eine Tagespflegeperson kann je nach den Umständen des Einzelfalls im Wohnungseigentum zulässig sein. Einrichtungen im Sinne des § 22 Abs. 1a BImSchG werden wegen des erhöhten Publikumsverkehrs zwar nicht im Wohnungseigentum, infolge des BGH-Urteils jedoch im Teileigentum in aller Regel erlaubt sein. Anders ist dies nur, wenn die Teilungserklärung klare anderweitige Festlegungen enthält, die einer ergänzenden Auslegung entgegenstehen. Deren Abwehrwirkung wird begrenzt durch den Anspruch auf Anpassung von Vereinbarungen im Rahmen des § 10 Abs. 3 Satz 3 WEG (§ 10 Abs. 2 WEG-RegE).

Vorbeugen ließe sich einer ergänzenden Auslegung zum Beispiel mit folgender Gestaltung, die ggf. mit einer Öffnungsklausel zu kombinieren wäre:

Die Bezeichnung als „Laden mit Lager“ in dieser Urkunde ist eine Zweckbestimmung, die ausschließlich die genannte Nutzung gestattet. Zu jeder anderen, auch zu einer bei typisierender Betrachtung nicht stärker störenden Nutzung ist die Zustimmung des Verwalters oder einer Mehrheit von drei Vierteln der Sondereigentümer erforderlich. Die Zustimmung kann widerruflich erteilt, von Auflagen abhängig gemacht und grundsätzlich nach freiem Ermessen versagt werden. Anspruch auf Zustimmung besteht nur, wenn schlüssig dargelegt ist, dass eine reale Möglichkeit, das Sondereigentum entsprechend zu nutzen oder zu verwerten, nicht besteht und die beabsichtigte Nutzung weder eine andersartige oder stärkere Beeinträchtigung anderer Sondereigentümer noch eine Veränderung des Charakters der Anlage befürchten lässt.

86 *Kahlen*, ZWE 2009, 142.

87 *Armbrüster*, ZWE 2008, 361, 365.

88 BayObLG, Beschluss vom 8.9.2004, 2 Z BR 137/04, BayObLGZ 2004, 244; LG Bamberg, Endurteil vom 12.4.2016, 11 S 21/15 WEG, BeckRS 2016, 126221.

STEUERRECHT

25. Steuerfreie Entnahme einer Wohnung aus dem land- und forstwirtschaftlichen Betriebsvermögen

BFH, Urteil vom 16.1.2020, VI R 22/17 (Vorinstanz:
FG Schleswig-Holstein, Urteil vom 5.4.2017, 2 K 26/17)

*EStG § 4a Abs. 1 Satz 2 Nr. 1, § 13 Abs. 4 Satz 6 Nr. 2, § 52 Abs. 15 Satz 7
FGO § 126 Abs. 2*

LEITSATZ:

Die steuerfreie Entnahme einer Wohnung aus dem land- und forstwirtschaftlichen Betriebsvermögen gemäß § 13 Abs. 4 Satz 6 Nr. 2 EStG (nach dem 31.12.1998) ist nur möglich, wenn es sich hierbei um ein Baudenkmal handelt.

26. Jahreswert von Nießbrauchsrechten bei vom Schenker zu tragenden Schuldzinsen

BFH, Urteil vom 28.5.2019, II R 4/16 (Vorinstanz:
FG Münster, Urteil vom 26.11.2015, 3 K 2711/13 Erb)

*BewG §§ 14, 15, 16
ErbStG § 10 Abs. 1 und 12*

LEITSATZ:

Wird ein Grundstück unter Vorbehalt des Nießbrauchs geschenkt, mindert der Wert des Nießbrauchsrechts die Bereicherung des Bedachten. Der Jahreswert des Nießbrauchsrechts ist unter Abzug der Schuldzinsen für die zum Zeitpunkt der Zuwendung bestehenden Darlehen zu ermitteln, wenn die Schuldzinsen vom Schenker als Nießbraucher während des Bestehens des Nießbrauchsrechts aufgrund einer gesetzlichen oder vertraglichen Verpflichtung getragen werden.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Mit notariell beurkundetem Vertrag vom 4.8.2011 übertragen die Eltern des Klägers und Revisionsklägers (Kläger) verschiedene bebaute Grundstücke unter dem Vorbehalt eines auf Lebensdauer des Längstlebenden geltenden Nießbrauchs auf den Kläger. Aufgrund des Nießbrauchs waren die Eltern berechtigt und verpflichtet, sämtliche Nutzungen aus dem Vertragsgegenstand zu ziehen und sämtliche privaten und öffentlichen Lasten zu tragen. Der Kläger übernahm laut IV. Ziffer 6 des Übertragungsvertrags die dort genannten, auf dem Grundbesitz lastenden Verbindlichkeiten in dinglicher und persönlicher Hinsicht. Zur Klarstellung wurde vermerkt, dass die Schuldübernahme die Verpflichtung des Nießbrauchers, im Innenverhältnis die Tilgungs- und Zinsleistungen für die übernommenen Verbindlichkeiten zu erfüllen, nicht berühre.

2 Durch Bescheide vom 9.12.2011 setzte der Beklagte und Revisionsbeklagte (das FA) die Schenkungsteuer für den Erwerb vom Vater auf 71.790 € und für den Erwerb von der Mutter auf 47.050 € fest. Dabei berücksichtigte das FA die Belastung aus den Nießbrauchsrechten steuermindernd, nicht aber die übernommenen Darlehensverbindlichkeiten, da insoweit Zins- und Tilgungsleistungen weiterhin von den übertragenden Eltern erbracht würden.

3 Mit dem gegen beide Bescheide erhobenen Einspruch reichte der Kläger Einnahme-Überschussrechnungen für die übertragenen Grundstücke ein. Das FA setzte die Schenkungsteuer durch Einspruchsentscheidungen vom 25.7.2013 für den Erwerb vom Vater auf 52.800 € und für den Erwerb von der Mutter auf 14.113 € herab, wies die Einsprüche im Übrigen aber als unbegründet zurück. Bei der Neufestsetzung der Steuern gewährte es die Steuervergünstigung nach § 13c ErbStG in der für 2011 geltenden Fassung.

4 Das FA folgte bei der Berechnung der Kapitalwerte für den Nießbrauch den vom Kläger vorgelegten Einnahmen aus Vermietung und Verpachtung, ermittelte einen Durchschnittswert der letzten vier Jahre vor der Übertragung und rechnete den Jahreswerten die Absetzung für Abnutzung hinzu. Den Antrag des Klägers, die übernommenen Verbindlichkeiten mit den unter Berücksichtigung der Wahrscheinlichkeit einer künftigen Inanspruchnahme ermittelten Verkehrswerten als Gegenleistung anzusetzen, lehnte das FA unter Hinweis auf § 12 Abs. 1 ErbStG und § 6 Abs. 1 BewG ab.

5 Mit seiner Klage gegen beide Bescheide machte der Kläger geltend, die Jahreswerte der Nießbrauchsrechte seien ohne die Einbeziehung von Schuldzinsen zu berechnen. Während des Klageverfahrens erließ das FA am 1.10.2015 aufgrund einer nicht im Streit stehenden Änderung bei den Vorschenkungen einen geänderten Bescheid und setzte die Schenkungsteuer für den Erwerb vom Vater auf 44.850 € herab.

6 Das FG wies die Klage als unbegründet zurück. Seiner Auffassung nach hat das FA bei Ermittlung der Jahreswerte der Nießbrauchsrechte zu Recht die von den Eltern des Klägers gezahlten Schuldzinsen in Abzug gebracht. Die belastenden Nießbrauchsrechte seien nach § 12 Abs. 1 ErbStG i. V. m. § 14 Abs. 1 BewG mit dem Vielfachen des Jahreswerts zu bewerten. Die Ermittlung des Jahreswerts erfolge nach §§ 15 und 16 BewG. Danach sei von den jeweiligen Nettoerträgen auszugehen. Das Urteil des FG ist in EFG 2016, 493 veröffentlicht.

