

NOTARASSESSOR DR. ALEXANDER STALLKNECHT, WÜRZBURG

Schiedsklauseln in Verfügungen von Todes wegen

Inhaltsübersicht

A. Einleitung

B. Systematische und begriffliche Einordnung von letztwilligen Schiedsklauseln

- I. Schiedsvereinbarung, Schiedsklausel und Schiedsabrede im Sinne von § 1029 ZPO
- II. Abgrenzung von Schiedsgutachterklauseln

C. Bedürfnis für die Anordnung einer letztwilligen Schiedsklausel

- I. Keine öffentliche Verhandlung
- II. Besetzung des Spruchkörpers
- III. Beschleunigung und Flexibilität des Verfahrens
- IV. Kosten

D. Wirkung und Reichweite letztwilliger Schiedsklauseln

- I. Streitigkeiten betreffend Inhalt und Wirksamkeit der letztwilligen Verfügung
- II. Nachlassgerichtliche Verfahren
 1. Keine objektive Schiedsfähigkeit bei inter omnes wirkenden Maßnahmen oder Entscheidungen des Nachlassgerichts
 2. Speziell zum auf Entlassung eines Testamentsvollstreckers gerichteten Verfahren
 3. Echte Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit
 4. Auswirkungen der materiellen Rechtskraft der Entscheidungen eines Schiedsgerichts auf nachlassgerichtliche Verfahren
- III. Streitigkeiten über Pflichtteilsansprüche
- IV. Forderungen von Nachlassgläubigern und Zugehörigkeit zum Nachlass

E. Anordnung und Ausgestaltung von letztwilligen Schiedsklauseln

- I. Zur einseitigen Anordnung oder Aufhebung einer Schiedsklausel nach Eintritt der Bindungswirkung eines Erbvertrags oder gemeinschaftlichen Testaments
- II. Bestimmungen zur Gestaltung des Schiedsverfahrens
 1. Ad-hoc-Schiedsgericht
 2. Modifikation der gesetzlichen Verfahrensvorschriften, insbesondere durch Bezugnahme auf eine erprobte Verfahrensordnung

3. Auswahl einer institutionellen Schiedsordnung

- a) Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e. V. („DIS“)
- b) Deutsche Schiedsgerichtsbarkeit für Erbstreitigkeiten e. V. („DSE“)
- c) Schlichtungs- und Schiedsgerichtshof Deutscher Notare („SGH“)

III. Festlegung der Größe des Spruchkörpers

IV. Bestimmung der Person des Schiedsrichters

1. Keine Benennung des Gestalters der letztwilligen Verfügung
2. Der Testamentsvollstrecker als Schiedsrichter
3. Benennung von Ersatzpersonen oder -institutionen

V. Bestimmung des anwendbaren Rechts nach § 1051 Abs. 1 ZPO

VI. Entscheidung nach Billigkeit gemäß § 1051 Abs. 3 ZPO

VII. Zuweisung von schiedsgutachterlichen Bestimmungsrechten

VIII. Form der Schiedsklausel

1. Formanforderungen aus § 1031 Abs. 5 ZPO
2. Formanforderungen bei Verweis auf eine Schiedsordnung

F. Fazit

G. Muster

I. Letztwillige Schiedsklauseln im Einzeltestament bei Rückgriff auf eine Schiedsinstitution

1. Schlichtungs- und Schiedsgerichtshof Deutscher Notare
2. Deutsche Schiedsgerichtsbarkeit für Erbstreitigkeiten e. V.
3. Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e. V.

II. Letztwillige Schiedsklausel im Einzeltestament für Ad-hoc-Schiedsgericht

III. Ergänzungen für Schiedsklauseln in Erbverträgen und gemeinschaftlichen Testamenten

1. Auch zwischen den Testierenden wirkende Schiedsvereinbarung
2. Änderungsbefugnisse für den Austausch der Schiedsrichter und der Schiedsinstitution

A. Einleitung

Dass erbrechtliche Streitigkeiten bereits durch den Erblasser in einer Verfügung von Todes wegen grundsätzlich der Schiedsgerichtsbarkeit unterworfen werden können, ist heute wohl allgemeine Auffassung und wird von § 1066 ZPO vorausgesetzt, welcher ausdrücklich anordnet, dass die Regelungen des zehnten Buches der ZPO über das schiedsrichterliche Verfahren auch Anwendung finden, falls ein Schiedsgericht in gesetzlich statthafter Weise durch letztwillige Verfügung angeordnet worden ist.

Während Schiedsklauseln bei der Vertragsgestaltung bspw. im Handels- und Gesellschaftsrecht jedoch seit Langem übliche Elemente sind, finden sie sich jedenfalls seit dem Beginn des 20. Jahrhunderts bis heute in der Praxis in

kaum einem Testament oder Erbvertrag.¹ Die Vereinbarung einer Schiedsvereinbarung hingegen, welche zwischen den Parteien nach Eintritt des Erbfalles in bestimmten Konstellationen getroffen wird, dürfte heute die Zuständigkeit der meisten Schiedsgerichte begründen, die in

1 Werner ZEV 2011, 506 (507), mit dem Hinweis darauf, dass bis dahin jedenfalls in adligen Kreisen die Aufnahme derartiger Regelungen in letztwillige Verfügungen üblich war und mit Referenz auf das wohl prominenteste Beispiel in der jüngeren deutschen (Rechts-)Geschichte: Der Erbvertrag, welcher 1938 zwischen Kaiser Wilhelm II., seinem ältesten Sohn und einem von dessen Söhnen geschlossen wurde und mehrfach zum Gegenstand höchstrichterlicher Rechtsprechung wurde, vor der auch die Schiedsklausel allerdings nicht zu bewahren vermochte, vgl. etwa BVerfG 22.3.2004 – 1 BvR 2248/01, ZEV 2004, 241 ff.; OLG Stuttgart 19.8.1997 – 8 W 124/97, BeckRS 1997, 30846431.

erbrechtlichen Streitigkeiten tätig werden.² Diese Zurückhaltung bei der Aufnahme von Schiedsklauseln in letztwilligen Verfügungen überrascht bereits deshalb, weil sich spätestens seit der Jahrtausendwende immer wieder Beiträge in der rechtswissenschaftlichen Literatur finden, die sich mit der schiedsgerichtlichen Regelung erbrechtlicher Streitigkeiten befassen, und durchaus auch Rechtsprechung³ zur zulässigen Reichweite von solchen Schiedsklauseln verfügbar ist.⁴ Auch dürften die Vorteile, welche eine Verlagerung von Streitigkeiten weg von den ordentlichen Gerichten und hin zu einem Schiedsgericht bieten kann, für viele Erblasser erstrebenswert erscheinen.

Dieser Beitrag soll in erster Linie eine Hilfestellung für den juristischen Berater von testierwilligen Erblassern sein. Dem Berater soll ein Eindruck davon vermittelt werden, wann die Aufnahme von Schiedsgerichtsklauseln überhaupt in Betracht gezogen werden sollte, welche Ziele hierdurch erreicht werden können und was bei ihrer Abfassung zu beachten ist.

Nach einer systematischen und begrifflichen Einordnung von letztwilligen Schiedsklauseln in ihren zivilprozessualen und materiell-rechtlichen Kontext soll sich die nachfolgende Darstellung zunächst an der Beratung eines Erblassers zur Gestaltung seiner letztwilligen Verfügung orientieren. Es soll daher auch hier zu Beginn die Darstellung jener Vor- und Nachteile stehen, die ein schiedsgerichtliches Verfahren im Allgemeinen bieten kann. Dies beinhaltet am Rande auch eine zusammenfassende Darstellung des üblichen Verfahrensganges eines Schiedsverfahrens. Bei der Entscheidung, ob eine Schiedsklausel im Einzelfall Eingang in eine Verfügung von Todes wegen finden sollte, muss grundsätzlich auch in wirtschaftlicher Hinsicht hinterfragt werden, ob die möglichen Kosten eines solchen Verfahrens angesichts der voraussichtlichen Größe des Nachlasses angemessen sind. Ebenso ist aber in Betracht zu ziehen, dass bestimmte mit einer solchen Anordnung verbundene Ziele eventuell auch durch alternative erbrechtliche Gestaltungsmittel erreicht werden könnten und dass die Reichweite von letztwilligen Schiedsklauseln bestimmten Grenzen unterliegt, die nicht zuletzt durch die neuere Rechtsprechung gezogen worden sind.

B. Systematische und begriffliche Einordnung von letztwilligen Schiedsklauseln

Die nachfolgende Darstellung soll sich im Kern mit der letztwilligen Anordnung eines Schiedsgerichts befassen. In der hierzu verfügbaren Literatur werden die einschlägigen Begrifflichkeiten oftmals mit unterschiedlicher Bedeutung

verwendet, weshalb zunächst eine am Wortlaut und der Systematik des Gesetzes orientierte Einordnung erfolgt.

I. Schiedsvereinbarung, Schiedsklausel und Schiedsabrede im Sinne von § 1029 ZPO

Zu Beginn des zehnten Buches der ZPO findet sich in § 1029 Abs. 1 ZPO eine Legaldefinition zum Begriff „Schiedsvereinbarung“. Es handelt sich danach um „eine Vereinbarung der Parteien, alle oder einzelne Streitigkeiten, die zwischen ihnen in Bezug auf ein bestimmtes Rechtsverhältnis vertraglicher oder nichtvertraglicher Art entstanden sind oder künftig entstehen, der Entscheidung durch ein Schiedsgericht zu unterwerfen“. Im zweiten Absatz dieser Norm werden Unterfälle definiert: Erfolgt die Schiedsvereinbarung als „selbstständige Vereinbarung“, handelt es sich um eine „Schiedsabrede“; erfolgt sie innerhalb eines Vertrages, spricht man von einer „Schiedsklausel“.

§ 1066 ZPO bestimmt, dass für „Schiedsgerichte, die in gesetzlich statthafter Weise durch letztwillige [...] Verfügungen angeordnet werden,“ die Vorschriften des zehnten Buches der ZPO über das schiedsgerichtliche Verfahren entsprechend gelten.

Diese Normen zusammenführend bietet es sich eigentlich an, von der in einer letztwilligen Verfügung angeordneten Streitentscheidung durch ein Schiedsgericht als letztwillige Schiedsverfügung⁵ zu sprechen und als Unterfall davon von einer letztwilligen Schiedsklausel zu sprechen, wenn die Anordnung eines Schiedsgerichts nur eine Klausel in einer auch sonstige Regelungen enthaltenden letztwilligen Verfügung darstellt. Da zur Anordnung eines letztwillig eingesetzten Schiedsgerichts jedoch keine Legaldefinition verfügbar ist, findet sich hierzu keine einheitliche Verwendung dieser Begriffe in Literatur und Rechtsprechung. Wohl überwiegend wird von letztwilligen Schiedsklauseln gesprochen und damit auch eine isolierte letztwillige Schiedsverfügung gemeint. Weil für letztere keine Besonderheiten zu beachten sind, wird auch in der folgenden Darstellung der am häufigsten verwendete Begriff der letztwilligen Schiedsklausel unabhängig davon verwendet, ob das Schiedsgericht isoliert oder als Teil einer umfassenden letztwilligen Verfügung angeordnet ist.

II. Abgrenzung von Schiedsgutachterklauseln

§ 1029 ZPO versteht unter einer Schiedsklausel die Vereinbarung der Schiedsgerichtsbarkeit. Hiervon abzugrenzen ist eine Schiedsgutachterklausel.

Während ein Schiedsgericht anstelle des staatlichen Gerichtes über einen Rechtsstreit zu entscheiden hat, hat ein Schiedsgutachter außerhalb eines Schiedsverfahrens unter entsprechender Anwendung der §§ 317 ff. BGB verbindlich bestimmte Tatsachen festzustellen oder Werte zu ermitteln.⁶ Im erbrechtlichen Bereich kann der Schiedsgut-

2 Vgl. zu erbrechtlichen Schiedsgerichten als „etabliertes Phänomen“ etwa *Mankowski* ZEV 2014, 395 (395 f.) mwN.

3 Vgl. dazu etwa nur die im Folgenden noch näher behandelten letzten BGH-Entscheidungen aus dem Jahr 2017 zur Reichweite von letztwilligen Schiedsklauseln bei Verfahren zur Geltendmachung von Pflichtteilsansprüchen bzw. zur Entlassung eines Testamentsvollstreckers: BGH 16.3.2017 – I ZB 50/16, NJW 2017, 2115 ff. mit Parallelverfahren BGH 16.3.2017 – I ZB 49/16, ZEV 2017, 416 ff.; BGH 17.5.2017 – IV ZB 25/16, NJW 2017, 2112 ff. = RNotZ 2017, 524 ff.

4 *Otte*, FS Rheinisches Notariat, 1998, 241 (242), sah so im Jahr 1998 noch die wichtigste Ursache für das fehlende Interesse von Schiedsklauseln in letztwilligen Verfügungen in der „verbreiteten Unsicherheit über den Umkreis“ von insoweit schiedsfähigen Angelegenheiten.

5 Vgl. *Schmitz* RNotZ 2003, 591 (592).

6 *Nieder/Kössinger*, Handbuch der Testamentsgestaltung, 5. Aufl. 2015, S. 812 Rn. 333; *MüKoBGB/Leipold*, 7. Aufl. 2017, BGB § 1937 Rn. 39; *Böckstiegel/Schiffer*, Schiedsgerichtsbarkeit in gesellschaftsrechtlichen und erbrechtlichen Angelegenheiten, 1996, S. 65 (82); *Schmitz* RNotZ 2003, 591 (593).

achter insbesondere auch rechtgestaltende Befugnisse erhalten, wenn ihm vom Erblasser Bestimmungsrechte⁷ zugewiesen werden.

Soweit im Folgenden von einer Schiedsklausel die Rede ist, ist hiermit entsprechend der Begrifflichkeit in § 1029 ZPO eine Schiedsgerichtsklausel gemeint und nicht etwa ein Oberbegriff für Schiedsgerichts- und Schiedsgutachterklauseln.

C. Bedürfnis für die Anordnung einer letztwilligen Schiedsklausel

Um beurteilen zu können, ob die Durchführung eines Schiedsverfahrens dem Interesse des Testierenden entspricht, lohnt sich ein Blick auf die Vor- und Nachteile, welche allgemein mit Schiedsverfahren in Verbindung gebracht werden, unter Berücksichtigung der Besonderheiten für erbrechtliche Schiedsverfahren.

I. Keine öffentliche Verhandlung

Einer dieser Vorteile, der gerade bei erbrechtlichen Streitigkeiten eine besondere Relevanz haben dürfte, ist die Tatsache, dass Verfahren vor einem Schiedsgericht, anders als die meisten Verfahren vor staatlichen Gerichten, unter Ausschluss der Öffentlichkeit und unter vollständiger Wahrung der Vertraulichkeit stattfinden können.⁸

Erbrechtliche Streitigkeiten beruhen in aller Regel auf familieninternen Unstimmigkeiten, welche jedenfalls der Erblasser nach Möglichkeit der Öffentlichkeit entziehen möchte. Dies dient oftmals auch dem postmortalen Schutz seiner Reputation und dürfte nicht nur, aber gerade in den Fällen von besonderer Bedeutung sein, bei denen der Erblasser eine Person des öffentlichen Lebens ist oder zum Nachlass eine wesentliche Beteiligung an einem werbenden Unternehmen zählt.

Nutzt der Erblasser die ihm mit dem Schiedsverfahren eröffnete Möglichkeit, die öffentliche Bühne für solche Streitigkeiten auszuschalten oder zumindest klein zu halten, kann dies auch absehbaren Klagen ein mögliches Drohpotential nehmen. Soll zB einer von mehreren Abkömmlingen mittels Teilungsanordnung von der Fortführung des Familienunternehmens ausgeschlossen werden, könnte allein dessen Drohung mit einer langwierigen öffentlichen Klage vor den staatlichen Gerichten die begünstigten Miterben zu Zugeständnissen zwingen, die nicht dem Willen des Erblassers entsprachen.

Ein nicht öffentliches Verfahren kann außerdem zur Versachlichung eines oft von persönlichen Kränkungen getragenen Streits beitragen. Dies erhöht, wie auch der ansonsten weniger konfrontative Verfahrensgang eines Schiedsverfahrens, die Wahrscheinlichkeit eines einvernehmlichen Vergleichs und dient damit oftmals dem Familienfrieden.⁹

7 S. dazu noch ausführlich unter Ziff. E. VII.

8 Die Nicht-Öffentlichkeit ebenfalls als wesentlichen Vorteil eines Schiedsverfahrens in erbrechtlichen Angelegenheiten hervorhebend: *Mankowski* ZEV 2014, 395 (396); *Werner* ZEV 2011, 506 (506 f.); *Wegmann* ZEV 2003, 20 (22).

9 *Werner* ZEV 2011, 506 (506 f.).

Soweit dem testierenden Erblasser von Seiten seines Beraters wegen der Vertraulichkeit eines Schiedsverfahrens zur Aufnahme einer Schiedsklausel in seine letztwillige Verfügung geraten wird, sollte jedoch vermieden werden, hier den Anschein zu erwecken, es bestünde die Möglichkeit eines durch den Erblasser angeordneten vollständigen Ausschlusses der staatlichen Gerichtsbarkeit für alle möglichen erbrechtlichen Streitigkeiten. Nachfolgend wird nämlich noch gezeigt werden, dass die Reichweite von letztwilligen Schiedsklauseln beschränkt ist und nach heute hM insbesondere die Geltendmachung von Pflichtteilsansprüchen nicht umfassen kann.

II. Besetzung des Spruchkörpers

Ein weiterer Vorteil eines Schiedsverfahrens liegt in der Möglichkeit, die Zusammensetzung des Spruchkörpers (in unterschiedlicher Intensität) zu beeinflussen.

So besteht die Möglichkeit, dass die Auswahl der Schiedsrichter sowie die Bestimmung von deren Anzahl ganz oder teilweise in die Hände der späteren Parteien gelegt wird, wie es die dispositiven Regelungen der §§ 1034 ff. ZPO vorsehen. Soweit danach ein Einzelrichter zu bestellen ist, wäre nach der gesetzlichen Regelung zunächst eine Einigung durch die Parteien möglich und nur bei deren Ausbleiben gerichtlich ein Schiedsrichter zu bestellen. Soweit ein Gremium zu besetzen wäre, hätte jede Partei grundsätzlich das Recht einen Beisitzer zu benennen, von denen dann der Vorsitzende gemeinsam bestimmt würde. Alternativ kann die Auswahl von Schiedsrichtern in die Zuständigkeit einer Institution gelegt werden, die Schiedsverfahren durchführt. In deren Statuten finden sich hierzu in der Regel festgelegte Verfahrensweisen.¹⁰

Sämtliche dieser Weichenstellungen können bereits ganz oder teilweise in der Schiedsklausel selbst geregelt oder den späteren Parteien vorbehalten werden. Nicht wenige Erblasser werden freilich Wert darauf legen, persönlich von Ihnen für geeignet befundene Personen ihres Vertrauens zu benennen.¹¹

In jedem Fall erlaubt die flexible personelle Besetzung des Spruchkörpers bei einem Schiedsverfahren, Schiedsrichter einzusetzen, die entweder der Erblasser, die Schiedsgerichtsinstitution oder aber die Parteien für besonders sachkundig halten. In aller Regel steigt hierdurch nicht nur die Qualität der Entscheidung in einer bis dahin streitig gebliebenen Sache. Vielmehr wird hierdurch auch die Befriedigungswirkung einer späteren Entscheidung durch die Parteien gesteigert. Gleiches gilt für die Akzeptanz von dieser Stelle unterbreiteter Vergleichsvorschläge.¹²

III. Beschleunigung und Flexibilität des Verfahrens

Jedenfalls, wenn die vorgenannte Möglichkeit, Schiedsrichter zu wählen, dahingehend genutzt wird, dass qualifi-

10 Vgl. etwa §§ 7-9 des Statuts des Schlichtungs- und Schiedsgerichtshofs Deutscher Notare, veröffentlicht in: *notar* 2019, 213 ff. abrufbar auch unter http://sgh.dnotv.de/wp-content/uploads/sites/3/2019/05/SGH-Statut-2019_Druckfassung-Webseite.pdf.

11 Vgl. dazu *Otte*, FS Rheinisches Notariat, 1998, 241 (242), der hierin einen wesentlichen Vorteil des erbrechtlichen Schiedsverfahrens für den Erblasser erkennt.

12 *Mankowski* ZEV 2014, 395 (396).

zierte und erfahrene Personen berufen werden, welche so dann ihre Arbeitskraft kurzfristiger und umfangreicher einbringen können als die oftmals überlasteten Stellen bei den Amts- und Landgerichten, dürfte dies bereits eine Beschleunigung des Verfahrens zur Folge haben, sobald der Spruchkörper gebildet ist. Festzuhalten gilt allerdings auch, dass das Höchstmaß an Verfahrensbeschleunigung nur erreicht werden kann, wenn auf das teilweise langwierige Besetzungsverfahren der §§ 1034 ff. ZPO verzichtet und die Besetzung bereits durch den Erblasser vorgegeben oder in die Hände einer schiedsgerichtlichen Institution gelegt wird.¹³

Im Vergleich zu einem Verfahren vor einem staatlichen Gericht gilt ein Schiedsverfahren aber unabhängig davon allgemein hin als der schnellere Weg, um zu einer abschließenden Entscheidung zu kommen. Dies liegt vor allem in der weit überwiegend vorgenommenen Beschränkung des schiedsgerichtlichen Verfahrens auf eine Instanz im Vergleich zum in der Regel in bis zu drei Instanzen auszutragenden Streit vor den ordentlichen Gerichten.

Aber auch die Möglichkeit, das Verfahren selbst flexibel auszugestalten, bietet gerade in erbrechtlichen Streitigkeiten ein erhebliches Beschleunigungspotential. Hier ist auch die Möglichkeit zu nennen, bei einem Mehrparteien-schiedsgericht unabhängig von den gesetzlichen Voraussetzungen für eine Nebenintervention bzw. Streitgenossenschaft mehr als zwei Parteien am Verfahren zu beteiligen¹⁴ – ein Vorteil, welcher bei der Vielzahl von unter Umständen an einem Erbfall beteiligten Personen vorliegend besonders hervorzuheben ist.

IV. Kosten

Im Allgemeinen bietet die Durchführung eines Schiedsverfahrens vor allem die Möglichkeit, die Kosten einer gerichtlichen Auseinandersetzung zu begrenzen, da das Schiedsverfahren in aller Regel auf eine Instanz beschränkt ist.

Betrachtet man die Kostenordnungen der gängigen deutschen Schiedsinstitutionen (DIS, DSE, SGH)¹⁵ so wird schnell deutlich, dass im Vergleich mit der Durchführung eines streitigen Verfahrens vor den staatlichen Gerichten die erstinstanzliche Entscheidung durch ein Schiedsgericht zunächst höhere Kosten verursacht. Dieser kostenmäßige Nachteil wird jedoch dadurch relativiert, dass das Kostenrisiko einer Auseinandersetzung vor staatlichen Gerichten nicht auf eine Instanz beschränkt ist. Kommt es in einem solchen Rechtsstreit zu einer Berufung, übersteigen die zusammengerechneten Gerichts- und Rechtsanwaltsgebühren und -auslagen, welche hierbei anfallen, in aller Regel bereits die Kosten eines in einer Instanz geführten Schiedsverfahrens. Vergleicht man jenes mit einem bis in die dritte Instanz geführten Verfah-

ren vor den staatlichen Gerichten, fällt der Kostenvorteil noch wesentlich größer aus.¹⁶

Soweit die jeweiligen Kostenordnungen überhaupt Mindestgebühren vorsehen, beginnen diese bereits bei Gebühren zwischen ca. 900 EUR (SGH) und ca. 2100 EUR (DIS), wenn das Verfahren mit einem Schiedsspruch durch den Einzelschiedsrichter endet.¹⁷ Soweit die Kostenerhebung in Anlehnung an die gesetzlichen Gebührenordnungen nach RVG und GKG erfolgt (DSE) und nur die dort festgeschriebenen Anfangsgebühren greifen, fallen Gebühren von mindestens 210 EUR¹⁸ an.

Schiedsverfahren lassen sich also durchaus wirtschaftlich auch bereits bei kleineren Streitwerten durchführen, zumal wegen des fehlenden Anwaltszwangs im Schiedsverfahren auch insoweit weiteres Kostensparpotential besteht.

D. Wirkung und Reichweite letztwilliger Schiedsklauseln

Ist der Rechtsweg zu einem Schiedsgericht wirksam eröffnet, so ist die Klageerhebung vor einem staatlichen Gericht für den jeweiligen Streitgegenstand nicht schlechthin unzulässig. Jedoch steht dem Beklagten vor einem staatlichen Gericht die gegen die Zulässigkeit der Klage zu erhebende Schiedseinrede aus § 1032 Abs. 1 ZPO zu.

Damit eine bestimmte Streitigkeit wirksam bereits durch den Erblasser mittels einer Schiedsklausel in einer letztwilligen Verfügung der Schiedsgerichtsbarkeit unterworfen werden kann, müssen hinsichtlich dieser Streitigkeit zwei Voraussetzungen erfüllt sein.¹⁹

Zum einen muss die Sache überhaupt generell oder *objektiv* schiedsfähig sein iSv § 1030 ZPO. Dies ist auch notwendige Voraussetzung, falls die Parteien einer erbrecht-

13 Wegmann ZEV 2003, 20 (22).

14 Speziell zum Mehrparteien-schiedsgericht bei erbrechtlichen Streitigkeiten und den damit verbundenen Schwierigkeiten, die in diesem Beitrag nicht weiter behandelt werden können, vgl. eingehend *Dawirs*, Das letztwillig angeordnete Schiedsverfahren – Gestaltungsmöglichkeiten, Diss. 2014, S. 188 ff.

15 Zu den einzelnen Schiedsinstitutionen siehe noch im Einzelnen unter E. II. 3. Zu den jeweiligen Schieds- und Kostenordnungen s. Fn. 10, 77, 80.

16 So fällt für eine streitige erstinstanzliche Entscheidung durch das Landgericht bei einem Geschäftswert von 100.000 EUR eine 3,0 Gebühr nach GKG iHv 3.078 EUR an. Die nach dem RVG zu erhebenden Gebühren der Rechtsanwälte liegen bei jeweils etwa 4.495 EUR, für die beiderseitige Vertretung damit bei ca. 8.990 EUR inkl. USt und 20 EUR Auslagenpauschale aber zzgl. evtl. weiterer Auslagen. Insgesamt fallen also Gebühren von etwa 12.068 EUR an. Für die Berufung fallen insgesamt Gebühren von ca. 14.176 EUR und für die Revision von ca. 18.770 EUR an, was über die drei Instanzen zu Kosten von über 45.000 EUR führt. Demgegenüber entstehen bei der Durchführung eines Schiedsverfahrens, welches durch einen Schiedsspruch durch den Einzelschiedsrichter endet, inkl. USt und zzgl. evtl. Auslagen, Gebühren für das Schiedsgericht iHv ca. 7.259 (SGH ohne Kommunikationspauschale) bzw. ca. 6.838 (DSE) bzw. 7.735 EUR (DIS); soweit auch hier aus Gründen der Vergleichbarkeit noch eine Rechtsanwaltsgebühr wie im staatlichen Verfahren addiert wird, ergeben sich Kosten zwischen 15.828 und 16.725 EUR.

17 Angegeben ist jeweils die Mindestgebühr, welche für die Durchführung eines Schiedsverfahrens anfällt, inkl. USt aber exkl. etwaigem Auslagensatz (beim SGH ist allerdings die grundsätzlich zu erhebende Kommunikationspauschale iHv 250 EUR netto enthalten). Der der jeweiligen Mindestgebühr entsprechende Geschäftswert liegt bei 2.500 EUR (SGH) bzw. 5.000 EUR (DIS).

18 Gleiche Bedingungen wie vorstehend. Der maßgebliche Geschäftswert für die Anfangsgebühr beträgt 250 EUR (GKG) bzw. 500 EUR (RVG).

19 Die nachfolgende Differenzierung zwischen objektiver oder genereller Schiedsfähigkeit und Dispositionsbefugnis des Erblassers wurde jedenfalls bisher in der Literatur bzgl. letztwilliger Schiedsklauseln teilweise nicht konsequent durchgeführt. Vgl. zu dem daraus vermeintlich erwachsenden Streitstand: *Haas* ZEV 2007, 49 (53). Spätestens seit den Entscheidungen des BGH vom 16.3.2017 – I ZB 50/16 und 49/16, NJW 2017, 2112 ff. und 2115 ff. (s. a. Fn. 3) dürfte die hier dargestellte Differenzierung jedoch die hM darstellen.

lichen Streitigkeit nach Eintritt des Erbfalles eine Schiedsvereinbarung treffen wollen. Schiedsfähig sind nach § 1030 Abs. 1 ZPO grundsätzlich alle vermögensrechtlichen Ansprüche und außerdem nichtvermögensrechtliche Ansprüche, soweit diese einem Vergleich zugänglich sind, wobei spezialgesetzliche Ausschlüsse nach dessen Abs. 3 vorbehalten sind.

Zum anderen muss der zur Entscheidung stehende Komplex auch von der Dispositionsfähigkeit des Erblassers erfasst sein; es muss iSv § 1066 ZPO gesetzlich statthaft sein, dass bereits der Erblasser den Rechtsweg zu einem Schiedsgericht ebnet. Letzteres wird teilweise auch als *subjektive Schiedsfähigkeit* bezeichnet.²⁰

Bei welchen potentiellen Streitfeldern im Bereich des Erbrechts diese Voraussetzungen erfüllt werden können und in welchen Bereichen eine letztwillige Schiedsklausel allenfalls mittelbar Auswirkungen haben kann,²¹ wird nachfolgend dargestellt.

Auf die zweite Voraussetzung (Dispositionsfähigkeit des Erblassers) kann es selbstredend nicht ankommen, soweit es um Streitigkeiten zwischen den an einem Erbvertrag oder gemeinschaftlichen Testament unmittelbar Beteiligten geht, die auch mit Wirkung für lebzeitige Streitigkeiten zwischen ihnen eine Schiedsvereinbarung in der letztwilligen Verfügung getroffen haben. Diese Sonderfälle sollen nachfolgend nur am Rande angesprochen werden; sie sind nicht Kernthema dieses Beitrags.

I. Streitigkeiten betreffend Inhalt und Wirksamkeit der letztwilligen Verfügung

Grundsätzlich kann durch eine letztwillige Schiedsklausel jede Streitigkeit, bei der es um die Auslegung oder die Wirksamkeit der Anordnungen in der maßgeblichen letztwilligen Verfügung geht, einem privaten Gericht zugewiesen werden.²²

Mit Wirkung zwischen den Schiedsparteien kann das Schiedsgericht insbesondere über die folgenden Streitgegenstände entscheiden:

- Im sog. Erbpräbendentenstreit darüber, wer nach den Regelungen in einem Testament oder Erbvertrag Erbe zu welcher Quote geworden ist (im Ausnahmefall, bei dem zwar eine Schiedsklausel angeordnet, aber keine Erbeinsetzung vorgenommen worden ist, auch darüber, wer nach der gesetzlichen Erbfolge zum Erben berufen worden ist);²³
- wie der Nachlass, gegebenenfalls unter Berücksichtigung von Vorausvermächtnissen oder Teilungsanordnungen, zwischen den Erben auseinanderzusetzen ist;²⁴
- inwieweit hierbei eine Ausgleichung nach § 2050 ff. BGB vorzunehmen ist;²⁵

- Streitigkeiten zwischen Erben und/oder Vermächtnisnehmern und/oder einem Testamentsvollstrecker darüber, wie und gegebenenfalls zulasten von welchem Erben ein Vermächtnis zu erfüllen ist;²⁶
- ob gegen Auflagen verstoßen wurde;²⁷
- bei Streitigkeiten zwischen Vor- und Nacherben;²⁸
- bei Streitigkeiten der Erben mit dem Testamentsvollstrecker über dessen Amtsführung²⁹ mit Ausnahme der Entscheidung über seine Entlassung³⁰;
- grundsätzlich auch bei Fragen zur Anfechtbarkeit einer Verfügung von Todes wegen.³¹

Probleme ergeben sich nur dort, wo es um Fragen geht, die auch die Wirksamkeit der Schiedsklausel betreffen. Insbesondere, wenn die Testierfähigkeit des Erblassers in Frage steht, betrifft dieser Punkt auch die Wirksamkeit der Schiedsklausel selbst und damit die Zuständigkeit des Schiedsgerichts. Dieses kann zwar gem. § 1040 Abs. 1 ZPO auch über seine eigene Zuständigkeit und die Wirksamkeit einer Schiedsvereinbarung entscheiden. Gegen eine die eigene Zuständigkeit bejahende Zwischenentscheidung des Schiedsgerichts können die Parteien dann fristgebundenen die Entscheidung eines staatlichen Gerichts ersuchen, § 1040 Abs. 3 ZPO.³² In materielle Rechtskraft erwachsen kann jedoch jedenfalls nie die schiedsgerichtliche Feststellung der fehlenden Testierfähigkeit des Erblassers bei der Errichtung einer letztwilligen Verfügung, die auch die zuständigkeitsbegründende Schiedsklausel enthält. Das Schiedsgericht wäre in einem solchen Fall schließlich auch immer unzuständig und hätte daher die eigene Unzuständigkeit festzustellen und damit die Klage durch Prozessurteil abzuweisen. Nach Auffassung des Verfassers dieses Beitrags sollte jedoch die Möglichkeit bestehen, dass das Schiedsgericht über eine positiv festgestellte Testierfähigkeit auch rechtskräftig durch (Zwischen-)Feststellungsurteil entscheidet; ggf. nach vorheriger Zwischenentscheidung gem. § 1040 Abs. 3 S. 1 ZPO.³³

II. Nachlassgerichtliche Verfahren

Spätestens seit der jüngsten Entscheidung des Bundesgerichtshofs hinsichtlich der Schiedsfähigkeit eines Streits über die Entlassung eines Testamentsvollstreckers³⁴ dürfte

20 Vgl. zu dieser Unterscheidung etwa Wegmann ZEV 2003, 20 (20 f.); teilweise werden unter dem Begriff der subjektiven Schiedsfähigkeit auch Fragen der Partei- und Prozessfähigkeit beim Abschluss der Schiedsvereinbarung gefasst, vgl. dazu Schmitz RNotZ 2003, 591 (593 f.).