7 Dagegen richtet sich die Revision des Klägers. Er rügt die Verletzung von § 15 BewG und vertritt weiterhin die Auffassung, dass die Jahreswerte des Nießbrauchs ohne den Abzug von Schuldzinsen zu berechnen seien. Im Außenverhältnis habe er zwar die Verbindlichkeiten übernommen, um die Zins- und Tilgungsleistungen zu erbringen. Daran ändere jedoch die Übernahme der Verbindlichkeiten durch seine Eltern als Nießbrauchsberechtigter im Innenverhältnis nichts.

8 Der Kläger beantragt sinngemäß, die Vorentscheidung aufzuheben und die angefochtenen Schenkungsteuerbescheide dahin gehend zu ändern, dass jeweils bei der Berechnung des Jahreswerts des Nießbrauchsrechts die Schuldzinsen für die übernommenen Verbindlichkeiten nicht einbezogen werden.

9 Das FA beantragt, die Revision als unbegründet zurückzuweisen.

(...)

13 III. Die Sache ist spruchreif. (...) Das FA hat in beiden Bescheiden die Jahreswerte des Nießbrauchs zutreffend berechnet.

14 1. Die Zuwendung der Grundstücke durch die Eltern des Klägers aufgrund des Vertrags vom 4.8.2011 stellt im Zeitpunkt ihrer Ausführung als dem Zeitpunkt der Steuerentstehung gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG schenkungsteuerrechtlich eine reine Schenkung gemäß § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG dar. Übernimmt der mit einem Grundstück unter Vorbehaltsnießbrauch Beschenkte auch die auf dem Grundstück abgesicherten Verbindlichkeiten, verpflichtet sich aber der Schenker und Vorbehaltsnießbraucher, diese Verbindlichkeiten für die Dauer des Nießbrauchs weiter zu tilgen und die Zinsen zu tragen, liegt keine gemischte, sondern eine reine Schenkung vor (vgl. BFH, Urteil vom 17.10.2001, II R 60/99, BFHE 197, 260 = BStBl. II 2002, S. 165).

15 2. Als steuerpflichtiger Erwerb gilt nach § 10 Abs. 1 Satz 1 ErbStG die Bereicherung des Erwerbers, soweit sie nicht steuerfrei ist.

16 a) Bei der Ermittlung des steuerpflichtigen Erwerbs ist die aus einem Vorbehaltsnießbrauch erwachsende Belastung eines zugewendeten Grundstücks abzuziehen. Die Belastung durch den Vorbehaltsnießbrauch mindert die Bereicherung des Bedachten (vgl. *Wälzholz*, ZEV 2016, 217, Anmerkung; *Billig*, UVR 2016, 314).

17 Ein Abzug des Vorbehaltsnießbrauchs, der eine sog. Nutzungs- oder Duldungsaufgabe ist (vgl. BFH-Urteil in BFHE 197, 260 = BStBl. II 2002, S. 165 unter II. 3.), ist für Erwerbsvorgänge ab 1.1.2009 nicht mehr ausgeschlossen. § 25 Abs. 1 ErbStG a. F., wonach der Erwerb von Vermögen, dessen Nutzungen dem Schenker zustanden, ohne Berücksichtigung dieser Belastungen besteuert wurde und die Steuer, die auf den Kapitalwert dieser Belastungen entfiel, bis zu deren Erlöschen zinslos gestundet wurde, wurde durch das Erbschaftsteuerreformgesetz vom 24.12.2008, ErbStRG – (BGBl. 2008 I, S. 3018) aufgehoben und gilt nur noch für Erwerbsvorgänge, für die die Steuer bis zum 31.12.2008 entstanden ist (vgl. § 37 Abs. 1 ErbStG).

18 b) Die Bewertung der bei einer Grundstücksschenkung vorbehaltenen Nießbrauchsrechte richtet sich gemäß § 12 Abs. 1 ErbStG nach den Vorschriften des Ersten Teils des BewG.

19 Der Kapitalwert lebenslänglicher Nutzungen ist nach § 14 Abs. 1 BewG mit dem Vielfachen des Jahreswerts anzusetzen. Bei Nutzungen oder Leistungen, die in ihrem Betrag ungewiss sind oder schwanken, ist als Jahreswert der Betrag zugrunde zu legen, der in Zukunft im Durchschnitt der Jahre voraussichtlich erzielt werden wird (§ 15 Abs. 3 BewG). Diese Bewertung erfordert eine Schätzung (vgl. BFH, Urteil vom 5.6.1970, III R 82/67, BFHE 99, 233 = BStBl. II 1970, S. 594 und BFH, Beschluss vom 6.5.2009, II B 14/09, juris). Anhaltspunkt für den in der Zukunft voraussichtlich erzielbaren Betrag können dabei die in den letzten Jahren erzielten Einkünfte sein

(vgl. *Urbach*, Kölner Steuerdialog 2014, 18972). Die Ermittlung des zukünftigen Durchschnittsertrags auf der Grundlage des Durchschnittsertrags der dem Schenkungszeitpunkt vorangegangenen drei Jahre wird von der höchstrichterlichen Rechtsprechung gebilligt (vgl. BFH, Urteil vom 11.2.1972, III R 129/70, BFHE 105, 50 = BStBl. II 1972, S. 448 unter II. 4. b)). Bei Vorliegen besonderer Umstände, zum Beispiel bei starken Schwankungen, kann für die Zukunftsprognose auch auf einen längeren Zeitraum abzustellen sein.

20 c) Bei der Ermittlung des Werts von Nießbrauchsrechten an Grundstücken ist zunächst von den Einnahmen aus Vermietung und Verpachtung auszugehen. Zur Berechnung des Jahreswerts des Nießbrauchs sind sodann die vom Nießbraucher zu tragenden Aufwendungen abzuziehen. Das gilt auch für die vom Nießbraucher nach § 1047 BGB im Innenverhältnis zum Grundstückseigentümer zu zahlenden Zinsen. Der Nießbraucher ist gemäß § 1047 BGB dem Eigentümer gegenüber verpflichtet, für die Dauer des Nießbrauchs u. a. diejenigen privatrechtlichen Lasten zu tragen, welche schon zur Zeit der Bestellung des Nießbrauchs auf der Sache ruhten, insbesondere die Zinsen der Hypothekenforderungen und Grundschulden. Dem Nießbraucher steht nur der Reinertrag des seiner Nutzung unterworfenen Wirtschaftsgutes zu (BFH, Urteil vom 23.7.1980, II R 62/77, BFHE 131, 394 = BStBl. II 1980, S. 748 unter 2.; *Gürsching/Stenger/Esskandari*, Bewertungsrecht, § 16 BewG Rdnr. 31). Die vom Nießbraucher zu zahlenden Schuldzinsen mindern den Jahreswert des ihm zustehenden Nießbrauchsrechts.

21 d) Beim Bedachten einer Grundstücksschenkung mindern Schuldzinsen für die zum Zeitpunkt der Zuwendung bestehenden Darlehen ebenfalls den Jahreswert des auf dem zugewendeten Grundstück lastenden Nießbrauchsrechts, wenn diese vom Schenker als Nießbraucher während des Bestehens des Nießbrauchsrechts aufgrund einer gesetzlichen oder vertraglichen Verpflichtung getragen werden (a. A. *Wälzholz*, ZEV 2016, 217; *Billig*, UVR 2016, 314). Die Schuldzinsen, die der Bedachte trotz Übernahme der Verbindlichkeiten nicht zu tragen hat, sind im Hinblick auf das bei einer Schenkung maßgebliche Bereicherungsprinzip bei der Ermittlung des Jahreswerts nicht – abweichend von der Ermittlung beim Nießbraucher – außer Acht zu lassen. Es würde dem Bereicherungsprinzip widersprechen, den Jahreswert des vorbehaltenen Nießbrauchsrechts beim Bedachten wegen des Nichtabzugs von Schuldzinsen höher anzusetzen als beim Nießbraucher und damit wegen des höheren Werts des auf dem Grundstück lastenden Nießbrauchsrechts eine geringere Bereicherung des Bedachten anzunehmen. Der Bedachte ist vielmehr dadurch bereichert, dass er die Zinszahlungen für die übernommenen Verbindlichkeiten nicht zu leisten hat, weil der Schenker als Nießbraucher des zugewendeten Grundstücks die Zinszahlungen weiter trägt. Der um die Schuldzinsen geminderte Wert des Nießbrauchs ist insoweit beim Bedachten derselbe wie beim Schenker.

22 Der Bedachte kann zwar Darlehensschulden, die er im Zusammenhang mit dem zugewendeten Grundstück übernommen hat, nicht bereicherungsmindernd abziehen, wenn der Schenker im Innenverhältnis zur Verzinsung und Tilgung der Verbindlichkeiten verpflichtet bleibt (vgl. BFH-Urteil in BFHE

197, 260 = BStBl. II 2002, S. 165 unter II. 2.). Dies hat aber keinen Einfluss auf den Kapitalwert des Nießbrauchsrechts, das auf dem zugewendeten Grundstück lastet.

23 e) Die im Schreiben des Bayerischen Staatsministeriums für Finanzen vom 10.05.2004, 34-S. 3810-023-20976/04 in Abstimmung mit den obersten Finanzbehörden der anderen Länder vertretene Auffassung, wonach bei der Ermittlung des Jahreswerts eines Nutzungsrechts im Rahmen der Besteuerung des Erwerbs des damit belasteten Erwerbers die Zinsen für Verbindlichkeiten, die auf dem übertragenen Vermögensgegenstand lasten und vom Nutzungsberechtigten zu zahlen sind, auch dann nicht berücksichtigt werden, wenn der Kapitalwert des Nutzungsrechts nach § 10 ErbStG abziehbar ist, steht der vorstehenden Auffassung nicht entgegen.

24 Die in dem Schreiben vertretene Auffassung betrifft die Rechtslage vor Aufhebung des § 25 ErbStG durch das ErbStRG 2009. Es kann dahinstehen, ob es gerechtfertigt war, für die Berechnung der nach § 25 Abs. 1 Satz 2 ErbStG a. F. zu stundenden Steuer den Jahreswert ohne Einbeziehung von Schuldzinsen zu ermitteln (vgl. dazu *Stempel*, UVR 2002, 277, 279). Jedenfalls ist dies im Rahmen des Abzugs des Jahreswerts im Rahmen der Ermittlung der Bereicherung nach § 10 Abs. 1 Satz 1 ErbStG nicht der Fall. In Höhe der vom Nießbraucher zu zahlenden Zinsen ist der Erwerber wirtschaftlich nicht belastet. Ließe man die Zinsen bei der Ermittlung des Jahreswerts des Nießbrauchs unberücksichtigt, würden sie durch den Abzug des insoweit höheren Kapitalwerts des Nießbrauchs gleichwohl den Erwerb mindern.

25 3. Ausgehend von diesen Grundsätzen hat das FA die Kapitalwerte der Nießbrauchsrechte zutreffend berücksichtigt.

26 Der Übertragungsvertrag sieht ausdrücklich vor, dass der Kläger die Verbindlichkeiten gegenüber den Gläubigern zu tragen hat und seine Eltern als Nießbraucher die Tilgungs- und Zinsleistungen für diese Verbindlichkeiten während der Dauer des Nießbrauchs im Innenverhältnis zu erfüllen haben. Die Belastung durch den Nießbrauch weggedacht, könnte der Kläger auch nur die entsprechenden Nettoerträge wie seine Eltern erzielen. Die Ermittlung der Jahreswerte der Nießbrauchsrechte unter Berücksichtigung des Durchschnittswerts der letzten vier Jahre vor der Übertragung der Grundstücke ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

(...)

ANMERKUNG:

Von Notarassessor Dr. **Felix Wobst**, Berlin

1. Entscheidung

Der BFH hatte über einen fast alltäglichen Sachverhalt zu entscheiden: Eltern überließen ihrem Kind ein Grundstück, an dem sie sich den Nießbrauch vorbehielten. Die auf dem Grundstück lastenden Verbindlichkeiten übernahm das Kind im Außenverhältnis; im Innenverhältnis wurde vereinbart, dass die Eltern für die Dauer des Nießbrauchs weiterhin Zins und Tilgung tragen.

Erstaunlicherweise war bislang nicht geklärt, wie in einem solchen Fall die schenkungsteuerrechtliche Bereicherung

des Kindes zu bestimmen ist. Klar war, dass der Nießbrauch die Bereicherung mindert, unklar aber, in welcher Höhe. Konkret: Reduziert sich der Jahreswert des Nießbrauchs um die Zinsen, die die Eltern noch zu tragen haben? Der BFH urteilte: ja.

2. Kritik

Die Entscheidung überzeugt nicht.¹ Das macht ein Extrembeispiel deutlich: Belaufen sich die Erträge aus dem Nießbrauch auf 20.000 € und stehen diesen Zinsaufwendungen in Höhe von ebenfalls 20.000 € gegenüber, wäre der Wert des Nießbrauchs mit 0 € anzusetzen. Der Übernehmer müsste also den vollen Wert des Grundstücks versteuern, obwohl er es aufgrund des Nießbrauchs nicht nutzen kann. Das kann nicht richtig sein.

Allgemein kann man sagen: Die Belastung des Eigentümers durch einen Nießbrauch hängt nicht davon ab, ob und in welcher Höhe der Nießbraucher Zinslasten zu tragen hat.²

Ausgangspunkt der Argumentation des BFH ist § 1047 BGB: Nach dieser Vorschrift hat der Nießbraucher Zinsen für dinglich gesicherte Verbindlichkeiten zu tragen, die bei der Nießbrauchsbestellung schon bestanden haben. Daraus folgert der BFH zu Unrecht, dass der Jahreswert des Nießbrauchs stets um diese Zinsen zu mindern ist. Bei wirtschaftlicher Betrachtung – und darauf kommt es nach dem schenkungsteuerrechtlichen Bereicherungsprinzip an³ – muss jedoch zwischen Zuwendungs- und Vorbehaltsnießbrauch unterschieden werden: Ein Zuwendungsnießbraucher ist wirtschaftlich belastet, wenn er Zinsen für Verbindlichkeiten des Eigentümers tragen muss; der Jahreswert des Nießbrauchs ist deshalb um diese Zinsen zu kürzen. Für einen Vorbehaltsnießbraucher ändert sich dagegen wirtschaftlich nichts, wenn er Zinsen, die er zuvor als Eigentümer zu tragen hatte, nun als Nießbraucher trägt.

Dass die Übergabe eines belasteten Grundstücks unter Vorbehaltsnießbrauch überhaupt schenkungsteuerrechtliche Schwierigkeit bereitet, liegt an der Asynchronität der Vermögensverschiebungen: Der Übernehmer erhält *sofort und endgültig* das Eigentum, ist *vorübergehend* mit einem Nießbrauch belastet und wird *nach dessen Erlöschen* mit Verbindlichkeiten belastet sein. Die Tatsache, dass der Übernehmer zwar Verbindlichkeiten übernimmt, zunächst aber keine Zinsen tragen zu hat, versucht der BFH über eine niedrigere Bewertung des Nießbrauchs in den Griff zu bekommen. Dabei übersieht er, dass schon die allgemeinen Bewertungsvorschriften Abhilfe schaffen: Als aufschiebend befristete Lasten sind die Verbindlichkeiten zunächst nicht vom Grundstückswert abzuziehen (§ 12 Abs. 1 ErbStG i. V. m. §§ 8, 6 Abs. 1 BewG).⁴ Erst wenn der Nießbrauch erlischt und der Übernehmer auch wirtschaftlich belastet ist,

1 Kritisch bereits zur Entscheidung der Vorinstanz: *Billig*, UVR 2016, 314, 316; *Wälzholz*, ZEV 2016, 217, 218.

2 *Wälzholz*, ZEV 2016, 217, 218.