21 Vgl. hierzu unter D. II. 4.

22 MüKoBGB/Leipold, 7. Aufl. 2017, BGB § 1937 Rn. 33; Haas ZEV 2007, 49 (53); Werner ZEV 2011, 506 (509); Crezelius FS H.P. Westermann, 2008, 161 (168).

23 Haas ZEV 2007, 49(53); Tanck/Krug/Krug, NotarFormulare Testamente, 5. Aufl. 2015, § 18 Rn. 4.

24 Wegmann ZEV 2003, 20 (21).

25 Böckstiegel/Happe, Schiedsgerichtsbarkeit in gesellschaftsrechtlichen und erbrechtlichen Angelegenheiten, 1996, S. 85 (89); Tanck/Krug/Krug, NotarFormulare Testamente, 5. Aufl. 2015, § 18 Rn. 4.

26 Otte, FS Rheinisches Notariat, 1998, 241 (250); MüKoBGB/Leipold, 7. Aufl. 2017, BGB § 1937 Rn. 33; Wegmann ZEV 2003, 20 (21).

27 MüKoBGB/Leipold, 7. Aufl. 2017, BGB § 1937 Rn. 33; Wegmann ZEV 2003, 20 (21).

28 Otte, FS Rheinisches Notariat, 1998, 241 (251); Tanck/Krug/Krug, NotarFormulare Testamente, 5. Aufl. 2015, § 18 Rn. 4.

29 MüKoBGB/Leipold, 7. Aufl. 2017, BGB § 1937 Rn. 36; Wegmann ZEV 2003, 20 (22).

30 Vgl. hierzu noch unter D. II. 2.

31 Böckstiegel/Happe, Schiedsgerichtsbarkeit in gesellschaftsrechtlichen und erbrechtlichen Angelegenheiten, 1996, S. 85 (89); MüKoBGB/Leipold, 7. Aufl. 2017, BGB § 1937 Rn. 33.

32 Werner ZEV 2011, 506 (509 f.); ergeht kein die Zuständigkeit bejahender Zwischenentscheid, kann der trotz fehlender Zuständigkeit des Schiedsgerichts ergangene Schiedsspruch nach § 1059 ZPO vom staatlichen Gericht aufgehoben werden, Schmoedel/Otte, Schriften zum Notarrecht, IV.: Verfassungsrechtliche Grenzen der Gestaltungsmöglichkeiten im Familien-, Erb- und Gesellschaftsrecht, 2008, 62 (67).

33 AA wohl Werner ZEV 2011, 506 (510) unter Verweis auf Harder, Das Schiedsverfahren im Erbrecht, 2007, S. 116.

34 BGH 17.5.2017 – IV ZB 25/16, NJW 2017, 2112 (Tz. 14) = RNotZ 2017, 524 ff.

für die Praxis die auch vorher bereits herrschende Meinung dahingehend verfestigt sein, dass objektiv schiedsfähig überhaupt nur solche Verfahren sein können, in denen das Gericht eine *inter partes* wirkende Entscheidung als Prozessgericht zu treffen hat.

1. Keine objektive Schiedsfähigkeit bei inter omnes wirkenden Maßnahmen oder Entscheidungen des Nachlassgerichts

Nachlassgerichtliche Verfahren, bei denen eine Entscheidung *inter omnes* getroffen wird, können nie wirksam an ein Schiedsgericht delegiert werden. Ein solches kann weder über die Erteilung oder Einziehung eines Erbscheins oder eines Testamentsvollstreckerzeugnisses³⁵ bzw. die Entlassung des Testamentsvollstreckers nach § 2227 BGB³⁶ entscheiden, noch kann es zuständig sein für die Entgegennahme einer Erklärung zur Ausschlagung, Anfechtung oder jener zur Annahme des Testamentsvollstrekteramtes.³⁷

Wenn in den vorgenannten Bereichen vom staatlichen Gericht Entscheidungen getroffen bzw. rechtsgestaltende Erklärungen entgegengenommen werden, treffen die Rechtsfolgen unter Umständen eine Vielzahl von Personen, die an einem Schiedsverfahren gar nicht beteiligt werden können. So kann der entlassene Testamentsvollstrecker nach außen hin gegenüber niemandem mehr wirksam für den Nachlass handeln und können sich die durch einen Erbschein ausgewiesenen Erben gegenüber jedermann legitimeren. Damit sind diese Angelegenheiten der Entscheidung durch ein Schiedsgericht von vorneherein entzogen; sie sind nach der oben dargestellten Unterscheidung schon *objektiv* nicht schiedsfähig, können mithin auch nicht nach Eintritt des Erbfalles durch eine Schiedsvereinbarung einem solchen Gericht überantwortet werden.

2. Speziell zum auf Entlassung eines Testamentsvollstreckers gerichteten Verfahren

Hinsichtlich des auf Entlassung eines Testamentsvollstreckers gerichteten Verfahrens hat der Bundesgerichtshof³⁸ seine Ablehnung der Zulässigkeit einer letztwilligen Schiedsklausel außerdem, wie bereits das Reichsgericht,³⁹ mit der fehlenden Dispositionsbefugnis des Erblassers begründet: Zum Schutz der Erben sehe das materielle Erbrecht in § 2220 BGB eine Reihe von Verpflichtungen des Testamentsvollstreckers⁴⁰ vor, von denen der Erblasser keine Befreiung erteilen kann. Die Durchsetzung dieser gegenüber den Erben bestehenden Pflichten erfolge maßgeblich auch über die Sanktionsmöglichkeit der gericht-

lichen Entlassung des pflichtwidrig handelnden Testamentsvollstreckers. Dieses den Erben garantierte „Minimum an Schutz“⁴¹ beinhalte auch gerade den durch den Erblasser in diesen Angelegenheiten nicht beschränkbar Anspruch auf die Entscheidung durch ein staatliches Gericht.

Eine alternative Gestaltung, die in der Praxis bisher allerdings nicht erprobt und deren Zulässigkeit im Lichte der neuen höchstrichterlichen Rechtsprechung jedenfalls zweifelhaft erscheint, hat *Otte*⁴² vorgeschlagen: Will der Erblasser die Entscheidung über die Beendigung des Amtes des Testamentsvollstreckers in die Hände einer von ihm bestimmten Person legen, solle der Testamentsvollstrecker auflösend bedingt eingesetzt werden und vom Erblasser eine Vertrauensperson (wohl ein Schiedsgutachter) benannt werden, die über den Bedingungsseintritt entscheide bzw. diesen herbeiführe. Zwar müsste auch hier das Nachlassgericht die Beendigung des Amtes feststellen; es wäre jedoch inhaltlich an die Entscheidung dieser Person gebunden.

3. Echte Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit

Ob neben den genannten nachlassgerichtlichen Verfahren der sogenannten *Rechtsfürsorge* auch jene den Nachlassgerichten zugewiesene Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, welche als *echte Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit* bezeichnet werden, (objektiv oder subjektiv) schiedsfähig sind,⁴³ hat der Bundesgerichtshof offen gelassen. Sie dürften im erbrechtlichen Bereich auch keine besondere Relevanz haben.⁴⁴

4. Auswirkungen der materiellen Rechtskraft der Entscheidungen eines Schiedsgerichts auf nachlassgerichtliche Verfahren

Auch wenn ein Schiedsgericht damit zwar selbst keinen Erbschein oder ein Testamentsvollstreckerzeugnis ausstellen kann, so können viele der wesentlichen in solchen Verfahren zu entscheidenden materiell-rechtlichen Fragen dennoch der Entscheidung eines privaten Gerichts überantwortet werden. Auch das Nachlassgericht ist nämlich an die materielle Rechtskraft von Entscheidungen gebunden, welche ein staatliches Prozessgericht in einem Verfahren zwischen den am nachlassgerichtlichen Verfahren Beteiligten getroffen hat.⁴⁵ Für Entscheidungen eines mit ei-

35 BayObLG 19.10.2000 – 1Z BR 116/99, BayObLGZ 2000, 279 (284); *Lange* ZEV 2017, 1 (2 f.); *Wegmann* ZEV 2003, 20 (20 f.) je mwN.

36 BGH 17.5.2017 – IV ZB 25/16, NJW 2017, 2112 ff. = RNotZ 2017, 524 ff.; und zuvor iE bereits ebenso das RG 23.6.1931 – VII 237/30, RGZ 133, 128 (133 ff.).

37 *Werner* ZEV 2011, 506 (509); *Wegmann* ZEV 2003, 20 (21).

38 BGH 17.5.2017 – IV ZB 25/16, NJW 2017, 2112 (2112 f.).

39 RG 23.6.1931 – VII 237/30, RGZ 133, 128 (133 ff.).

40 Erstellung eines Nachlassverzeichnisses (§ 2215 BGB), ordnungsgemäße Nachlassverwaltung (§ 2216 BGB), Pflicht zu Auskunft und Rechnungslegung (§ 2218 BGB), Haftung (§ 2219 BGB).

41 BGH 17.5.2017 – IV ZB 25/16, NJW 2017, 2112 (2113).

42 Schmoedel/*Otte*, Schriften zum Notarrecht, IV.: Verfassungsrechtliche Grenzen der Gestaltungsmöglichkeiten im Familien-, Erb- und Gesellschaftsrecht, 2008, 62 (76).

43 Vgl. ausführlich *Muscheler* ZEV 2009, 317 ff., dessen Auffassung hinsichtlich der Schiedsfähigkeit des Verfahrens bzgl. der Entlassung des Testamentsvollstreckers sich der BGH (Fn. 38) allerdings nicht angeschlossen hat.

44 Von gelegentlicher Relevanz sein dürfte wohl einzig ein Verfahren gerichtet auf Stundung des Pflichtteilsanspruchs nach §§ 2331 a BGB, 362 FamFG.

45 OLG München 8.3.2016 – 31 Wx 386/15, BWNotZ 2016, 61; BayObLG 30.4.1998 – 1 Z BR 187/97, FamRZ 1999, 334 (335); MüKoBGB/J. *Mayer*, 6. Aufl. 2013, BGB § 2359 Rn. 30 ff.; Bumiller/Harders/Schwamb/*Harders*, 12. Aufl. 2019, FamFG § 352 e Rn. 24 je mwN.

nem solchen Prozessgericht gleichzusetzenden Schiedsgerichts soll nichts anderes gelten.⁴⁶

Hat ein solches also zB mittels Feststellungsurteil entschieden, wer zu welcher Quote Erbe geworden ist, wäre auch das Nachlassgericht hieran gebunden, soweit nicht auch andere Personen als Erben in Betracht kommen, die am Schiedsverfahren nicht beteiligt waren.⁴⁷ Läuft bereits ein solcher Erbprätendentenstreit vor einem Schiedsgericht ist ein nachlassgerichtliches Verfahren bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung in jenem schiedsgerichtlichen Verfahren nach pflichtgemäßem Ermessen des Nachlassgerichts auszusetzen.⁴⁸

Das Oberlandesgericht Celle ist sogar in einer (auch diesbezüglich allerdings sehr umstrittenen) Entscheidung so weit gegangen, zu beschließen, dass allein das Vorhandensein einer wirksamen Schiedsklausel im Testament zur Folge haben soll, dass das Erbscheinsverfahren auch erst nach Durchführung eines bis dahin noch gar nicht anhängigen Schiedsverfahrens erfolgen könne.⁴⁹

III. Streitigkeiten über Pflichtteilsansprüche

Die Frage, ob letztwillige Schiedsklauseln auch Streitigkeiten über Pflichtteilsansprüche erfassen, war lange Zeit umstritten.⁵⁰ Mit der Entscheidung seines ersten Zivilsenats hat der Bundesgerichtshof⁵¹ diesbezüglich mittlerweile für die Praxis weitestgehend Rechtssicherheit geschaffen und entschieden, dass dem Erblasser insoweit die Dispositionsbefugnis fehlt; dass diese Angelegenheiten mithin nicht (subjektiv) schiedsfähig sind. Maßgeblich abgestellt hat der Bundesgerichtshof insoweit auf die dem Erblasser bereits durch das materielle (Pflichtteils-)Recht gezogenen Grenzen seiner Testierfreiheit. Diese sollen es einem Erblasser verwehren, dem Pflichtteilsberechtigten den Weg zu einem staatlichen Gericht abzuschneiden und eine letztwillige Schiedsklausel insoweit unstatthaft iSv § 1066 ZPO machen. Hierdurch wird in gewisser Weise der Grundsatz relativiert, dass die von einem Schiedsgericht geführten Verfahren gleichwertig mit den Verfahren sind, welche vor staatlichen Gerichten geführt werden. Dies ist bedauerlich, da es mit einer Schwächung der Schiedsgerichtsbarkeit einhergeht.

Für die Praxis bringt diese höchstrichterliche Entscheidung allerdings Rechtssicherheit. Hiernach soll zwar dem

Erblasser die Dispositionsfähigkeit zur Anordnung einer Streitigkeiten über Pflichtteilsansprüche erfassenden letztwilligen Schiedsklausel fehlen, unberührt hiervon ist jedoch die objektive Schiedsfähigkeit solcher Streitigkeiten zwischen Erben und Pflichtteilsberechtigten. Sie können daher durch eine Schiedsvereinbarung zwischen Erben und Pflichtteilsberechtigten einem Schiedsgericht zur Entscheidung zugewiesen werden.⁵²

In dem genannten Verfahren vor dem Bundesgerichtshof ging es im Ergebnis um einen Prozess, der auf die Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs selbst gerichtet war. Inwieweit andere Streitigkeiten aus dem Bereich des Pflichtteilsrechts einer letztwilligen Schiedsklausel zugänglich sind, ist weiter ungeklärt. Gute Argumente sprechen dafür, jedenfalls dort insoweit eine (auch subjektive) Schiedsfähigkeit anzunehmen, wie die jeweilige Streitfrage noch in die Regelungskompetenz des Erblassers fällt. Dies dürfte jedenfalls für Streitigkeiten zwischen Erben und Vermächtnisnehmern um die Verteilung der Pflichtteilslast gelten,⁵³ wird jedoch schon umstritten, wenn es um Bewertungsfragen im Zusammenhang mit Pflichtteilsansprüchen oder gar die Beschränkung des Pflichtteils nach § 2338 BGB geht.⁵⁴

Hier könnte in Betracht gezogen werden, eine Schiedsklausel so auszugestalten, dass sie sich hinsichtlich des Pflichtteilsrechts auf die Bereiche beschränkt, welche (danach) noch von der Dispositionsbefugnis des Erblassers erfasst sein mögen. Die Zulässigkeit einer solchen, einzelne Bereiche des Pflichtteilsrechts erfassenden Schiedsklausel vorausgesetzt, kann einem Erblasser zu einer derartigen Aufspaltung des Rechtswegs jedoch kaum geraten werden. Die Vorteile eines Schiedsverfahrens (insbesondere Beschleunigung und Kostenersparnis) würden ins Gegenteil verkehrt, wenn hier nur Vorfragen einer Streitigkeit zu entscheiden wären, welche anschließend zwingend vor einem staatlichen Gericht ausgetragen werden müsste.

IV. Forderungen von Nachlassgläubigern und Zugehörigkeit zum Nachlass

Mittlerweile dürfte es allgemeine Auffassung sein, dass auch sämtliche Streitigkeiten mit Nachlassgläubigern, seien sie auch objektiv schiedsfähig, nicht einseitig durch den Erblasser zur Entscheidung einem Schiedsgericht zugewiesen werden können.⁵⁵

Nichts anderes kann gelten, wenn es um die Geltendmachung von Ansprüchen des Erblassers gegen Dritte geht und damit letztlich auch, wenn die Zugehörigkeit von Gegenständen zum Nachlass streitig ist.⁵⁶ Soweit letzteres sich jedoch als reine Vorfrage innerhalb einer Auseinandersetzung zwischen Nachlassbeteiligten darstellt, soll jedenfalls eine allgemein gefasste Schiedsklausel auch die in-

46 *Lange* ZEV 2017, 1 (2 f.); *Lange* ZZZ 128 (2015), 407 (426 f.); *Werner* ZEV 2011, 506 (509); MüKoBGB/J. Mayer, 6. Aufl. 2013, BGB § 2359 Rn. 41; vgl. auch BayObLG 19.10.2000 – 1Z BR 116/99, NJWE-FER 2001, 50 (51).

47 MüKoBGB/J. Mayer, 6. Aufl. 2013, BGB § 2359 Rn. 41, 35 ff.; *Wegmann* ZEV 2003, 20 (20); zu den Voraussetzungen der Rechtskraftstreckung der Entscheidungen eines staatlichen Prozessgerichts vgl. auch etwa Bumiller/Harders/Schwamb/Harders, 12. Aufl. 2019, FamFG § 352 e Rn. 24.

48 Vgl. MüKoBGB/J. Mayer, 6. Aufl. 2013, BGB § 2359 Rn. 31 für Aussetzung des nachlassgerichtlichen Verfahrens bei einem anhängigen Erbprätendentenstreit vor einem staatlichen Gericht

49 OLG Celle 10.12.2015 – 6 W 204/15, ZEV 2016, 337 kritisiert etwa von *Lange* ZEV 2017, 1 (5); *Wendt* ErbR 2016, 248 (248 f.) und *Keim* NJW 2017, 2652 (2654); aA auch BayObLG 19.10.2000 – 1Z BR 116/99, BayObLGZ 2000, 279 (284) = NJWE-FER 2001, 50 (51); KG 29.1.2016 – 6 W 107/15, ErbR 2016, 337.

50 Eine ausführliche Darstellung des vorherigen Meinungsstands findet sich etwa bei *Burchard* ZEV 2017, 308 ff. sowie ebenfalls in der BGH-Entscheidung selbst: BGH 17.5.2017 – IV ZB 25/16, NJW 2017, 2112 (Tz. 19 ff.).

51 BGH 17.5.2017 – IV ZB 25/16, NJW 2017, 2112 ff. = RNotZ 2017, 524 ff insoweit unter Bestätigung der Vorinstanz OLG München 25.4.2016 – 34 Sch 12/15, ZEV 2016, 334 ff.

52 So ausdrücklich auch BGH 17.5.2017 – IV ZB 25/16, NJW 2017, 2112 (Tz. 17).

53 *Lange* ZZZ 128 (2015), 407 (424); *Keim* NJW 2017, 2652 (2653).

54 Insoweit ablehnend: *Lange* ZZZ 128 (2015), 407 (424 f.); *Keim* NJW 2017, 2652 (2653); bejahend: *Paullytta* ZEV 2003, 89 (91 f.); *Schiffer* ZErB 2014, 292 (294).

55 BayObLG 1.6.1956 – BReg. 1 Z 21/56, BayObLGZ 1956, 186 (189); *Werner* ZEV 2011, 506 (508).

56 BayObLG 1.6.1956 – BReg. 1 Z 21/56, BayObLGZ 1956, 186 (189); *Otte* FS Rheinisches Notariat, 1998, 241 (249 f.); *Werner* ZEV 2011, 506 (508).

zidente Entscheidung des Schiedsgerichts über die Nachlasszugehörigkeit erlauben;⁵⁷ die zusätzliche Befassung eines staatlichen Gerichts würde diesbezüglich tatsächlich ungerechtfertigt erscheinen.

E. Anordnung und Ausgestaltung von letztwilligen Schiedsklauseln

Bevor die Ausgestaltung einer letztwilligen Schiedsklausel in Form und Inhalt angegangen wird, ist zunächst festzustellen, ob der Erblasser überhaupt noch in der Lage ist, eine solche Anordnung zu treffen, oder dem eventuell eine erbrechtliche Bindung entgegensteht.

I. Zur einseitigen Anordnung oder Aufhebung einer Schiedsklausel nach Eintritt der Bindungswirkung eines Erbvertrags oder gemeinschaftlichen Testaments

Für die Praxis dürfte heute feststehen, dass es sich bei Schiedsklauseln in letztwilligen Verfügungen nicht, wie in früherer Zeit teilweise vertreten, um Auflagen iSv § 2192 BGB handelt.⁵⁸ Finden sich solche Klauseln in einem gemeinschaftlichen Testament oder einem Erbvertrag, können sie daher auch bei Eintritt einer Bindungswirkung einseitig aufgehoben werden; sie können nicht wechselbezüglich bzw. vertragsmäßig vereinbart werden, §§ 2278 Abs. 2, 2270 Abs. 3 BGB.⁵⁹

In der obergerichtlichen Rechtsprechung uneinheitlich beurteilt wird hingegen die Frage, ob die nachträgliche einseitige Einsetzung eines Schiedsgerichts einen vertragsmäßig bzw. wechselbezüglich eingesetzten Erben oder Vermächtnisnehmer beschwert und daher nach § 2289 Abs. 1 S. 2 bzw. § 2271 Abs. 1 S. 2 BGB unwirksam ist.⁶⁰ Die bisher überwiegende Auffassung in der Literatur ging davon aus, dass wegen der vom Gesetzgeber vorgesehenen Gleichwertigkeit eines Verfahrens vor einem Schiedsgericht mit einem solchen vor einem staatlichen Gericht auch die nachträgliche Anordnung einer Schiedsklausel keine Beeinträchtigung des letztwillig Bedachten darstellen könne und daher wirksam sei.⁶¹

Schon wegen der neueren höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Reichweite von Schiedsklauseln bei Pflichtteilsansprüchen,⁶² aus der eindeutig hervorgeht, dass der Bundesgerichtshof den Ausschluss des Rechtswegs zu den

staatlichen Gerichten als Belastung des Pflichtteilsberechtigten einstuft, kann dem heute durch die Rechtspraxis wohl nicht mehr ohne Weiteres gefolgt werden.

Und auch in der Sache sprechen nicht unerhebliche Argumente für die bis zur genannten Entscheidung nur vereinzelt vertretene Gegenauffassung: Es sollte im Ergebnis nämlich nicht darauf ankommen, ob ein Schiedsverfahren und ein Verfahren vor dem staatlichen (Nachlass-)Gericht gleichwertig sind. Der bindend eingesetzte Erbe oder Vermächtnisnehmer verliert durch die Schiedsklausel die Möglichkeit, selbst Einfluss darauf zu nehmen, ob ein Schiedsgericht oder ein staatliches Gericht mit der Streitsache betraut wird. Ohne eine wirksame letztwillige Schiedsklausel wäre er schließlich nicht daran gehindert, im Einvernehmen mit der Gegenseite eine Schiedsvereinbarung zu treffen. Diese Möglichkeit der Einflussnahme wird ihm durch eine nachträglich angeordnete Schiedsklausel in bestimmten Konstellationen genommen. Dies spricht dafür, eine solche Klausel, die nachträglich angeordnet wird, als eine unzulässige Beschwerde einzuordnen.⁶³

In der Beratungspraxis kann es auch angesichts der ungeklärten Rechtslage dennoch angezeigt sein, auch bei eingetretener Bindungswirkung nachträglich eine Schiedsklausel anzuordnen. Der Mandant sollte dann jedoch immer auf die mögliche Unwirksamkeit hingewiesen und ein entsprechender Belehrungsvermerk in die Urkunde aufgenommen werden.

II. Bestimmungen zur Gestaltung des Schiedsverfahrens

1. Ad-hoc-Schiedsgericht

Der Erblasser kann sich grundsätzlich damit zufriedengeben, durch die Aufnahme einer „einfachen“ letztwilligen Schiedsklausel den Rechtsweg zu den staatlichen Gerichten auszuschließen und Streitigkeiten, die aus dem Erbfall erwachsen, pauschal der Schiedsgerichtsbarkeit zu unterwerfen. In diesem Fall spricht man von einem Ad-hoc-Schiedsgericht.⁶⁴

Für die Durchführung des Schiedsverfahrens gelten dann die Regelungen aus dem zehnten Buch der ZPO, die in §§ 1034 ff. ZPO insbesondere auch solche zur Größe und Besetzung des Schiedsgerichts beinhalten. Beides ist danach zunächst in die Hände der Parteien gelegt. Soweit die Parteien sich nicht einigen können, entscheidet ein Spruchkörper aus drei Schiedsrichtern und ist bei deren Bestellung unter bestimmten Umständen auf ein staatliches Gericht zurückzugreifen – ein Verfahren, welches durchaus mehrere Monate in Anspruch nehmen kann und dem Schiedsverfahren damit insbesondere in Sachen Verfahrensbeschleunigung viel von seinen ihm zugesprochenen Vorteilen nimmt.⁶⁵

57 Werner ZEV 2011, 506 (508) mwN.

58 MüKoBGB/Leipold, 7. Aufl. 2017, BGB § 1937 Rn. 31 und eingehend insb. bereits Otte FS Rheinisches Notariat, 1998, 241 (242 ff.) je mwN.

59 RG 27.9.1920 – IV 2/20, RGZ 100, 76 (77); OLG Frankfurt 4.5.2012 – 8 U 62/11, RNotZ 2013, 238 (240); Grunsky FS H. P. Westermann, 2008, 255 (256 f.); MüKoBGB/Leipold, 7. Aufl. 2017, BGB § 1937 Rn. 30 mwN.

60 Für Unwirksamkeit: OLG Hamm 8.10.1990 – 8 U 38/90, NJW-RR 1991, 455 (456); dagegen: OLG Celle 10.12.2015 – 6 W 204/15, ZEV 2016, 337 (337) mit beachtlichen Gründen kritisiert von Wendt ErbR 2016, 248 (249).

61 Grunsky FS H. P. Westermann, 2008, 255 (256); Wegmann ZEV 2003, 20 (21) je mwN.

62 Vgl. dazu bereits unter D. III.

63 In diese Richtung argumentierend insb. auch Wendt ErbR 2016, 248 (249).

64 Ein Mustervorschlag findet sich unter G. II.

65 Vgl. zu den zeitlichen Nachteilen eines Ad-hoc-Schiedsgerichts auch Wegmann ZEV 2003, 20 (22).

2. Modifikation der gesetzlichen Verfahrensvorschriften, insbesondere durch Bezugnahme auf eine erprobte Verfahrensordnung

Wird durch den Erblasser nur ein solches Ad-hoc-Schiedsgericht angeordnet, sind die Parteien – auch über eine einvernehmliche Regelung zur Besetzung des Spruchkörpers hinaus – gem. § 1042 Abs. 3 ZPO frei darin, gemeinsam die Gestaltung des Schiedsverfahrens innerhalb des dispositiven Rahmens der ZPO zu regeln.

Dies kann entweder durch die Vereinbarung von Einzelbestimmungen erfolgen oder durch den Rückgriff auf eine schiedsgerichtliche Verfahrensordnung. In Betracht kommt hierbei der Rückgriff auf die Verfahrensordnung einer Schiedsinstitution oder auf eine institutsfreie Schiedsgerichtsordnung, wie etwa die UNICTRAL.

Diese und andere institutsfreie Schiedsordnungen sind jedoch in aller Regel auf grenzüberschreitende Streitigkeiten auf den Gebieten des internationalen Kaufrechts bzw. aus dem handels- und gesellschaftsrechtlichen Bereich ausgerichtet und damit für die hier in Rede stehenden Streitigkeiten zwar nicht grundsätzlich unbrauchbar, jedoch sicher nicht als „erste Wahl“ zu bezeichnen. Bei dem Verweis auf eine institutsfreie Schiedsordnung ist die Durchführung bzw. Administration des Verfahrens weiter in die Hände der Parteien bzw. der auszuwählenden Schiedsrichter gelegt.

Der wesentliche Vorteil in der Entscheidung für eine institutionelle Schiedsordnung besteht darin, dass damit auch die jeweiligen Einrichtungen der Institution nutzbar gemacht werden, um das Verfahren (ein-)zuleiten. Man spricht insoweit auch von einem administrierten Schiedsverfahren. Der Verweis auf eine institutionelle Schiedsgerichtsordnung hat zwar nicht notwendigerweise zur Folge, dass auch das Schiedsverfahren durch diese Institution betreut werden muss.⁶⁶ Der Rückgriff auf die Verfahrensordnung einer Schiedsinstitution sollte jedoch grundsätzlich verknüpft sein mit der Anordnung, dass das Schiedsverfahren als solches von dieser Institution durchgeführt wird,⁶⁷ da die gängigen institutionellen Schiedsgerichtsordnungen in wesentlichen Belangen von der Verwendung der durch die jeweilige Institution unterhaltenen Einrichtungen ausgehen.⁶⁸

Will der Erblasser sich nicht darauf verlassen, dass die späteren Parteien sich schon einvernehmlich auf ein zweckmäßiges Verfahren oder eine geeignete Schiedsinstitution einigen werden, sollte er bereits selbst in der letztwilligen Schiedsklausel Regelungen zur Verfahrensgestaltung treffen. Ansonsten droht immer die Gefahr, dass eine Partei

sich einer entsprechenden Vereinbarung verweigert und so unter Rückgriff auf die gesetzlichen Regelungen das Schiedsverfahren verschleppt und verteuert. Hier ist insbesondere an eine destruktiv agierende Partei zu denken, die auf die Entscheidung durch ein dreiköpfiges Gremium besteht und das mehrstufige gesetzliche Besetzungsprozedere bis zum Ende ausreizt.

Nach Auffassung des Verfassers erscheint es jedenfalls für die notarielle Beratungspraxis empfehlenswert, auf erprobte Schiedsordnungen zurückzugreifen.⁶⁹ In aller Regel wird hierdurch ein auch im Einzelfall funktionierendes System zur Anwendung kommen, während die individuelle Gestaltung einer eigenen „Verfahrensordnung“ oder auch nur einzelne Eingriffe in das gesetzliche System schnell zum Auftauchen von Regelungslücken oder unausgewogenen Lösungen führen können.

Wird grundsätzlich auf eine solche Schiedsordnung verwiesen, können ohne Weiteres einzelne Punkte individuell geregelt werden. Dies sehen die gängigen Schiedsordnungen auch ausdrücklich vor. Zuallererst ist hier daran zu denken, die Größe des Spruchkörpers festzulegen und bestimmte Personen als Schiedsrichter und Ersatzschiedsrichter zu benennen, wobei auch schon insoweit auf die Kompatibilität mit der jeweiligen Schiedsordnung zu achten ist.⁷⁰

3. Auswahl einer institutionellen Schiedsordnung

Wird der vorstehenden Empfehlung gefolgt und entschieden, dass auf eine erprobte institutionelle Schiedsordnung verwiesen und damit auch die jeweilige Schiedsinstitution mit der Administration des Schiedsverfahrens betraut wird, ist die Auswahl der Schiedsinstitution vorzunehmen.