3 Nach Meincke/Hannes/Holtz/Hannes/Holtz, ErbStG, 17. Aufl. 2018, § 10 Rdnr. 6 der „Zentralbegriff des ErbStRechts“.

4 BFH, Urteil vom 17.10.2001, II R 60/99, DStR 2002, 402, 402 f. unter II. 2.

sind sie auf Antrag anzusetzen (§§ 8, 6 Abs. 2, § 5 Abs. 2 BewG). Auf diese Weise wird sichergestellt, dass die Bemessungsgrundlage nicht durch Zinsen gemindert wird, die der Übernehmer gar nicht zu tragen hat. Der BFH schießt mit seiner Entscheidung darüber hinaus: Indem er diese Zinsen zusätzlich beim Nießbrauchswert mindernd berücksichtigt, erhöht er die Bemessungsgrundlage, ohne dass dem eine wirtschaftliche Bereicherung des Übernehmers gegenübersteht.

3. Praxishinweis

Für die Praxis gibt es glücklicherweise einen Ausweg: Der Steuerpflichtige kann von seinem Recht nach § 198 BewG Gebrauch machen, dem FA durch ein Sachverständigen-gutachten einen niedrigeren gemeinen Wert des Grundstücks nachzuweisen. Dabei kann – wie § 10 Abs. 6 Satz 6 ErbStG bestätigt – das nießbrauchsbelastete Grundstück als solches zum Gegenstand der Wertermittlung gemacht werden.⁵ Der Sachverständige hat dann den Verkehrswert des Grundstücks mitsamt des Nießbrauchs zu ermitteln. Auf die isolierte Bewertung des Nießbrauchs, bei der die BFH-Rechtsprechung zu berücksichtigen wäre, kommt es dann nicht mehr an.

⁵ Rössler/Troll/Halaczinsky, BewG, 30. EL August 2019, § 198 Rdnr. 38; OFD Münster, Verfügung vom 17.2.2012, S. 3104 – 14 – St. 23-35, DStR 2012, 971.

27. Nutzung zu eigenen Wohnzwecken i. S. d. § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 3 EStG; privates Veräußerungsgeschäft bei Verkauf zur Vermeidung der geplanten Anordnung eines Rückbaugesbots

BFH, Urteil vom 21.5.2019, IX R 6/18 (Vorinstanz: FG Baden-Württemberg, Urteil vom 30.1.2018, 11 K 133/17)

EStG § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 3

LEITSÄTZE:

1. Eine „Nutzung zu eigenen Wohnzwecken“ i. S. d. § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 3 EStG liegt nicht vor, wenn der Steuerpflichtige die einem Angehörigen unentgeltlich überlassene Wohnung zeitweilig für wenige Nächte im Jahr als Zufluchtsmöglichkeit (mit-)nutzt, um einer wegen der Alkoholerkrankung des Ehepartners in der gemeinsamen Ehwohnung unerträglich gewordenen Situation zu entfliehen.
2. Eine unter Zwang zustande gekommene Vermögensmehrung liegt nicht vor, wenn im Zeitpunkt der Veräußerung (§ 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 1 EStG) die zuständige Behörde zwar beabsichtigte, dem betroffenen Steuerpflichtigen ein Rückbaugesbot aufzuerlegen, eine dahin gehende Anordnung jedoch noch nicht unmittelbar bevorstand.

SONSTIGES

HINWEISE FÜR DIE PRAXIS

Notarielle Urkunden für Einsteiger – erklärt am Beispiel eines Kaufvertrags

Von Notarassessor **Benedikt Grimm**, Hengersberg

Aller Anfang ist schwer, auch und gerade für Berufseinsteiger. Für den Volljuristen ist der Beginn der Assessorenzeit vor allem eine Umstellung. Die gesetzliche Regelung des Studiums der Rechtswissenschaften zeigt schon systematisch (§ 5a DRiG), dass Studium und Referendariat ganz besonders auf die richterliche Perspektive vorbereiten, wenn freilich die rechtsberatende Praxis (vgl. § 5a Abs. 3 Satz 1 DRiG) erfreulicherweise mehr und mehr Einzug in die Juristenausbildung findet.

Einen Einstieg in eine andere Welt kann es aber auch für Volljuristen bedeuten, die nach ihrem Berufsleben neue Herausforderungen suchen und nach entsprechender Einweisung zu Notarvertretern bestellt werden können.

Da 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 soll (§ 17 Abs. 1 Satz 1 BeurkG), kann es keine Urkunden „von der Stange“ geben. Ziel dieses Praxisbeitrags kann es daher auch nur sein, am Beispiel eines typisierten Grundstückskaufvertrags Orientierung zu geben und anhand der gesetzlichen Vorschriften zu erläutern, welchen Hintergrund die Urkundenbestandteile und einzelne Regelungen haben.

I. Der Urkundseingang

Der Urkundseingang enthält neben der Angabe von Datum und Ort der Beurkundung (§ 9 Abs. 2 BeurkG) die Bezeichnung des Notars bzw. des Notarvertreters – bei diesem in Zusammenschau mit § 41 BNotO unter Angabe des vertretenen Notars.

Es folgen die nach § 10 BeurkG, § 26 Abs. 2 DNot erforderlichen Angaben zu den Beteiligten (Name, Geburtsdatum, Wohnort bzw. in Vertretungsverhältnissen ggf. die Geschäftsanschrift des Vertreters, und ggf. Geburtsname), die auch für die geldwäscherechtlichen Sorgfaltspflichten relevant sind und damit auch die – freilich schon bei Begründung der Geschäftsbeziehung durchzuführende – Identifizierung nach §§ 10 f. GwG – dokumentieren. Schließlich soll sich ergeben, wie der Notar die Beteiligten festgestellt hat (§ 10 Abs. 3 BeurkG). Die Angabe des Güterstands erfolgt insbesondere im Hinblick auf Mitwirkungserfordernisse (etwa §§ 1365, 1415 ff. BGB), bei ausländischen Güterständen auch im Hinblick auf das Erwerbsverhältnis der Käufer.

Auch vertretene Personen sind Beteiligte im Sinne des § 6 Abs. 2 BeurkG und deshalb mit aufzuführen. Die Urkunde enthält in Vertretungsfällen Hinweise auf Vertretungsverhältnisse und die Legitimation der Vertreter, also ob es sich um gesetzliche oder gewillkürte Vertreter handelt. Etwaige Vertretungsbescheinigungen (vgl. § 21 Abs. 1 Satz 1 BNotO) erfolgen entweder auch an dieser Stelle oder gesondert.

Es folgen Feststellungen, beim Kaufvertrag vor allem im Hinblick auf § 21 BeurkG (Unterrichtung über den Grundbuchinhalt).

Nach § 8 BeurkG ist bei der Beurkundung von Willenserklärungen eine Niederschrift aufzunehmen. Die Urkunde beginnt zum Beispiel mit dem Satz „Auf Ansuchen nehme ich folgende Niederschrift über die Beurkundungsverhandlung auf“.

II. Die beurkundeten Willenserklärungen, hier: der Kaufvertrag

In der Kaufvertragsurkunde findet sich der Inhalt der beurkundeten Willenserklärungen, beim Kauf einer Immobilie also aufgrund § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB alle Erklärungen der Vertragsteile, die im Zusammenhang mit dem Kaufvertrag stehen. Nach der Rechtsprechung kommt es auf alle Erklärungen an, die vom beurkundeten Kaufvertrag abhängen, also zum Beispiel nicht wirksam sein sollen, wenn der Kaufvertrag nicht geschlossen würde. Insbesondere als Merkposten für die Beteiligten findet sich daher der Hinweis des Notars, dass nicht beurkundete Nebenabreden nicht nur als solche unwirksam sind, sondern auch zur Unwirksamkeit des ganzen Vertrags führen können.

1. Vorbemerkungen

Erklärungen der Vertragsteile zu den wirtschaftlich Berechtigten (§ 3 GwG) dokumentieren die Einhaltung der geldwäscherechtlichen Identifizierungspflichten (siehe oben).