Als solche kommen aus dem deutschen Raum für die Durchführung von erbrechtlichen Schiedsverfahren insbesondere folgende etablierte Schiedsorganisationen in Betracht:

- Die Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e. V. („DIS“),
- die Deutsche Schiedsgerichtsbarkeit für Erbstreitigkeiten e. V. („DSE“) sowie
- der Schlichtungs- und Schiedsgerichtshof Deutscher Notare („SGH“).

Auch wenn es sich bei diesen Institutionen sämtlich um langjährig bestehende Einrichtungen mit ausgiebig praxiserprobten Verfahrensordnungen handelt, soll an dieser Stelle, insbesondere angesichts möglicherweise noch aufkommender Alternativen, auf folgenden Aspekt hingewiesen werden, der bei der Auswahlentscheidung zu berücksichtigen ist: Ist die benannte Schiedsinstitution zum Zeitpunkt des Erbfalls oder auch erst beim Aufkommen einer aus dem Erbfall erwachsenden Streitigkeit weggefallen, droht der Verweis auf die Schiedsordnung aufgrund seiner

66 Vgl. Musielak/Voit/Voit, ZPO, 15. Aufl. 2018, § 1042 Rn. 33.

67 Da jedenfalls die Schiedsordnungen des SGH, der DIS und der DSE stillschweigend voraussetzen, dass auch auf die Schiedsinstitution und deren Einrichtungen zurückgegriffen wird, dürfte der bloße Verweis auf eine dieser Schiedsordnungen grundsätzlich auch die Anordnung der Durchführung des Verfahrens durch die jeweilige Institution beinhalten. Ist Abweichendes gewünscht, sollte eine ausdrückliche Regelung getroffen werden, die dann aber Anordnungen dazu enthalten muss, wie der Wegfall der in der Schiedsordnung vorgesehenen Einrichtungen zu kompensieren ist. Außerdem ist in einem solchen Fall zu empfehlen, die in Bezug genommene Schiedsordnung durch einen echten Verweis nach § 9 Abs. 1 S. 2 oder § 13 a BeurkG einzubeziehen. Vgl. dazu noch unter E. VIII. 2.

68 Vgl. nur zu den verschiedenen Benennungsverfahren nachfolgend unter G. I. 1. und G. I. 2.

69 Mit dieser Empfehlung für die notarielle Praxis bei gesellschaftsrechtlichen Schiedsklauseln etwa auch *Hauschild/Böttcher DNotZ* 2012, 577 (589 f.).

70 Insbesondere der SGH verlangt grundsätzlich einen Notar als Einzelschiedsrichter bzw. Vorsitzenden eines Gremiums bei den vom SGH geführten Schiedsverfahren. Siehe hierzu die einzelnen Darstellungen zu den jeweiligen Mustern für letztwillige Schiedsklauseln unter G. I.

Undurchführbarkeit ins Leere zu gehen.⁷¹ Zwar wäre die Schiedsklausel im Übrigen, also soweit durch sie der Rechtsweg zu den staatlichen Gerichten ausgeschlossen wird, wirksam, das Schiedsverfahren könnte sich jedoch nur nach den gesetzlichen Regelungen des zehnten Buchs der ZPO richten, solange die Parteien keine neue Schiedsvereinbarung treffen.⁷²

Dem Erblasser ist daher, wie auch hinsichtlich der sonstigen Regelungen in seiner letztwilligen Verfügung, nahelegen, in regelmäßigen Abständen den Fortbestand der benannten Schiedsinstitution und gegebenenfalls auch die Übereinstimmung mit der aktuellen Fassung der jeweiligen Schiedsordnung zu überprüfen. Der besonders vorsichtige Gestalter kann hier zudem die ersatzweise Benennung einer zweiten Schiedsinstitution in Betracht ziehen.

Bei letztwilligen Schiedsklauseln in Erbverträgen und gemeinschaftlichen Testamenten, bei denen der Eintritt einer Bindungswirkung möglich ist, sollte außerdem daran gedacht werden, insoweit Änderungsbefugnisse vorzubehalten.⁷³

Bei der Auswahl der „richtigen“ Schiedsinstitution mögen die nachfolgenden Kurzbeschreibungen eine Hilfe sein:

a) Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e. V. („DIS“)

Die DIS ist im Jahr 1992 durch den Zusammenschluss des Deutschen Ausschusses für Schiedsgerichtswesen e. V. mit dem Deutschen Institut für Schiedsgerichtswesen entstanden. Damit reichen ihre Wurzeln bis ins Jahr 1920 zurück. Die DIS dürfte damit nicht nur die älteste, sondern mit 162 im Jahr 2018 eingeleiteten Verfahren mit Streitwerten von zusammen über 1 Mrd. Euro⁷⁴ auch die nach diesen Maßstäben größte Schiedsorganisation im deutschen Raum sein,⁷⁵ wobei sichere Angaben hierzu nicht zu machen sind, da nicht von allen Schiedsinstitutionen entsprechende Statistiken veröffentlicht werden.

Der Schwerpunkt dieser Verfahren dürfte jedoch nicht im erbrechtlichen Bereich liegen. Dies kommt auch dadurch zum Ausdruck, dass im Gegensatz zu den unter lit. b) und c) genannten Institutionen von der DIS kein Mustervorschlag für eine letztwillige Schiedsklausel veröffentlicht worden ist.⁷⁶

Die Benennung der Schiedsrichter und die Festlegung der Größe des Spruchkörpers ist nach der DIS-Schiedsgerichtsordnung 2018 zunächst in die Hände der Parteien gelegt. Wird keine Einigung erzielt, entscheidet der DIS-Ernennungsausschuss über die Bestellung des Einzelschiedsrichters bzw. des Vorsitzenden eines Gremiums und gegebe-

nenfalls der DIS-Rat über die Spruchkörpergröße.⁷⁷ Berufsbezogene Anforderungen werden insoweit nicht an die Personen der Schiedsrichter gestellt.⁷⁸ Fast Dreiviertel der Mitglieder der DIS werden in der Mitgliederstatistik 2017 unter „Deutsche Rechtsanwälte, Juristen“ geführt.⁷⁹ Im Rahmen einer letztwilligen Schiedsklausel wäre die Benennung von Schiedsrichtern wohl anzuraten.

b) Deutsche Schiedsgerichtsbarkeit für Erbstreitigkeiten e. V. („DSE“)

Die bereits seit dem Jahr 1998 bestehende DSE ist eine Schiedsinstitution, welche sich auf die Durchführung von Verfahren mit erbrechtlichem Bezug spezialisiert hat und unter diesem Gesichtspunkt auch die Auswahl der von ihr benannten Schiedsrichter vornimmt, bei denen es sich vorwiegend um entsprechend spezialisierte, im Hauptberuf als Rechtsanwälte tätige Juristen handelt.

Die erbrechtliche Schwerpunktsetzung kommt auch in der Schiedsordnung der DSE zum Ausdruck, welche verschiedentlich ausdrücklich die Berücksichtigung einer letztwilligen Schiedsklausel anordnet,⁸⁰ während die anderen institutionellen Schiedsordnungen letztwillige Schiedsklauseln jedenfalls nicht explizit erwähnen.

Bei höheren Streitwerten sind die von der DSE in Anwendung ihrer Schiedsordnung für die Durchführung des Schiedsverfahrens zu erhebenden Gebühren im Vergleich zu den anderen genannten Institutionen in der Regel etwas niedriger.⁸¹

c) Schlichtungs- und Schiedsgerichtshof Deutscher Notare („SGH“)

Der SGH ist eine nicht rechtfähige Einrichtung der DNotV GmbH, der Service-Gesellschaft des Deutschen Notarvereins, dem auch deren fachliche Betreuung obliegt.⁸²

Der SGH⁸³ hat gegenüber den anderen etablierten Schiedsorganisationen wohl die beiden folgenden wesentlichen Alleinstellungsmerkmale:

- Grundsätzlich sind die Schiedsrichter in den vom SGH administrierten Verfahren Notare. Das Sekretariat des SGH benennt nur Notare als Schiedsrichter. Soweit Schiedsrichter von den Parteien benannt werden, verlangt das Statut des SGH im Grundsatz, dass der Einzelschiedsrichter oder jedenfalls der Vorsitzende eines Schiedsrichtergremiums Notar ist.⁸⁴ Hierdurch wird in einem Schiedsverfahren die für diesen Berufsstand ganz besonders typische Unabhängigkeit und Neutralität, die auch von jedem Schiedsrichter zu fordern ist, nutzbar gemacht. Daneben handelt es sich bei Notaren um Juristen, die auch in ihrem hauptberuflichen Arbeitsfeld

71 *Dawirs*, Das letztwillig angeordnete Schiedsverfahren – Gestaltungsmöglichkeiten, Diss. 2014, S. 110 f.; *Dawirs* aaO. (Fn 73) [Bitte Verweis prüfen] mit dem Beispiel des im Zuge der Deutschen Wiedervereinigung weggefallenen Schiedsgerichts bei der Kammer für Außenhandelssachen der DDR, dessen bis dahin begründete Zuständigkeit nicht auf eine Nachfolgeorganisation übergeleitet werden konnte.

72 *Dawirs*, Das letztwillig angeordnete Schiedsverfahren – Gestaltungsmöglichkeiten, Diss. 2014, S. 111; Musielak/Voit/Voit, ZPO, 15. Aufl. 2018, § 1042 Rn. 33.

73 Vgl. dazu noch unter G. III. 2.

74 Einschließlich der Werte der in 2018 eingereichten Streitwerterhöhungen und Widerklagen in laufenden Verfahren.

75 Vgl. DIS-Verfahrensstatistik 2018, veröffentlicht unter: <http://www.disarb.org/upload/statistics/DIS-Verfahrensstatistik%202018.pdf>.

76 Vgl. dazu noch unter G. I. 3.

77 Vgl. Art. 10-12 der DIS-Schiedsgerichtsordnung 2018, abrufbar unter: www.disarb.org/de/16/regeln/id37.

78 Vgl. Art. 9.1, 9.2 der DIS-Schiedsgerichtsordnung 2018 (s. Fn. 77).

79 DIS-Mitgliederstatistik als Teil der DIS-Verfahrensstatistik (s. Fn. 75).

80 Vgl. etwa § 5 Abs. 3 der Schiedsordnung der Deutschen Schiedsgerichtsbarkeit für Erbstreitigkeiten e. V. (DSE) – Stand 1. Februar 2010, abrufbar unter <https://www.dse-erbrecht.de/PDF/schiedsordnung.pdf>.

81 Vgl. dazu bereits unter C. IV.

82 Vgl. § 2 des Statuts des Schlichtungs- und Schiedsgerichtshofs Deutscher Notare (s. Fn. 10).

83 Vgl. eingehend zum SGH und dessen Statut: *Hupka*, Handbuch Schlichtungs- und Schiedsgerichtshof Deutscher Notare, 1. Aufl. 2017.

84 § 7 Abs. 1 S. 2, Abs. 3 des Statuts des Schlichtungs- und Schiedsgerichtshofs Deutscher Notare (s. Fn. 10).

starke Bezüge zum Erbrecht haben, was gerade für die hier interessierenden erbrechtlichen Schiedsverfahren von besonderem Vorteil ist.

- Der SGH bietet neben seiner Funktion als Schiedsgericht auch ein selbstständiges Schlichtungsverfahren an. Das Statut des SGH betont aber auch im schiedsgerichtlichen Verfahren in besonderem Umfang den Schlichtungsgedanken, was darin zum Ausdruck kommt, dass jedem Schiedsverfahren vor dem SGH eine obligatorische Schlichtungsphase vor dem Einzelrichter oder dem Vorsitzenden des Spruchkörpers vorausgeht.⁸⁵ Ein Verfahren, das zur Wahrung des Familienfriedens im erbrechtlichen Bereich von besonderer Relevanz und von besonderem Interesse für den Erblasser sein dürfte. Wird das Schiedsverfahren in der Schlichtungsphase beendet, ergeben sich auch erhebliche Kostenreduzierungen.

III. Festlegung der Größe des Spruchkörpers

Vorgelagert zur Bestimmung der Person des Schiedsrichters sollte in der letztwilligen Schiedsklausel festgelegt werden, in welcher Stärke der Spruchkörper zu besetzen ist. Die wohl am häufigsten gewählte Besetzungsgröße eines Schiedsgerichts ist die mit nur einem Einzelschiedsrichter, wobei sich in der Praxis auch durchaus Verfahren finden, in denen ein Spruchkörper aus drei Schiedsrichtern gebildet wird.

Die Regelungen der ZPO und jene der unterschiedlichen Schiedsordnungen sehen durchaus nicht einheitlich entweder die Besetzung mit einem Einzelrichter oder mit einem Dreiergremium als Regelfall vor, weshalb sich in jedem Fall eine zumindest klarstellende Bestimmung in der letztwilligen Schiedsklausel empfiehlt.

Grundsätzlich könnten auch noch andere Besetzungen angeordnet werden, zB ein Fünfergremium. Dies wäre jedoch vollkommen unüblich. Allenfalls bei Mehrparteien-schiedsgerichten könnte sich hierfür eine Rechtfertigung finden lassen, falls nämlich jeder teilnehmenden Partei ein Benennungsrecht zugestanden werden soll.

Da mit jeder Vergrößerung des Spruchkörpers eine Kostensteigerung und – soweit die Vergrößerung nicht ausnahmsweise wegen der Komplexität der Sache angezeigt ist – auch eine potentielle zeitliche Verzögerung verbunden ist, ist die Entscheidung durch einen Einzelrichter wohl zurecht die in der Schiedspraxis am häufigsten anzutreffende Form.

IV. Bestimmung der Person des Schiedsrichters

Der Erblasser muss es, wie bereits dargestellt, nicht dabei bewenden lassen, allgemein ein Schiedsgericht einzusetzen und die Bestimmung der Person des oder der Schiedsrichter in die Hände der Schiedsparteien oder einer schiedsgerichtlichen Institution zu legen.⁸⁶ Es steht ihm frei, in der letztwilligen Schiedsklausel auch bereits eine oder mehrere Personen seines Vertrauens für dieses Amt zu benennen.

1. Keine Benennung des Gestalters der letztwilligen Verfügung

Für die Beratungspraxis ist hervorzuheben, dass eine Benennung des Notars oder Rechtsanwalts, der an der Erstellung der letztwilligen Verfügung mitgewirkt hat, schon aus berufsrechtlichen Gründen unzulässig ist; vgl. § 3 Abs. 1 Nr. 1 BeurkG, § 45 Abs. 2 Nr. 2 BRAO.⁸⁷

2. Der Testamentsvollstrecker als Schiedsrichter

In der einschlägigen (Formular-)Literatur finden sich auch zahlreiche Darstellungen zur gleichzeitigen Einsetzung eines Testamentsvollstreckers zum Schiedsrichter,⁸⁸ was nach wohl mittlerweile ganz überwiegender Auffassung grundsätzlich zulässig ist.⁸⁹

Zweckmäßig erscheint eine solche Personalunion allerdings nicht. Denn es ist ebenso unstrittig, dass der zum Schiedsrichter berufene Testamentsvollstrecker für all jene Streitgegenstände ausscheidet, an denen er selbst beteiligt ist, und darüber hinaus für die Mehrzahl aller weiteren Streitgegenstände jedenfalls wegen Befangenheit abgelehnt werden kann (§§ 1032 Abs. 1, 41 f. ZPO).⁹⁰ Denn schon, wenn es um die Wirksamkeit des Testaments geht, mit welchem auch die Testamentsvollstreckung angeordnet worden ist, ist der Testamentsvollstrecker selbst betroffen.⁹¹ Darüber hinaus lässt sich nahezu jede Klage eines (vermeintlichen) Erben mit einer solchen gegen den Teilungsplan oder sonstige Maßnahmen des Testamentsvollstreckers verknüpfen, der spätestens damit als Beteiligter für das Schiedsrichteramt ausscheidet, jedenfalls aber aufgrund von Befangenheit abgelehnt werden kann, wenn er bereits Amtshandlungen vorgenommen hat, die einer Partei zum Vorteil gereicht haben.⁹²

Es liegt also nahe, von vornherein auf die Anordnung einer solchen Personalunion zu verzichten und eine ansonsten unbeteiligte Person zum Schiedsrichter zu benennen oder

⁸⁵ § 22 des Statuts des Schlichtungs- und Schiedsgerichtshofs Deutscher Notare (s. Fn. 10).