Ob Verkäufer bzw. Käufer den Vertrag „zu Zwecken abschließ[en], die überwiegend weder ihrer [landwirtschaftlichen,] gewerblichen, oder selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können“ oder als Verbraucher (vgl. § 13 BGB), ist relevant für die berufsrechtlich einzuhaltenden Vorschriften (§ 17 Abs. 2a BeurkG). Ob ein Verbrauchervertrag im Sinne dieser Vorschrift bzw. im Sinne des § 310 Abs. 3 BGB vorliegt, spielt aber auch für den materiellen Inhalt der Urkunde, insbesondere die Gewährleistung (§§ 434 ff. BGB, bei mitverkauf-

ten beweglichen Sachen daneben §§ 474 ff. BGB, sowie AGB-rechtliche Implikationen) eine Rolle.

2. Essentialia negotii

Die Willenserklärungen enthalten die essentialia negotii, also Kaufvertragsparteien, Kaufsache, Kaufpreis und Zeitpunkt der Erfüllung.

Die Kaufvertragsparteien werden in aller Regel (richtigerweise in der Urkunde und nicht im Urkundseingang) als „Verkäufer“ und „Käufer“ bzw. „Veräußerer“ und „Erwerber“ und ggf. mit Berechtigungsverhältnis definiert, der verkaufte Grundbesitz als „Immobilie“, „Vertragsbesitz“, „Grundbesitz“ oder Ähnliches.

Der Grundbuchstand bezeichnet die verkaufte Immobilie und enthält vor allem die für den Vollzug im Grundbuch nach § 28 GBO erforderlichen Daten. Die Eigentumsverhältnisse (Abt. I des Grundbuchs) enthalten immer auch das Berechtigungsverhältnis der derzeitigen Eigentümer (§ 47 GBO). Daneben gibt der Grundbuchstand die derzeit eingetragenen Belastungen in Abt. II und Abt. III wieder. Bei der Aufführung der derzeitigen Belastungen kommt es nicht darauf an, ob sie noch bestehen (vgl. § 435 Satz 2 BGB) oder ob der Käufer sie übernimmt; Regelungen hierzu finden sich vertragssystematisch bei den Rechtsmängeln.

Es folgt die Vereinbarung über den Kaufgegenstand, neben dem Grundbesitz samt gesetzlichen Bestandteilen (§§ 93 f. BGB, nach § 96 BGB gelten aber auch Rechte als Bestandteil) und Zubehör können das weitere mitverkaufte bewegliche Gegenstände wie die Ein- bzw. Anbauküche, die eingebauten Elektro Großgeräte, die Markise etc. sein.

Häufig weisen die Vertragsteile einen Wert für die mitverkauften beweglichen Gegenstände aus, da mitverkaufte bewegliche Gegenstände nicht der Grunderwerbsteuer unterliegen.

In der Regel folgen unmittelbar im Anschluss an den vereinbarten Kaufpreis auch die Modalitäten der Kaufpreiszahlung, einerseits, was die Fälligkeit angeht (vgl. § 271 BGB), andererseits im Hinblick auf den Zahlungsempfänger.

Die „bestimmte“ Fälligkeit (vgl. § 271 Abs. 1 BGB) soll den Käufer vor allem davor schützen, dass er den Kaufpreis zahlen muss, bevor der Kauf in der vereinbarten Art und Weise nicht rechtlich gesichert ist. Der Notar bestätigt vereinfacht gesprochen mit der sog. Fälligkeitsmitteilung das Vorliegen der Fälligkeitsvoraussetzungen bzw. die rechtliche Wirksamkeit des Vertrags und die Durchführbarkeit der Vereinbarungen in rechtlicher Hinsicht. Die Vertragsteile mögen aber auch weitere Verpflichtungen vereinbart haben, deren Erfüllung nach den Vereinbarungen im Kaufvertrag Voraussetzung für die Kaufpreiszahlung sein soll, etwa die Vornahme von Arbeiten an der Immobilie auf Kosten des Verkäufers oder die (vollständige) Räumung. Diese Voraussetzungen kann der Notar nicht prüfen; es handelt sich dann um Fälligkeitsvoraussetzungen, die die Vertragsteile selbst festzustellen haben.

Der Kaufpreis muss bei eingetragenen Belastungen, vor allem bei noch valutierenden Grundpfandrechten, regelmäßig zur Ablöse der Belastungen an die dinglich Berechtigten fließen, der Verkäufer erhält nur den Restkaufpreis. Da bei Kaufvertragsschluss die Ablösegläubiger, vor allem aber die Ablöse-

eträge in aller Regel nicht feststehen, ist von den „abzulösenden Gläubigern“ die Rede, an die in Anrechnung auf den Kaufpreis zu leisten ist. Die genauen Modalitäten werden bei Anforderung der Lastenfreistellungsdokumente abgeklärt, die Gläubiger erteilen diese ggf. unter der Treuhandaufgabe, die Lastenfreistellungsdokumente nur zu verwenden, wenn zum Beispiel der Ablösebetrag geleistet wurde.

Es folgen häufig Hinweise auf den gesetzlichen Verzug (beachte hierzu insbesondere § 286 Abs. 1 Nr. 1 BGB bei kalendermäßiger Bestimmung der Fälligkeit und § 286 Abs. 1 Nr. 2 BGB im Hinblick auf den Verzugsseintritt nach Ablauf einer gewissen Frist nach Abschicken der Fälligkeitsmitteilung bzw. Eingang beim Käufer) und die Verzugsfolgen, insbesondere die Zinsen (§ 288 BGB).

Um dem Verkäufer einen vollstreckbaren Titel hinsichtlich des vereinbarten Kaufpreises zu schaffen, schließt der Regelungskomplex mit einer Vollstreckungsunterwerfung (§ 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO) des Käufers. Außerdem finden sich Regelungen, wann und wie der Notar vollstreckbare Ausfertigungen (§ 52 BeurkG, §§ 795 i. V. m. 724 ff. ZPO) erteilen darf.

Wie der Käufer durch die Fälligkeit des Kaufpreises vor Vorleistungen geschützt wird, so erhält der Verkäufer Schutz vor ungesicherten Vorleistungen: Besitz, Nutzen und Lasten sollen übergehen, sobald der Kaufpreis vollständig bezahlt ist. Ab dem Stichtag gehört die Immobilie wirtschaftlich dem Käufer. Während die Schlüsselübergabe oder der Übergang des (mittelbaren) Besitzes taggenau erfolgen kann, müssen sich die Vertragsteile für den ggf. zeitanteiligen wirtschaftlichen Übergang im Innenverhältnis freistellen, etwa im Hinblick auf die Grundsteuer (vgl. § 9 GrEStG).

Da für diesen wirtschaftlichen Übergang relevant ist, ob die Immobilie leer steht oder zu räumen ist, sie vermietet oder verpachtet ist etc., erfolgen diese Angaben meist auch im Zusammenhang mit dem wirtschaftlichen Übergang. Relevant sind diese Angaben freilich auch im Hinblick auf Rechtsmängel.

Regelungen zum Übergang der Gefahr des zufälligen Untergangs und der zufälligen Verschlechterung (§ 446 BGB) sowie zur Verkehrssicherungspflicht erfolgen meist beim Regelungskomplex „wirtschaftlicher Übergang“.

Vereinbarungen im Innenverhältnis zwischen Verkäufer und Käufer zu Erschließungskosten und Anliegerbeiträgen im Sinne des § 436 BGB runden den wirtschaftlichen Übergang ab und sehen in aller Regel Abweichungen von der praxisfernen gesetzlichen Regelung in § 436 BGB vor.

Der Eigentumsübergang mitverkaufter beweglicher Gegenstände kann aufschiebend bedingt auf die Gutschrift des Kaufpreises erfolgen, beim Grundbesitz geht dies wegen § 925 Satz 2 BGB nicht. Damit die Vertragsteile nach Kaufpreiszahlung nicht noch einmal wegen der Auflassung zu einer weiteren Beurkundung erscheinen müssen, wie es wohl das Gesetz vor Augen hat (vgl. § 925 Abs. 1 BGB), behilft man sich in der Regel einer Hilfskonstruktion, wonach die Vertragsteile zwar die nach § 873 Abs. 1 BGB erforderliche Einigung unbedingt erklären, aber die zweite Voraussetzung für den Eigentumsübergang, nämlich die Eintragung der Auflassung in das

Grundbuch, hinausgeschoben wird. Dies geschieht etwa dadurch, dass die grundbuchverfahrensrechtlich notwendige Bewilligung zur Eintragung der Eigentumsumschreibung (§ 19 GBO) fehlt und nach Bestätigung über den Erhalt des Kaufpreises aufgrund Vollmacht durch den Notar abgegeben wird¹ oder die für den Eigentumsübergang gedachten Abschnitte der Urkunde erst nach Kaufpreisbestätigung in grundbuchtauglicher Form (vgl. § 29 GBO) ausgefertigt werden.

Bis zur Eintragung des Eigentumswechsels sichert die Vormerkung gemäß §§ 883 ff. BGB den Eigentumsverschaffungsanspruch gemäß § 433 Abs. 1 Satz 1 BGB. Diese Vormerkung muss grundbuchverfahrensrechtlich der Berechtigte bewilligen; wegen § 878 BGB sollte der Antrag auf Eintragung dagegen vom Käufer stammen, also namens des Käufers beantragt werden. Einzelfallabhängig finden sich Vorkehrungen zur Löschung dieser Auflassungsvormerkung für den Fall, dass der Kaufvertrag nicht zum Vollzug gelangt, etwa infolge Rücktritts vom Vertrag. Die Vormerkung stellt zwar keine absolute Verfügungsbeschränkung dar und erlischt aufgrund Akzessorietät mit Erlöschen des zu sichernden Anspruchs, sie beeinträchtigt aber rein faktisch bis zu ihrer Löschung die Verkehrsfähigkeit des Grundbesitzes.

III. Weitere vertragliche Regelungen

Möchte der Käufer fremdfinanzieren, verlangt sein Gläubiger häufig Kreditsicherheiten. Mit der Verpflichtung des Verkäufers, an der Bestellung von Grundpfandrechten mitzuwirken, erhält der Käufer die Möglichkeit, das Vertragsobjekt als Kreditsicherheit zu verwenden und für einen näher bestimmten Gläubigerkreis Grundpfandrechte zu bestellen. Dies könnte der Käufer ansonsten erst, sobald der Grundbesitz in seinem Eigentum steht; hierfür muss er jedoch erst den Kaufpreis zahlen und diesen wiederum finanzieren. Diese Mitwirkung des Verkäufers darf freilich nicht dazu führen, dass der Käufer den Grundbesitz als Sicherheit für beliebige Kredite, etwa zur Urlaubsfinanzierung, verwendet. Durch die sog. eingeschränkten Sicherungsabrede wird sichergestellt, dass dem Verkäufer weder Kosten noch Verpflichtungen gegenüber dem Gläubiger entstehen und der Grundbesitz nur als Kreditsicherheit dient, soweit die im Kaufpreis vereinbarten Zahlungen an den Verkäufer bzw. dessen Gläubiger geleistet werden.

Um den Umfang der Verkäuferverpflichtung festzulegen, müssen diese Regelungen bereits im Kaufvertrag niedergelegt werden. Zusätzlich zu dieser Verpflichtung des Verkäufers finden sich häufig entsprechende Vollmachten für den Käufer, damit der Verkäufer nicht persönlich an der Grundpfandrechtsbestellung mitwirken muss, sondern der Käufer diesen vertreten kann.

In der Gewährleistung finden sich Regelungen zu Rechts (§ 435 BGB) und Sachmängeln (§ 434 BGB).

Auf die Rechtsmängel wurde bereits hingewiesen. Insbesondere im Hinblick auf § 435 BGB muss die Übernahme von Rechten im Kaufvertrag erfolgen. Für die in aller Regel ver-

einbarte Löschung von Grundpfandrechten ist neben den Löschungsunterlagen die Zustimmung des Eigentümers in grundbuchtauglicher Form erforderlich (§ 27 GBO). Mit Kaufpreiszahlung tritt der Verkäufer außerdem Rückgewähransprüche und Eigentümerrechte an Belastungen, also Ansprüche auf Abtretung, Löschung und Verzicht, an den Käufer ab.

Jedenfalls beim Verkauf einer gebrauchten Immobilie vereinbaren die Vertragsteile häufig einen Ausschluss der Gewährleistungsansprüche und -rechte oder treffen Beschaffenheitsvereinbarungen. Die Grenzen von § 444 BGB (Arglist/Garantie) und § 276 Abs. 3 BGB (Vorsatz) sind stets zu beachten, weswegen der Käufer mit der sog. Arglistprobe noch einmal erinnert wird, offenbarungspflichtige Umstände und Mängel zu benennen (vgl. auch § 442 BGB). Hinzu kommen je nach Konstellation weitere Einschränkungen eines Haftungsausschlusses, sei es aufgrund Gesetzes (§§ 307 ff. BGB entsprechend, §§ 476 ff. BGB bei mitverkauften beweglichen Gegenständen), sei es aufgrund Rechtsfortbildung und teilweise unter Anwendung werkvertraglicher Regelungen (Stichworte: „neue“/„gebrauchte“ Immobilie, sanierter Altbau und vieles mehr).

Meist ganz am Schluss der Niederschrift finden sich Regelungen zu den Kosten. Neben den Kosten für Notar (Kosten der Beurkundung, des Vollzugs und der Betreuung) und Grundbuchamt (etwa Eintragungsgebühren für Vormerkung und Auflassung) geht es hier darum, wer für die Katasterfortführungsgebühren und etwa erforderliche Genehmigungen oder die Lastenfreistellung aufzukommen hat.

Verkäufer und Käufer vereinbaren außerdem in aller Regel, dass der Käufer die Grunderwerbsteuer entrichtet.

IV. Vollzug

Eine Auflistung der zu erstellenden Abschriften samt Art der Ausfertigung (einfache oder beglaubigte Abschrift, Ausfertigung), meist im Anschluss an die Kostenregelung, erleichtert einerseits den Mitarbeitern den Vollzug, andererseits legt sie entsprechende Rechte fest (vgl. § 51 Abs. 2 BeurkG).

Die Vollzugsvollmacht für den Notar erweitert den Umfang der Ermächtigungsfiktion in Grundbuchsachen (§ 15 Abs. 2 GBO), vor allem im Hinblick auf die Abwicklung der Urkunde mit Dritten oder Behörden.

V. Hinweise

Der Umfang der in der Urkunde festgehaltenen Hinweise variiert entsprechend den Gegebenheiten des Einzelfalls. Sind diese Hinweise nicht bei den einzelnen Regelungskomplexen niedergelegt, trifft man häufig einen separaten Hinweisblock an.

Nach § 17 BeurkG muss der Notar darauf achten, dass Irrtümer und Zweifel vermieden werden, dass er Zweifel mit den Beteiligten erörtert und Zweifel an der Wirksamkeit des Geschäfts in der Niederschrift vermerkt. Ebenso soll er bei Anwendbarkeit ausländischen Rechts oder Zweifeln hierüber Hinweise aufnehmen.

Nach dem BeurkG gibt es vor allem folgende Hinweispflichten für den hier behandelten Immobilienkaufvertrag:

¹ Eine im Vormarsch befindliche Gestaltungsvariante sieht in Abwandlung hiervon vor, dass die Bewilligung aufschiebend bedingt erklärt wird durch Vorlage einer Eigenurkunde des Notars, wonach die Eigentumsumschreibung stattfinden kann.