⁸⁶ S. hierzu bereits unter C. II.

⁸⁷ Böckstiegel/Happe, Schiedsgerichtsbarkeit in gesellschaftsrechtlichen und erbrechtlichen Angelegenheiten, 1996, S. 85 (92 f.); Tanck/Krug/Krug, NotarFormulare Testamente, 5. Aufl. 2015, § 18 Rn. 32; eingehend auch Dawirs, Das letztwillig angeordnete Schiedsverfahren – Gestaltungsmöglichkeiten, Diss. 2014, S. 123 ff.

⁸⁸ Vgl. etwa Kohler DNotZ 1962, 125 (133); Kersten/Bühling/Wegmann, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 26. Aufl. 2019, § 102 Rn. 80, 92 M letzterer jedoch bereits mit Ersatzregelung für den Fall des Ausschlusses des Schiedsrichters wegen eigener Betroffenheit; eine Zusammenstellung weiterer entsprechender Formulierungsbeispiele findet sich bei Böckstiegel/Happe, Schiedsgerichtsbarkeit in gesellschaftsrechtlichen und erbrechtlichen Angelegenheiten, 1996, S. 85 (92 f.).

⁸⁹ RG 27.9.1920 – IV 2/20, RGZ 100, 76 (78), insoweit bestätigt durch BGH 22.1.1964 – V ZR 37/62, NJW 1964, 1316 (1317); OLG Frankfurt 4.5.2012 – 8 U 62/11, RNotZ 2013, 238 (242); MüKoBGB/Leipold, 7. Aufl. 2017, BGB § 1937 Rn. 38; Haas ZEV 2007, 49 (54); Nieder/Kössinger, Handbuch der Testamentgestaltung, 5. Aufl. 2015, S. 812 Rn. 332; Böckstiegel/Schiffer, Schiedsgerichtsbarkeit in gesellschaftsrechtlichen und erbrechtlichen Angelegenheiten, 1996, S. 65 (75); Tanck/Krug/Krug, NotarFormulare Testamente, 5. Aufl. 2015, § 18 Rn. 32.

⁹⁰ Grunsky FS H. P. Westermann, 2008, 255 (258 f.); Schmoeckel/Otte, Schriften zum Notarrecht, IV.: Verfassungsrechtliche Grenzen der Gestaltungsmöglichkeiten im Familien-, Erb- und Gesellschaftsrecht, 2008, 62 (77); Nieder/Kössinger, Handbuch der Testamentgestaltung, 5. Aufl. 2015, S. 812 Rn. 332; Tanck/Krug/Krug, NotarFormulare Testamente, 5. Aufl. 2015, § 18 Rn. 33 f.

⁹¹ Tanck/Krug/Krug, NotarFormulare Testamente, 5. Aufl. 2015, § 18 Rn. 34.

⁹² Dazu ausführlich Schmoeckel/Otte, Schriften zum Notarrecht, IV.: Verfassungsrechtliche Grenzen der Gestaltungsmöglichkeiten im Familien-, Erb- und Gesellschaftsrecht, 2008, 62 (77).

jedenfalls durch die Benennung von Ersatzpersonen oder Benennungsberechtigten Vorsorge zu treffen.

3. Benennung von Ersatzpersonen oder -- institutionen

Soweit eine bestimmte Person benannt wird, sollte grundsätzlich die ebenso naheliegende Möglichkeit Berücksichtigung finden, dass der Benannte das Amt nicht übernehmen kann oder will. Abgesehen von den vorgenannten Fällen der eigenen Betroffenheit und den Fällen des Vorversterbens desjenigen, der als Schiedsrichter vorgesehen war, sind Fälle zu bedenken, in denen derjenige sich aus einem oftmals emotional aufgeladenen Streit heraushalten will. Gerade bei der Benennung von Vertrauenspersonen des Erblassers, welche oftmals auch eine besondere Nähe zu den möglichen Parteien eines Schiedsverfahrens aufweisen dürften, besteht darüber hinaus die Gefahr ihrer Befangenheit und damit ihrer Ablehnung durch eine der Parteien.⁹³

Es ist daher unbedingt anzuraten, zunächst nur Personen zu benennen, bei denen die Gefahr von Befangenheit wegen besonderer Nähe zu einer der voraussichtlichen Streitparteien gering ist und außerdem zusätzlich Regelungen für Ersatzpersonen zu treffen, die durch den Erblasser benannt werden und/oder deren Benennung in die Zuständigkeit eines staatlichen Gerichts oder einer Schiedsinstitution gelegt wird.⁹⁴

In vielen Fällen dürfte insbesondere letzteres in Konflikt mit dem Wunsch des Erblassers geraten, ihm nahestehende und vertraute Personen zu benennen. Zwar wird dies von dem Notar nicht als grundlegender Bestandteil seiner juristischen Beratungstätigkeit gefordert werden können, es ist jedoch mit Blick auf die spätere praktische Verwendbarkeit einer letztwilligen Schiedsklausel anzuraten, auch von notarieller Seite besonders darauf hinzuwirken, am Nachlass gänzlich Unbeteiligte als Schiedsrichter zu benennen. Die danach nicht zum Zuge kommenden Vertrauenspersonen könnten gegebenenfalls als Testamentsvollstrecker in Betracht kommen.

V. Bestimmung des anwendbaren Rechts nach § 1051 Abs. 1 ZPO

§ 1051 Abs. 1 ZPO erlaubt es den Parteien eines Schiedsverfahrens, das anwendbare Sachrecht selbst zu bestimmen. Soweit dies nicht erfolgt, hat das Schiedsgericht gem. § 1051 Abs. 2 ZPO die Sachnormen des Staates anzuwenden, „mit dem der Gegenstand des Verfahrens die engste Verbindung aufweist“. Die gängigen institutionellen Schiedsordnungen sehen hierzu eigene Regelungen vor, die sich inhaltlich aber im Wesentlichen mit jenen des § 1051 ZPO decken und vor allem eine freie Wahl des anzuwendenden Rechts erlauben.⁹⁵

Teilweise wird heute angenommen, dass eine solche Bestimmung des anzuwendenden Rechts nach § 1066 iVm § 1051 Abs. 1 ZPO grundsätzlich auch durch den Erblasser in seiner letztwillig angeordneten Schiedsklausel getroffen werden kann.⁹⁶

Allerdings finden sich in der Literatur zu (lebzeitigen) Schiedsvereinbarungen auch Stellungnahmen dahingehend, dass die Bestimmung des § 1051 Abs. 1 ZPO nur für Streitigkeiten anwendbar sei, die in vertraglichen Schuldverhältnissen und nicht in außervertraglichen – wie dem Erbrecht – ihre Grundlage haben.⁹⁷

Im Zusammenhang mit diesem Streitstand steht auch das Problem, ob durch die Befugnisse zur Bestimmung des im Schiedsverfahren anwendbaren Rechts die für Rechtswahlen nach den kollisionsrechtlichen Vorschriften geltenden Beschränkungen umgangen werden dürfen.⁹⁸

Dieser Streit wird seit Längerem in der Literatur mit Blick auf die Kollisionsnormen des EGBGB geführt.⁹⁹ Seit dem Inkrafttreten der EuErbVO ist jedenfalls im Bereich des Erbrechts allerdings ein weiteres beachtliches Argument in der Diskussion hinzugekommen: So wird seitdem vorgebracht, dass nach Art. 22 Abs. 1, 24 Abs. 2, 25 Abs. 3 EuErbVO die Möglichkeiten des Erblassers, eine Rechtswahl für das auf seine Erbfolge sowie die Zulässigkeit und Wirksamkeit seiner letztwilligen Verfügung anwendbare Recht zu treffen, stark beschränkt¹⁰⁰ sind. Gegenüber § 1051 Abs. 1 ZPO als einfachgesetzlichem nationalen Recht genieße die EuErbVO Anwendungsvorrang.¹⁰¹ Dies dürfte im Anwendungsbereich der EuErbVO zur Folge haben, dass der Erblasser in einer letztwilligen Schiedsklausel kein durch das Schiedsgericht anzuwendendes Sachrecht bestimmen kann, das nicht auch nach der EuErbVO gewählt werden könnte.

Da den Erben oder sonstigen Nachlassbeteiligten nach der EuErbVO gar keine Rechtswahlmöglichkeit eröffnet ist, wäre nach dieser Auffassung für sie wohl keinerlei Rechtswahl nach § 1051 Abs. 1 ZPO möglich.¹⁰²

Die Gegenauffassung will dahingegen sowohl durch den Erblasser wie auch nach Eintritt des Erbfalls durch die Parteien eine nur durch den *ordre public* begrenzte Rechtswahl erlauben.¹⁰³

Angesichts der damit verbundenen Rechtsunsicherheit ist Erblassern anzuraten, entweder gänzlich auf eine Bestimmung nach § 1051 Abs. 1 ZPO zu verzichten¹⁰⁴ oder jedenfalls in der letztwilligen Schiedsklausel nur ein anzuwendendes Recht zu wählen, das auch nach der EuErbVO gewählt werden könnte.

93 Grunsky FS H. P. Westermann, 2008, 255 (257).

94 So auch Grunsky FS H. P. Westermann, 2008, 255 (257).

95 Vgl. § 24 Abs. 1 des Statuts des Schlichtungs- und Schiedsgerichtshofs Deutscher Notare (s. Fn. 10); § 8 Abs. 1 der Schiedsordnung der Deutschen Schiedsgerichtsbarkeit für Erbstreitigkeiten e. V. (s. Fn. 80); Art. 24 der DIS-Schiedsgerichtsordnung 2018 (s. Fn. 77).

96 Dawirs, Das letztwillig angeordnete Schiedsverfahren – Gestaltungsmöglichkeiten, Diss. 2014, S. 179; Böckstiegel/Happe, Schiedsgerichtsbarkeit in gesellschaftsrechtlichen und erbrechtlichen Angelegenheiten, 1996, S. 85 (92); wohl auch Haas ZEV 2007, 49 (54).

97 MüKoZPO/Münch, 5. Aufl. 2017, ZPO § 1051 Rn. 21 mwN; Bandel NotBZ 2006, 381 (384) aA Musielak/Voit/Voit, ZPO, 16. Aufl. 2019, § 1051 Rn. 3 mwN.

98 Haas ZEV 2007, 49 (54).

99 Vgl. zum Streitstand Musielak/Voit/Voit, ZPO, 16. Aufl. 2019, § 1051 Rn. 3 mwN.

100 Grundsätzlich gewählt werden kann nur das Recht der Staatsangehörigkeit zum Zeitpunkt der Rechtswahl oder zum Todeszeitpunkt.

101 Mankowski ZEV 2014, 395 (399 f.).

102 So wohl Mankowski ZEV 2014, 395 (399).

103 Musielak/Voit/Voit, ZPO, 16. Aufl. 2019, § 1051 Rn. 3 mwN.

104 So iE wohl Bandel NotBZ 2006, 381 (384).

Bei erkennbaren internationalen Bezügen wäre im Interesse der Rechtssicherheit aus Sicht des Verfassers folgendes Vorgehen anzuraten, welches aus heutiger Sicht die geringsten Risiken bergen dürfte:

Ist die Anwendbarkeit von ausländischem Erbrecht möglich und wird daher in der letztwilligen Verfügung ohnehin eine Rechtswahl getroffen, sollte es in aller Regel im Interesse des Erblassers liegen, klarstellend festzuhalten, dass auch das Schiedsgericht nur nach den Sachvorschriften der gewählten Rechtsordnung zu entscheiden hat. Eine abweichende nachträgliche Vereinbarung der Parteien dürfte vom Erblasser in diesen Fällen nicht gewollt und mit einer solchen Regelung ausgeschlossen sein.

Erfolgt ansonsten keine Rechtswahl in der letztwilligen Verfügung, geschieht dies in der Regel deshalb, weil der Erblasser nicht vorhat, seinen gewöhnlichen Aufenthalt ins Ausland zu verlegen und ohnehin von der Anwendbarkeit des deutschen Erbrechts ausgeht. In diesem Fall sollte die Möglichkeit bestehen, anzuordnen, dass für das Schiedsverfahren deutsches Recht bzw. das nach dem deutschen/europäischen Kollisionsrecht maßgebliche Sachrecht gelten soll.¹⁰⁵ Angezeigt erscheint dies, wenn irgendein internationaler Bezug erkennbar wird, der Erblasser zB eine von seinem gewöhnlichen (inländischen) Aufenthalt abweichende Staatsangehörigkeit besitzt. Dies könnte nämlich dazu führen, dass das Schiedsgericht bei Anwendung des § 1051 Abs. 2 ZPO bzw. der jeweiligen Vorschrift der einschlägigen Schiedsordnung eine engere Verbindung zum Heimatrechtstaat erkennt und eine nicht gewollte Rechtsordnung zur Anwendung bringt.

VI. Entscheidung nach Billigkeit gemäß § 1051 Abs. 3 ZPO

§ 1051 Abs. 3 ZPO erlaubt es einem Schiedsgericht, seine Entscheidung ohne Bindung an eine Rechtsordnung nur nach Billigkeit zu treffen, wenn die Parteien eine solche Ermächtigung erteilen. Entsprechende Regelungen bzw. Verweise sehen die dargestellten Schiedsordnungen des SGH, der DIS und der DSE vor.¹⁰⁶

Eine dem Schiedsgericht so pauschal durch den Erblasser eingeräumte Befugnis verstößt nach mittlerweile wohl herrschender Auffassung jedoch gegen § 2065 BGB oder jedenfalls gegen den Grundsatz der Höchstpersönlichkeit, welcher in dieser Norm Anklang findet. Der Erblasser hat grundsätzlich selbst über den Inhalt seiner letztwilligen Verfügungen zu entscheiden. Diese Entscheidung kann er nicht grundsätzlich auf ein Schiedsgericht delegieren, das losgelöst von jeglicher Bindung an eine Rechtsordnung über die Gültigkeit und Auslegung der letztwilligen Verfügung entscheidet. Daher soll es dem Erblasser nicht möglich sein, dem Schiedsgericht generell eine Entscheidung nach Billigkeit zu erlauben.¹⁰⁷

Nur in den Fällen, in denen das materielle Recht ausdrücklich Billigkeitsentscheidungen durch vom Erblasser er-

nannte Dritte zulässt, etwa in § 2048 S. 2 BGB, der es erlaubt die Auseinandersetzung nach dem billigen Ermessen eines Dritten vornehmen zu lassen, soll eine solche Delegation möglich sein. Hierbei handelt es sich dann jedoch nicht um eine Entscheidung nach Billigkeit durch das Schiedsgericht aufgrund einer generellen Bestimmung nach § 1051 Abs. 3 ZPO, sondern um die Ausnutzung einer durch das materielle Recht eröffneten und durch den Erblasser eingeräumten gesonderten Ermächtigung, die auch einem anderen Dritten, der nicht Schiedsrichter ist, erteilt werden kann.¹⁰⁸ Inwieweit solche Einzelermächtigungen auch dem Schiedsgericht erteilt werden können, ist gesondert unter Ziff. VII. zu erläutern.

Von der Einräumung einer Befugnis nach § 1051 Abs. 3 ZPO ist abzuraten. Unabhängig von den soeben dargestellten, gegen deren Zulässigkeit sprechenden Gründen, dürfte es auch in aller Regel nicht im Interesse des Erblassers liegen, dass der Schiedsrichter mehr oder weniger unvorhersehbar nach Billigkeit über die Auslegung und Wirksamkeit seiner letztwilligen Anordnungen entscheidet.¹⁰⁹

Nicht zu verhindern sein dürfte, dass sich die Schiedsparteien einvernehmlich darauf verständigen, dass das Schiedsgericht nach Billigkeit entscheiden soll, worauf der Erblasser gegebenenfalls hinzuweisen wäre.

VII. Zuweisung von schiedsgutachterlichen Bestimmungsrechten

Bereits dargestellt wurde die grundsätzliche Zulässigkeit einer Personalunion von Testamentsvollstrecker und Schiedsrichter, welche sich in der Praxis jedoch oftmals als unzweckmäßig erweisen dürfte.¹¹⁰

Immer wieder tauchen auch Vorschläge auf, dem Schiedsgericht bzw. dem Schiedsrichter weitere zusätzliche Befugnisse, insbesondere Bestimmungsrechte, zu übertragen, die ebenfalls nicht zwingend mit der Funktion als rechtsprechende Instanz verknüpft sind.