- Hinweise auf erforderliche gerichtliche und behördliche Genehmigungen oder Bestätigungen sowie Zweifel hierüber (§ 18 BeurkG)
- Hinweise auf gesetzliche Vorkaufsrechte (§ 20 BeurkG); solche können sich unter anderem aus dem BauGB, nach Bundes- oder Landesnaturschutzgesetzen, WHG ergeben
- Hinweis auf die Eintragung der Auflassung erst nach Vorliegen der Unbedenklichkeitsbescheinigung des FA gemäß § 22 GrEStG (§ 19 BeurkG)

Zu beachten sind vor allem aber auch die Vorgaben der Rechtsprechung, die teils Hinweispflichten begründet/konkretisiert und teils ausführt, wie Hinweise zu gestalten sind.

VI. Schluss

Die Niederschrift endet mit dem Schlussvermerk (§ 13 Abs. 1 Satz 2 BeurkG) samt Unterschriften der Erschienenen und der Unterschrift der Urkundsperson, die ihre Amtsbezeichnung, also „Notar“ bzw. „Notarin“, „Notarvertreter“ bzw. „Notarvertreterin“ oder „Notariatsverwalter“ bzw. „Notariatsverwalterin“ beifügt (§ 13 Abs. 3 BeurkG).

VERANSTALTUNGSHINWEISE

Tagung der Forschungsstelle für Notarrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München

Update GbR

Dienstag, 10. November 2020, 17:30 Uhr s. t.

Online (über Zoom – die Zugangsdaten erhalten die Teilnehmerinnen und Teilnehmer in der Anmeldebestätigung)

Aus dem Programm:

Problemfall GbR – Behandlung der GbR in der notariellen und registerrechtlichen Praxis (Notar Prof. Dr. *Christoph Reymann*, Neustadt b. Coburg)

Perspektiven einer Reform des Rechts der GbR (Prof. Dr. *Carsten Schäfer*, Universität Mannheim)

Im Anschluss an die Vorträge besteht die Möglichkeit zur Diskussion. Aufgrund der aktuellen Gegebenheiten findet die Veranstaltung ausschließlich online statt, sodass der traditionelle Empfang bedauerlicherweise entfallen muss.

Tagungsbeitrag: kostenlos

Kontakt/Anmeldung:

Forschungsstelle für Notarrecht, Prof.-Huber-Platz 2, 80539 München, Tel.: 089 2180-2794, E-Mail: FS-Notarrecht@jura.uni-muenchen.de.

Aus organisatorischen Gründen wird um eine Anmeldung unter folgender Adresse gebeten:

https://www.jura.uni-muenchen.de/forschung/forschungsstellen/forschung_notar/veranstaltungen/anmeldung_zu_veranstaltungen/index.html.

Hinweise zum Zoom-Format finden Sie unter https://www.jura.uni-muenchen.de/forschung/forschungsstellen/forschung_notar/aktuelles/ankuendigung_gbr.pdf.

Weitere Informationen über die Einrichtung finden Sie unter www.notarrechtsinstitut.de.

Veranstaltungen des DAI

1. **Modularer Lehrgang für Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter im Notariat: Modul 5 – Registeranmeldungen einschl. GNotKG**
(Tondorf)
2.11.2020 bis 3.11.2020 in Oldenburg
2. **Klausurenkurs zur Vorbereitung auf die notarielle Fachprüfung – Gesellschaftsrecht – November 2020**
(Aigner)
3.11.2020 online
3. **Grundschulden in der Praxis der Notariatsmitarbeiter**
(Steffen)
3.1.2020 in Heusenstamm
4. **Neue Meldepflichten nach dem Geldwäschegesetz in der notariellen Praxis**
(Thelen)
3.11.2020 in Bochum
5. **Modularer Lehrgang GNotKG an A-Z – Modul 3 Gebührenrechnungen mit Bezug zum Registerrecht sowie Gesellschaftsverträgen und Beschlüssen von Gesellschaften**
(Tondorf)
4.11.2020 in Bochum
6. **Neue Meldepflichten nach dem Geldwäschegesetz in der notariellen Praxis**
(Thelen)
4.11.2020 in Heusenstamm
7. **Neue Meldepflichten nach dem Geldwäschegesetz in der notariellen Praxis**
(Thelen)
5.11.2020 in Bochum
8. **Praxis der DSGVO im Notariat**
(Flache)
6.11.2020 in Kassel
9. **Ausgewählte Gestaltungsfragen zum Überlassungsvertrag**
(Krauß)
7.11.2020 in Bochum
10. **Aktuelle Probleme aus dem internationalen Erb- und Familienrecht und Einführung in die Europäischen Güterrechtsverordnungen**
(Süß/Weber)
7.11.2020 in Kaiserslautern
11. **Brennpunkte des GmbH-Rechts in der notariellen Praxis**
(Berkefeld)
9.11.2020 in Bochum
12. **Erfahrungsaustausch zur notariellen Amtsprüfung durch die Aufsichtsbehörden**
(Blaeschke)
10.11.2020 in Bochum
13. **Neue Meldepflichten nach dem Geldwäschegesetz in der notariellen Praxis**
(Thelen)
10.11.2020 in Berlin
14. **Aktuelle Probleme der notariellen Vertragsgestaltung im Immobilienrecht 2019/2020**
(Weber/Herrler/Hertel/Kesseler)
12.11.2020 in Stuttgart
15. **Update Kostenrecht für Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter im Notariat**
(Tiedtke)
13.11.2020 in Bochum
16. **Update Grundstückskaufvertrag**
(Krauß)
14.11.2020 in Heusenstamm
17. **Überlassungsvertrag für Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter im Notariat**
(Büttner)
16.11.2020 in Heusenstamm
18. **Praxis der DSGVO im Notariat**
(Flache)
17.11.2020 in Bochum
19. **Der Bauträgervertrag, Gestaltung, Inhalte – für fortgeschrittene Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter im Notariat**
(Tondorf)
18.11.2020 in Berlin
20. **Ausgewählte Gestaltungsfragen zum Überlassungsvertrag**
(Krauß)
21.11.2020 in Papenburg
21. **Überlassungsvertrag für Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter im Notariat**
(Büttner)
21.11.2020 in Köln
22. **Zivil- und steuerrechtliche Schnittstellen im Immobilienrecht**
(Spiegelberger)
23.11.2020 in Braunschweig
23. **Erbrecht für Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter im Notariat**
(Tondorf)
24.11.2020 in Kiel
24. **Aktuelle Entwicklungen im notariellen Kostenrecht**
(Volpert)
24.11.2020 in Bochum
25. **Grenzüberschreitendes Erbrecht**
(Simon)
25.11.2020 in Heusenstamm

26. **Notarielle Nachlassregelungen in der Praxis**
(Wegerhoff)
25.11.2020 in Berlin
27. **Vertragsvorbereitung, -gestaltung und Abwicklung von Grundstücks-, Wohnungseigentums- und Erbbaurechtskaufverträgen**
(Tondorf)
27.11.2020 in Essen
28. **Ausgewählte Gestaltungsfragen zum Überlassungsvertrag**
(Krauß)
28.11.2020 in Kiel
29. **Aktuelles Gesellschaftsrecht für Notare**
(Berkefeld)
28.11.2020 in München
30. **Klausurenkurs zur Vorbereitung auf die notarielle Fachprüfung – Grundstücksrecht – Dezember 2020**
(Berkefeld)
1.12.2020 online

31. **Professioneller Umgang mit Klienten – Seminar für Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter im Notariat**
(Musold)
1.12.2020 in Berlin
32. **Urkundenvorbereitung von A-Z**
(Tondorf)
8.12.2020 in Braunschweig
33. **Stimmgesundheit bei Notarinnen und Notaren**
(Behrendt)
17.12.2020 online

Soweit nicht anders vermerkt, handelt es sich um Veranstaltungen des Fachinstituts für Notare. Anfragen sind ausschließlich zu richten an das Deutsche Anwaltsinstitut e. V., Fachinstitut für Notare, Postfach 25 02 54, 44740 Bochum, Telefon 0234 970640, Fax 0234 703507, E-Mail: notare@anwaltsinstitut.de.

NEUERSCHEINUNGEN

1. Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier (Hrsg.): Insolvenzrecht – InsR. 4. Aufl., Luchterhand, 2020. 3.500 S., 199 €
2. Bayer/Lutter (Hrsg.): Holding-Handbuch. Konzernrecht – Konzernsteuerrecht – Konzernarbeitsrecht – Betriebswirtschaft. 6. Aufl., Otto Schmidt, 2020. 1.160 S., 249 €
3. Beck: Erblasserwille und Testamentswortlaut. Mohr Siebeck, 2020. 342 S., 64 €
4. Eichten: Der oHG-Anteil im Spannungsfeld von Erb- und Gesellschaftsrecht. Mohr Siebeck, 2020. 480 S., 104 €
5. Erman/Westermann/Grunewald/Maier-Reimer (Hrsg.): BGB. 16. Aufl., Otto Schmidt, 2020. 7.287 S., 399 €
6. Haunschmidt/Haunschmidt: Erbschaft und Testament. 6. Aufl., LexisNexis ARD ORAC, 2020. 298 S., 59 €
7. Herrler/Hertel/Kessler: Aktuelles Immobilienrecht 2020. Beck, 2020. 375 S., 59 €
8. Hoffmann-Becking (Hrsg.): Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts. Band 4: Aktiengesellschaft. 5. Aufl., Beck, 2020. 2.247 S., 199 €
9. Horndasch: NotarFormulare Ehegattenunterhaltsrecht. 2. Aufl., Deutscher Notarverlag, 2020. 672 S., 129 €
10. Johannsen/Henrich/Althammer (Hrsg.): Familienrecht. Scheidung, Unterhalt, Verfahren. 7. Aufl., Beck, 2020. 2.892 S., 199 €
11. Kleffmann/Soyka (Hrsg.): Praxishandbuch Unterhaltsrecht. 4. Aufl., Luchterhand, 2020. 540 S., 89 €
12. Krüger/Hertel: Der Grundstückskauf. 12. Aufl., RWS, 2020. 472 S., 78 €
13. Lorz/Pfisterer/Gerber (Hrsg.): Beck'sches Formularbuch Aktienrecht. 2. Aufl., Beck, 2020. 1.621 S., 199 €
14. Münch: Ehebezogene Rechtsgeschäfte. 5. Aufl., Heymanns, 2020. 1.350 S., 139 €
15. Prütting/Gehrlein (Hrsg.): ZPO. 12. Aufl., Luchterhand, 2020. 3.300 S., 139 €
16. Prütting/Wegen/Weinreich (Hrsg.): BGB – Bürgerliches Gesetzbuch. 15. Aufl., Luchterhand, 2020. 3.812 S., 130 €
17. Schmidt (Hrsg.): COVInsAG. Insolvenzaussetzung – Insolvenzanfechtung – Geschäftsleiterhaftung. Heymanns, 2020. 220 S., 79 €
18. Schmitt/Hörtnagl (Hrsg.): Umwandlungsgesetz, Umwandlungssteuergesetz: UmwG, UmwStG. 9. Aufl., Beck, 2020. 2.283 S., 199 €
19. Schwartmann/Jaspers/Thüsing/, (Hrsg.): DS-GVO/ BDSG. Datenschutz-Grundverordnung Bundesdatenschutzgesetz. 2. Aufl., C.F. Müller, 2020. 2.060 S., 189 €
20. Siebert (Hrsg.): Nachlasspflegschaft. 6. Aufl., Reguvis Fachmedien, 2020. 808 S., 96 €
21. Staudinger/Richardi/Fischinger/Latzel/Rieble (Hrsg.): BGB. Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse. Vorbem zu § 611 ff.; §§ 611-613 (Dienstvertragsrecht I). 16. Aufl., Sellier – De Gruyter, 2020. 972 S., 359 €
22. Staudinger: BGB. Buch 4: Familienrecht. §§ 1626-1633; RKEG (Elterliche Sorge – Inhalt und Inhaberschaft). 16. Aufl., Sellier – De Gruyter, 2020. 818 S., 299 €
23. Waldner: Immobilienkaufverträge. 3. Aufl., Beck, 2020. 297 S., 69 €
24. Wiedemann/Kögel: Beirat und Aufsichtsrat im Familienunternehmen. 2. Aufl., Beck, 2020. 284 S., 59 €
25. Winkler: Der Testamentsvollstrecker. 23. Aufl., Walhalla, 2020. 496 S., 49,95 €

STANDESNAHRICHTEN

PERSONALÄNDERUNGEN

1. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung zum 1.9.2020:

Ludwigshafen am Rh. (in Sozietät mit Notar Dr. Axel Wilke)	dem Notarassessor Dr. Thomas Raff (bisher in Kandel Geschäftsführer der Notarkammer Pfalz)
--	--

Mit Wirkung zum 1.11.2020:

Erlangen (in Sozietät mit Notar Dr. Roland Schwanecke)	dem Notar a. D. Dr. Carl Michael Niemeyer
--	--

Bad Königshofen i. Grabfeld	dem Notar Markus Graser (bisher in Grevenbroich)
--------------------------------	--

2. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung zum 1.10.2020:

Julia Münzenmaier, Wertingen
(Notarstelle Dr. Suttmann)

Sabrina Pfeifer, Bayreuth
(Notarstellen Zuber/Dr. Simon)

Christoph Ritter, Hammelburg
(Notarstelle Dr. Kamp)

3. Sonstige Veränderungen:

Notarassessorin Dr. Laura Köpf, Kommissarische
Geschäftsführerin der Notarkammer Pfalz,
führt seit 21.8.2020 den Namen Hundertmark

Notarassessorin Johanna Pieper, Kulmbach,
führt seit 10.10.2020 den Namen Hasselbach

ANSCHRIFTEN- UND RUFNUMMERN- ÄNDERUNGEN:

Dahn, Notarstelle Dr. Rüdiger Mattes
Schulstraße 18
66994 Dahn

Germersheim, Notarstelle Dorothee Vogel
Bahnhofstraße 1
76726 Germersheim

Gunzenhausen, Notarstellen Dr. Heike Stiebitz/
Dr. Christian Vedder
E-Mail: info@notare-gunzenhausen.de
Homepage: www.notare-gunzenhausen.de

Memmingen, Notarstelle Sigrun Erber-Faller
Hallhof 6 (2. Stock links)
87700 Memmingen
E-Mail: notarin@erber-faller.de
Homepage: www.erber-faller.de
Telefon: 08331/96 11 96-0
Telefax: 08331/96 11 96-96

Memmingen, Notarstelle Arnold Voran
Hallhof 6 (1. Stock rechts)
87700 Memmingen
E-Mail: info@notar-voran.de
Homepage: www.notar-voran.de
Telefon: 08331/92 900-0
Telefax: 08331/92 900-66

Vohenstrauß, Notarstelle Claudia Stenzel
E-Mail: mail@notar-stenzel.de

Abonnement

MittBayNot

Die **MittBayNot** erscheint jährlich mit sechs Heften und kann nur über die Geschäftsstelle der Landesnotarkammer Bayern, Denninger Straße 169, 81925 München, Telefon: (089) 551660, Telefax: (089) 55166234, E-Mail: info@mittbaynot.de, bezogen werden.

Der Bezugspreis beträgt jährlich 56,00 € (zzgl. Versandkosten und zzgl. USt.) und wird in einem Betrag am 1.7. in Rechnung gestellt. Einzelheft 13,00 € (zzgl. Versandkosten und zzgl. USt.).

Abbestellungen sind nur zum Ende eines Kalenderjahres möglich und müssen bis 15. November eingegangen sein.

Bestellungen für Einbanddecken sind nicht an die Landesnotarkammer Bayern, sondern direkt zu richten an: Universal Medien GmbH, Geretsrieder Straße 10, 81379 München, Telefon: (089) 5482170, Telefax: (089) 555551, Internet: www.universalmedien.de/notarkammer.



Notare Bayern

www.notare.bayern.de