Als gesetzlich normierte Ausnahmen zum Höchstpersönlichkeitsgrundsatz aus § 2065 BGB erlauben es verschiedene erbrechtliche Normen ausdrücklich, dass der Erblasser bestimmte Entscheidungen, welche seine Erbfolge und die Abwicklung seines Nachlasses betreffen, in die Hände eines von ihm benannten Dritten legt und diesem hierbei

¹⁰⁵ Zum Streitstand hinsichtlich der Zulässigkeit einer Anordnung/Vereinbarung nach § 1051 Abs. 1 ZPO im erbrechtlichen Bereich vgl. Fn. 96 und 97.

¹⁰⁶ Vgl. § 24 Abs. 2 des Statuts des Schlichtungs- und Schiedsgerichtshofs Deutscher Notare (s. Fn. 10); § 8 Abs. 1 der Schiedsordnung der Deutschen Schiedsgerichtsbarkeit für Erbstreitigkeiten e. V. (s. Fn. 80); Art. 24.4 der DIS-Schiedsgerichtsordnung 2018 (s. Fn. 77).

¹⁰⁷ *Bandel* NotBZ 2006, 381 (384); *Crezelius* FS H.P. Westermann, 2008, 161 (169); *MüKoBGB/Leipold*, 7. Aufl. 2017, BGB § 1937 Rn. 37; *Mankowski* ZEV 2014, 395 (398); *Schmoeckel/Otte*, Schriften zum Notarrecht, IV.: Verfassungsrechtliche Grenzen der Gestaltungsmöglichkeiten im Familien-, Erb- und Gesellschaftsrecht, 2008, 62 (70 f.); *Otte* FS Rheinisches Notariat, 1998, 241 (255 f.); *Dawirs*, Das letztwillig angeordnete Schiedsverfahren – Gestaltungsmöglichkeiten, Diss. 2014, S. 179 ff.; aA *Böckstiegel/Happe*, Schiedsgerichtsbarkeit in gesellschaftsrechtlichen und erbrechtlichen Angelegenheiten, 1996, S. 85 (92); *Haas* ZEV 2007, 49 (54).

¹⁰⁸ *MüKoBGB/Leipold*, 7. Aufl. 2017, BGB § 1937 Rn. 37; instruktiv *Schmoeckel/Otte*, Schriften zum Notarrecht, IV.: Verfassungsrechtliche Grenzen der Gestaltungsmöglichkeiten im Familien-, Erb- und Gesellschaftsrecht, 2008, 62 (70 f.); *Otte* FS Rheinisches Notariat, 1998, 241 (255 f.).

¹⁰⁹ So iE auch *Bandel* NotBZ 2006, 381 (384); iE rät auch *Böckstiegel/Happe*, Schiedsgerichtsbarkeit in gesellschaftsrechtlichen und erbrechtlichen Angelegenheiten, 1996, S. 85 (92), der eine Ermächtigung nach § 1051 Abs. 3 ZPO grundsätzlich für zulässig hält, von der Erteilung einer solchen ab, da eine auf dieser Grundlage getroffene Entscheidung auf weniger Akzeptanz bei den Parteien stoßen werde.

¹¹⁰ Vgl. dazu bereits unter C. II. 2.

einen Entscheidungsspielraum zubilligt. Namentlich geht es um folgende Befugnisse:

- Die Entscheidung über die Auseinandersetzung des Nachlasses zwischen mehreren Erben (§ 2048 S. 2 BGB);
- die Auswahl zwischen mehreren mit einem Vermächtnis Bedachten, welches nur einer von ihnen erhalten soll (§ 2151 BGB), bzw. die Bestimmung, welchen Anteil jeder zu erhalten hat (§ 2153 BGB);
- die Konkretisierung eines Wahl-, Gattungs- oder Zweckvermächtnisses (§§ 2154-2156 BGB);
- die Bestimmung der von einer Auflage begünstigten Person (§ 2193 BGB);
- die Bestimmung der Person des Testamentsvollstreckers (§ 2198 BGB) sowie
- die von Rechtsprechung und Literatur anerkannte Möglichkeit, einen Dritten zu ermächtigen, darüber zu entscheiden, in wessen Person vom Erblasser hinreichend bestimmte Bedingungen eingetreten sind, die Voraussetzung für dessen Erbenstellung sind.¹¹¹

Es dürfte heute unbestritten sein, dass mit diesen im Folgenden zusammenfassend als Bestimmungsrechte bezeichneten Befugnissen auch ein oder mehrere Schiedsrichter betraut werden können.¹¹²

Nicht einheitlich wird jedoch die für deren Ausgestaltung nicht unwesentliche Einstufung solcher Bestimmungsrechte vorgenommen, wenn diese Rechte einem Schiedsrichter zugewiesen werden.

Teilweise wird wohl aus der Tatsache, dass das materielle Recht dem Erblasser diese Delegationsbefugnisse zugesteht, der Schluss gezogen, dass dann auch eine entsprechende Befugnis an das Schiedsgericht als solches, also als rechtsprechende Instanz, delegiert werden kann.¹¹³

Wohl überwiegend wird in der Literatur jedoch eine differenzierende Position eingenommen: Wird dem Schiedsgericht ein derartiges Bestimmungsrecht zugestanden, soll damit der Person des Schiedsrichters diese Befugnis so eingeräumt werden, wie sie auch jedem Dritten eingeräumt werden könnte. Das Bestimmungsrecht soll also tatsächlich gar nicht dem Schiedsgericht, sondern den zu Schiedsrichtern berufenen Personen in einer anderen Funktion zugewiesen werden, nämlich als Schiedsgutachter.¹¹⁴

Die Unterscheidung wird vor allem dort relevant, wo das Gesetz ausdrücklich bestimmt, dass eine vom Bestimmungsberechtigten getroffene Billigkeitsentscheidung gerichtlicher Überprüfung unterliegt, wie etwa nach § 2048 S. 3 oder §§ 2156 S. 2, 319 Abs. 1 S. 2 BGB.¹¹⁵ Nach der erstgenannten Auffassung wäre die (schieds-)gerichtliche Bestimmung wohl als abschließend anzusehen, sofern man nicht noch eine Kontrolle durch ein staatliches Gericht für notwendig erachtet, weil man die gesetzlich angeordnete Überprüfbarkeit der Billigkeitsentscheidung insoweit als zwingend ansieht.¹¹⁶ Geht man mit der anderen Auffassung von einer schiedsgutachterlichen Bestimmung durch den zum Schiedsrichter Berufenen aus, wäre die nachfolgende gerichtliche Überprüfung durch das Schiedsgericht vorzunehmen. Da auch hier der Schiedsrichter nicht Richter in eigener Sache sein kann, wäre auf einen Ersatzschiedsrichter zurückzugreifen.¹¹⁷

Um diese Schwierigkeiten von vornherein zu vermeiden liegt es nahe, solche Bestimmungsrechte schlichtweg nicht den Personen zuzuweisen, die man als Schiedsrichter benennt, ansonsten jedenfalls aber Ersatzschiedsrichter zu benennen.¹¹⁸ Falls solche Bestimmungsrechte Eingang in eine letztwillige Verfügung finden sollen, muss immer auch der Fall berücksichtigt werden, dass ihre Ausübung unter Umständen auch außerhalb bzw. im Vorfeld eines schiedsgerichtlichen Verfahrens möglich sein muss. Anzuraten wäre es daher, die Bestimmungsberechtigten namentlich zu benennen. Insbesondere stellt es eine vermeidbare Erschwerung dar, falls eine Bestimmung durch Schiedsrichter erfolgen soll, die erst in einem Schiedsverfahren auszuwählen wären. Zur reinen (unstreitigen) Nachlassabwicklung wäre hier ein schiedsgerichtliches Verfahren zu beginnen, ausschließlich mit dem Ziel, den Bestimmungsberechtigten festzulegen.

Die pauschale Zuweisung von Bestimmungsrechten innerhalb der Schiedsklausel scheint danach auch grundsätzlich unterlegen gegenüber einer differenzierten Ausgestaltung des jeweiligen Bestimmungsrechts. Gerade wenn die Abfassung der letztwilligen Verfügung unter Zuhilfenahme eines Notars erfolgt, kann darauf geachtet werden, bei dem jeweiligen Bestimmungsrecht die Person des Bestimmungsberechtigten (die im besten Fall vom benannten Schiedsrichter abweicht) einzelfallorientiert festzulegen.¹¹⁹ Wenn ausreichend geeignete Personen zur Verfügung stehen, wäre der beim heutigen Meinungsstand sicherste Weg wohl die ausdrückliche Benennung eines Be-

111 Vgl. dazu etwa MüKoBGB/Leipold, 7. Aufl. 2017, BGB § 2065 Rn. 14 f. mwN. Hierbei handelt es sich – auch wenn nachfolgend unter diesem Begriff zusammengefasst – selbstredend nicht um ein echtes Bestimmungsrecht, da der Dritte nur den Bedingungseintritt feststellt und nicht selbst den Begünstigten bestimmt.

112 Vgl. *Bandel* NotBZ 2006, 381 (385); *Crezelius* FS H. P. Westermann, 2008, 161 (169 f.); *Grunsky* FS H. P. Westermann, 2008, 255 (265 f.); MüKoBGB/Leipold, 7. Aufl. 2017, BGB § 1937 Rn. 37; *Schmoeckel/Otte*, Schriften zum Notarrecht, IV.: Verfassungsrechtliche Grenzen der Gestaltungsmöglichkeiten im Familien-, Erb- und Gesellschaftsrecht, 2008, 62 (71 f.); *Otte* FS Rheinisches Notariat, 1998, 241 (254 ff.); *Kohler* DNotZ 1962, 125 (131 ff.); *Haas* ZEV 2007, 49 (54).

113 *Kohler* DNotZ 1962, 125 (131 ff.); MüKoBGB/Leipold, 7. Aufl. 2017, BGB § 1937 Rn. 37; mit abw. Begründung so auch *Bandel* NotBZ 2006, 381 (385).

114 *Grunsky* FS H. P. Westermann, 2008, 255 (265 f.); *Lange* ZJP 128 (2015), 407 (428 f.); *Schmoeckel/Otte*, Schriften zum Notarrecht, IV.: Verfassungsrechtliche Grenzen der Gestaltungsmöglichkeiten im Familien-, Erb- und Gesellschaftsrecht, 2008, 62 (71 f.); *Otte* FS Rheinisches Notariat, 1998, 241 (254 ff.); wohl auch *Haas* ZEV 2007, 49 (54).

115 *Schmoeckel/Otte*, Schriften zum Notarrecht, IV.: Verfassungsrechtliche Grenzen der Gestaltungsmöglichkeiten im Familien-, Erb- und Gesellschaftsrecht, 2008, 62 (71) gibt zu bedenken, dass es nicht ausgeschlossen ist, auch in den übrigen genannten Fällen einer von Dritten zu treffenden Billigkeitsentscheidung, in denen deren gerichtliche Überprüfung gesetzlich nicht ausdrücklich angeordnet ist, dennoch von einer entsprechenden gerichtlichen Überprüfbarkeit auszugehen.

116 Vgl. *Schmoeckel/Otte*, Schriften zum Notarrecht, IV.: Verfassungsrechtliche Grenzen der Gestaltungsmöglichkeiten im Familien-, Erb- und Gesellschaftsrecht, 2008, 62 (73).

117 *Bandel* NotBZ 2006, 381 (385); *Grunsky* FS H. P. Westermann, 2008, 255 (266); *Haas* ZEV 2007, 49 (54).

118 So auch *Bandel* NotBZ 2006, 381 (385).

119 Dies kann etwa die nachfolgend wiedergegebene Musterklausel des SGH (Ziff. G. I. 1.) nicht leisten, welche in ihrem letzten Absatz hierzu allgemeine Regelungen enthält, die vom notariellen Vertragsgestalter an die jeweilige letztwillige Verfügung anzupassen sind. Sofern dennoch eine allgemeine Regelung erfolgen soll, findet sich ein empfehlenswerter, aber umfangreicher Vorschlag für eine schiedsgutachterliche Regelung und deren Einbindung ins Schiedsverfahren in den Mustern von *Bandel* NotBZ 2006, 381 (390 ff.).

stimmungsberechtigten, der nicht zum Schiedsrichter berufen wird.

Die wenigsten letztwilligen Verfügungen beinhalten derartige Bestimmungsrechte. Im Regelfall könnte damit grundsätzlich auch auf deren Berücksichtigung bei einer Schiedsklausel verzichtet werden. Am häufigsten wird wohl noch die Billigkeitsentscheidung über die Nachlassauseinandersetzung nach § 2048 S. 2 BGB in Betracht kommen.

VIII. Form der Schiedsklausel

Aus § 1066 ZPO, der bestimmt, dass Schiedsgerichte „in gesetzlich statthafter Weise“ in der letztwilligen Verfügung angeordnet werden können, wird heute allgemein entnommen, dass an die Form einer Schiedsklausel in einem Testament oder Erbvertrag nur die allgemeinen Formanforderungen zu stellen sind, die auch ansonsten an diese letztwilligen Verfügungen zu stellen sind.¹²⁰ Die Schiedsklausel kann dabei als sonstiger Bestandteil neben weiteren Regelungen in einer solchen Verfügung getroffen werden oder für sich alleine stehen.¹²¹

1. Formanforderungen aus § 1031 Abs. 5 ZPO

Für eine Schiedsklausel, welche (auch) für lebzeitige Streitigkeiten zwischen den Testierenden einer mehrseitigen letztwilligen Verfügung von Todes wegen Geltung entfalten soll, wird überwiegend davon ausgegangen, dass die allgemein für Schiedsvereinbarungen einschlägigen Formvorschriften aus § 1031 ZPO insoweit zu beachten seien.¹²² Das wesentliche insoweit relevante zusätzliche Formerfordernis ergibt sich aus § 1031 Abs. 5 ZPO. Hiernach muss eine Schiedsvereinbarung, an der ein Verbraucher beteiligt ist, zwingend in einem gesonderten Schriftstück enthalten sein, das keine anderen Regelungen als solche zum Schiedsverfahren beinhaltet. In der heute geltenden Fassung des Gesetzes ergibt sich aus § 1031 Abs. 5 S. 3 Hs. 2 ZPO eine wesentliche Einschränkung dieses Trennungsgebots: Es gilt nicht, wenn die übrigen Regelungen und die Schiedsvereinbarung notariell beurkundet werden. In der notariellen Praxis spielt dieses Trennungsgebot damit keine Rolle.¹²³

Darüber hinaus ist festzuhalten, dass nach vorzugswürdiger Auffassung die für Schiedsvereinbarungen geltenden Formanforderungen nur hinsichtlich der Unterwerfung von *lebzeitigen* Streitigkeiten der Vertragsbeteiligten unter die Schiedsgerichtsbarkeit Geltung beanspruchen können.¹²⁴ Der Erblasser selbst schließt für Streitfälle nach sei-

nem Ableben keine Schiedsvereinbarung mehr ab, sondern trifft insofern allenfalls eine letztwillige Schiedsverfügung im Sinne von § 1066 ZPO, für die kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung ausschließlich die Formanforderungen für letztwillige Verfügungen gelten.¹²⁵ Einer Entscheidung des Oberlandesgerichts Hamm aus dem Jahr 1990,¹²⁶ welche noch zu einer heute nicht mehr gültigen Gesetzesfassung ergangen ist, wird jedoch teilweise entnommen, dass jenes Gericht die Formanforderungen aus § 1031 Abs. 5 ZPO grundsätzlich für anwendbar gehalten hat, soweit Streitigkeiten erfasst sein sollen, die an einem Erbvertrag (gleiches müsste dann für ein gemeinschaftliches Testament gelten) beteiligte Personen betreffen.¹²⁷ Für den Abschluss nicht beurkundeter Ehegattentestamente wäre daher als sicherster Weg zu raten, die Schiedsvereinbarung in einer gesonderten Urkunde zu vereinbaren und dabei auch die Anforderungen, die an ein Ehegattentestament zu stellen sind, einzuhalten.¹²⁸

2. Formanforderungen bei Verweis auf eine Schiedsordnung

Für Schiedsklauseln, welche auf eine bestehende Schiedsordnung Bezug nehmen, bestand lange Zeit Unsicherheit über den Umfang der Beurkundungsbedürftigkeit. Wurde das zu beurkundende Hauptgeschäft mit einer solchen Schiedsklausel beurkundet, war streitig, ob auch die in Bezug genommene Schiedsordnung selbst – gegebenenfalls unter Rückgriff auf eine Verweisung nach § 13 a BeurkG – zu beurkunden war.¹²⁹ Für die Rechtspraxis hat der Bundesgerichtshof spätestens im Jahr 2014 Klarheit dahingehend geschaffen, dass sich die Beurkundungsbedürftigkeit nicht auf die Schiedsordnung selbst erstreckt, sondern ein Verweis auf die jeweilige Schiedsordnung einer bestimmten Schiedsinstitution ausreichend ist.¹³⁰ Als äußerst vorsorgliche Gestaltung wird heute dennoch teilweise statt einem direkten Verweis auf eine institutionelle Schiedsordnung ein Bestimmungsrecht entsprechend § 317 BGB vorgesehen. So sieht der Vorschlag des SGH vor, dass der Sekretär des SGH dazu ermächtigt wird, das aktuelle Statut des SGH als Schiedsordnung zu bestimmen.¹³¹

F. Fazit

Die Anordnung eines Schiedsgerichts für erbfallbezogene Streitigkeiten bereits durch den Erblasser sollte insbesondere in Situationen in Betracht gezogen werden, bei denen entweder bereits zum Zeitpunkt der Errichtung der letztwilligen Verfügung ein späterer Konflikt zwischen den Nachlassbeteiligten absehbar ist oder die Zusammensetzung des Nachlasses oder in der Person der Nachlassbetei-

120 MüKoBGB/Leipold, 7. Aufl. 2017, BGB § 1937 Rn. 29 mwN.

121 Grunsky FS H. P. Westermann, 2008, 255 (256).

122 Bandel NotBZ 2006, 381 (388); Hass ZEV 2007, 49 (51 f.); MüKoBGB/Leipold, 7. Aufl. 2017, BGB § 1937 Rn. 30; Musielak/Voit/Voit, ZPO, 16. Aufl. 2019, § 1066 Rn. 5; aA wohl Schmoeckel/Otte, Schriften zum Notarrecht, IV.: Verfassungsrechtliche Grenzen der Gestaltungsmöglichkeiten im Familien-, Erb- und Gesellschaftsrecht, 2008, 62 (63).

123 Sofern man die reine Fertigung des Entwurfs für ein privatschriftliches gemeinschaftliches (Ehegatten-/Lebenspartner-)Testament mit Schiedsvereinbarung außer Acht lässt. So iE wohl auch Schmoeckel/Otte, Schriften zum Notarrecht, IV.: Verfassungsrechtliche Grenzen der Gestaltungsmöglichkeiten im Familien-, Erb- und Gesellschaftsrecht, 2008, 62 (Fn. 9).

124 So etwa Schmoeckel/Otte, Schriften zum Notarrecht, IV.: Verfassungsrechtliche Grenzen der Gestaltungsmöglichkeiten im Familien-, Erb- und Gesellschaftsrecht, 2008, 62 (63 f.); Bandel NotBZ 2006, 381 (388) mwN.

125 Eingehend Schmoeckel/Otte, Schriften zum Notarrecht, IV.: Verfassungsrechtliche Grenzen der Gestaltungsmöglichkeiten im Familien-, Erb- und Gesellschaftsrecht, 2008, 62 (63 f.).

126 OLG Hamm 8.10.1990 – 8 U 38/90, NJW-RR 1991, 455 (456).

127 Bandel NotBZ 2006, 381 (388); wohl auch MüKoBGB/Leipold, 7. Aufl. 2017, BGB § 1937 Rn. 30; Lange ZJP 128 (2015), 407 (410).

128 So auch Bandel NotBZ 2006, 381 (388).

129 Vgl. dazu ausführlich Schmitz RNotZ 2003, 591 (603 f.); Tröder Mit-RhNotK 2000, 379 (380 f.).

130 BGH 24.7.2014 – III ZB 83/13, NJW 2014, 3652 (3654 f.) auch mwN zum Meinungsstand.

131 Vgl. dazu im Folgenden den Formulierungsvorschlag unter Ziff. G.I. 1.

ligten liegende Gründe die Vorteile, welche Schiedsverfahren bieten, in besonderem Maße nützlich erscheinen lassen. Letzteres kann insbesondere der Fall sein, wenn die Beteiligten eine öffentliche Auseinandersetzung vor den ordentlichen Gerichten möglichst vermeiden wollen oder wenn ein besonderes Interesse an einer schnellen (schieds-)gerichtlichen Entscheidung besteht. Dies dürfte zum Beispiel regelmäßig der Fall sein, wenn bei einer komplexeren Gestaltung der letztwilligen Verfügung Unternehmensbeteiligungen in den Nachlass fallen.

Dem Erblasser sollte jedoch von vornherein durch den Notar oder den sonstigen juristischen Berater vor Augen geführt werden, dass auch eine Schiedsklausel nicht sämtliche Streitigkeiten den staatlichen Gerichten entzieht und gerade Streitigkeiten um den Pflichtteil nicht erfasst.

Auch wenn eine letztwillige Schiedsklausel ein empfehlenswertes Element in solchen Konstellationen sein kann, sollten weitere Maßnahmen nicht außer Acht gelassen werden. Bestimmungsrechte für Dritte und die Anordnung einer Testamentsvollstreckung werden in vielen Fällen eine Nachlassabwicklung im Interesse des Erblassers sicherstellen können und können durch eine Schiedsklausel nur unterstützt werden. Eine einvernehmliche Streitbeilegung kann in vielen Fällen sicher auch schon durch eine Schlichtungsklausel¹³² erreicht werden.

Hierbei gilt es, für die Ausgestaltung einer Schiedsklausel hervorzuheben, dass die Benennung der gleichen Person zum Testamentsvollstrecker, Bestimmungsberechtigten und Schiedsrichter oft unzweckmäßig sein dürfte. Zumindest der Schiedsrichter sollte von diesen Funktionen getrennt werden. Grundsätzlich dürfte es auch zu empfehlen sein, statt der Anordnung eines Ad-hoc-Schiedsgerichts die Durchführung des Schiedsverfahrens in die Hände einer etablierten Schiedsinstitution und ihrer erprobten Schiedsordnung zu legen.

G. Muster¹³³

I. Letztwillige Schiedsklauseln im Einzeltestament bei Rückgriff auf eine Schiedsinstitution

Soll die Durchführung des Schiedsverfahrens grundsätzlich in die Hände einer Schiedsinstitution gelegt werden, so empfiehlt es sich, die von der jeweiligen Institution vorgeschlagenen letztwilligen Schiedsklauseln zu verwenden, die auf das jeweilige Statut abgestimmt sind.

Für die drei größten Schiedsinstitutionen, die im Deutschen Raum für die Durchführung erbrechtlicher Schiedsverfahren in Betracht kommen, werden nachfolgend die jeweiligen Vorschläge in der jeweils zurzeit für die Verwendung in einem Testament veröffentlichten Fassung wiedergegeben. Zu den Besonderheiten dieser Organisationen und der von Ihnen administrierten Schiedsverfahren vgl. bereits unter E. II. 3.

Unter G. III. finden sich bei Erbverträgen und gemeinschaftlichen Testamenten sinnvollerweise vorzunehmende Ergänzungen.

1. Schlichtungs- und Schiedsgerichtshof Deutscher Notare

Der Schlichtungs- und Schiedsgerichtshof Deutscher Notare („SGH“) empfiehlt, soweit durch eine Schiedsklausel in einem Testament seine Zuständigkeit begründet werden soll, die Verwendung der folgenden letztwilligen Schiedsklausel, die in ihrem letzten Satz auch die Ausstattung des Schiedsrichters mit schiedsgutachterlichen Befugnissen vorsieht:

„Alle Streitigkeiten, die die Wirksamkeit, die Auslegung meines Testaments oder die Regelung, Abwicklung oder Auseinandersetzung meines Nachlasses betreffen, werden unter Ausschluss des Rechtsweges zu den staatlichen Gerichten der Entscheidung des Schlichtungs- und Schiedsgerichtshofs Deutscher Notare – SGH (nachstehend der „SGH“) unterworfen.“

Das Sekretariat des SGH bestimmt gemäß § 317 BGB das auf das Schiedsverfahren anwendbare Verfahrens-Statut einschließlich Kostenordnung auf Grundlage des bei Einleitung eines Schiedsverfahrens geltenden Statuts nebst Kostenordnung. Die Beteiligten verzichten auf den Zugang der entsprechenden Erklärung des Sekretärs.

Der SGH prüft auch seine eigene Zuständigkeit und im Zusammenhang hiermit das Bestehen oder die Gültigkeit dieser Schiedsvereinbarung. Der SGH ist insbesondere auch zuständig für Maßnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes in vorgenanntem Bereich.

Das Schiedsgericht entscheidet insbesondere über alle Streitigkeiten, die zwischen Erben untereinander, zwischen Erben und Vermächtnisnehmern oder zwischen Erben und meinem Testamentsvollstrecker entstehen.“

[„Das Schiedsgericht kann nach seinem pflichtgemäßen Ermessen auch die Auseinandersetzung durchführen. Es ist also an die gesetzlichen Teilungsregeln nicht gebunden. Das Schiedsgericht entscheidet verbindlich über den Eintritt einer vom Erblasser angeordneten Bedingung und über die Bewertung des Nachlasses und seiner Bestandteile.“]

Vorstehende Klausel ist in ihrer aktuellen Fassung abrufbar über die Website des Deutschen Notarvereins.¹³⁴

Hinsichtlich der vorgesehenen Bestimmungsrechte¹³⁵ wird auf die Ausführungen unter Ziff. E. VII. und in Fn. 119 verwiesen, insbesondere auf die Empfehlung der ausdrücklichen Benennung eines (Ersatz-)Schiedsrichters oder vom Schiedsrichter personenverschiedenen Bestimmungsberechtigten.

Wird die Klausel ansonsten in dieser Form verwendet, ist nach dem Statut des SGH grundsätzlich ein Einzelrichter durch das Sekretariat des SGH zu benennen.¹³⁶ Die Einrichtung eines Spruchkörpers aus drei Schiedsrichtern

¹³² Zu Formulierungsvorschlägen für erbrechtliche Schlichtungsklauseln vgl. etwa *Schmitz-Vormoor* notar 2019, 188 (193 f.).

¹³³ Sehr ausführliche Muster finden sich etwa auch bei *Bandel* NotBZ 2006, 381 (390 ff.); zu kürzeren Mustern für Ad-hoc-Schiedsgerichte s. Fn. 151.

¹³⁴ <https://sgh.dnotv.de/der-sgh/musterklauseln/>.

¹³⁵ Diese sind in der Wiedergabe des Mustervorschlags vom Verfasser dieses Beitrags eingeklammert dargestellt.

¹³⁶ § 7 Abs. 1, Abs. 4 S. 1 des Statuts des Schlichtungs- und Schiedsgerichtshofs Deutscher Notare (s. Fn. 10).

würde nur auf Antrag einer Partei erfolgen.¹³⁷ Die Benennung der oder des Schiedsrichters durch die Parteien könnte nur erfolgen, wenn diese sich hierauf einigen.¹³⁸ Sollen bestimmte Personen durch den Erblasser benannt, die Größe des Spruchkörpers festgelegt oder die Auswahl der Schiedsrichter in die Hände der Parteien gelegt oder diesen unbedingt entzogen werden, müsste eine entsprechende Ergänzung der vorgeschlagenen Musterklausel erfolgen. Es sollte jedoch bei jeder Benennung insbesondere darauf geachtet werden, dass die Schiedsgerichte des SGH grundsätzlich durch Notare besetzt werden¹³⁹ und das Sekretariat des SGH die Führung von Verfahren ablehnen kann, wenn es die benannten Schiedsrichter für ungeeignet hält¹⁴⁰ oder eine notarielle Beteiligung nicht vorgesehen ist, was in der Regel dadurch sicherzustellen ist, dass der Einzelschiedsrichter oder der Vorsitzende des Schiedsrichtergremiums Notar ist.¹⁴¹

Bei Sachverhalten mit Auslandsbezug ist die Festlegung des anwendbaren Rechts anzudenken.¹⁴²

2. Deutsche Schiedsgerichtsbarkeit für Erbstreitigkeiten e. V.

Die Deutsche Schiedsgerichtsbarkeit für Erbstreitigkeiten e. V. („DSE“) empfiehlt auf ihrer Website¹⁴³ die Verwendung der folgenden, kürzer gefassten Klausel:

„Ich ordne an, dass alle Streitigkeiten, die durch meinen Erbfall hervorgerufen werden, unter Ausschluss der ordentlichen Gerichte der Deutschen Schiedsgerichtsbarkeit für Erbstreitigkeiten e. V. (Hauptstraße 18, 74918 Angeltal/Heidelberg) und ihrer jeweils gültigen Schiedsordnung unterworfen sind.“

Auch die Schiedsordnung der DSE sieht grundsätzlich die Entscheidung durch einen Einzelrichter vor, soweit in der Schiedsklausel keine anderweitige Anordnung getroffen worden ist.¹⁴⁴

Die Benennung der Schiedsrichter erfolgt durch den DSE-Vorstand unter Berücksichtigung der dort gelisteten Schiedsrichter, jedoch ist der DSE-Vorstand ausdrücklich an eine durch den Erblasser getroffene Auswahl auch nicht gelisteter Schiedsrichter gebunden;¹⁴⁵ vorbehaltlich etwaiger nachfolgender von den Parteien vorzubringender Ablehnungsgesuche wegen Besorgnis der Befangenheit.¹⁴⁶ Bei Sachverhalten mit Auslandsbezug ist die Festlegung des anwendbaren Rechts anzudenken.¹⁴⁷

137 § 7 Abs. 4 S. 2 des Statuts des Schlichtungs- und Schiedsgerichtshofs Deutscher Notare (s. Fn. 10).

138 Vgl. § 7 Abs. 3, § 8 Abs. 2 des Statuts des Schlichtungs- und Schiedsgerichtshofs Deutscher Notare (s. Fn. 10).

139 Vgl. § 7 Abs. 1 S. 2 des Statuts des Schlichtungs- und Schiedsgerichtshofs Deutscher Notare (s. Fn. 10).

140 Vgl. § 8 Abs. 2 des Statuts des Schlichtungs- und Schiedsgerichtshofs Deutscher Notare (s. Fn. 10).

141 Vgl. § 7 Abs. 3 des Statuts des Schlichtungs- und Schiedsgerichtshofs Deutscher Notare (s. Fn. 10).

142 Vgl. dazu bereits unter E. V.

143 Abrufbar in der jeweils aktuellen Fassung unter: <https://www.dse-erbrecht.de/downloads.htm>.

144 § 5 Abs. 1, 2 der Schiedsordnung der Deutschen Schiedsgerichtsbarkeit für Erbstreitigkeiten e. V. (s. Fn. 80).

145 § 5 Abs. 3 der Schiedsordnung der Deutschen Schiedsgerichtsbarkeit für Erbstreitigkeiten e. V. (s. Fn. 80).

146 § 6 der Schiedsordnung der Deutschen Schiedsgerichtsbarkeit für Erbstreitigkeiten e. V. (s. Fn. 80).

147 Vgl. dazu bereits unter E. V.

3. Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e. V.

Die Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e. V. („DIS“) hat keinen Vorschlag speziell für eine letztwillige Schiedsklausel oder eine erbrechtliche Schiedsvereinbarung veröffentlicht.

Unter Berücksichtigung des Vorschlags der DIS für Schiedsvereinbarungen im Allgemeinen¹⁴⁸ sollte jedoch eine Formulierung wie unter G. I. 2. zielführend sein, die gegebenenfalls zu ergänzen ist um Bestimmungen zu

- der Anzahl der Schiedsrichter,
- deren namentlicher Benennung,
- dem Verfahrensort sowie
- der Verfahrenssprache.¹⁴⁹

Erfolgt keine Bestimmung zur Größe und Zusammensetzung des Spruchkörpers, sieht die DIS-Schiedsordnung grundsätzlich ein dreiköpfiges Gremium vor, solange keine Partei mit ihrem Antrag auf Entscheidung durch einen Einzelschiedsrichter Erfolg hat.

Die Benennung der Schiedsrichter erfolgt dann zunächst, ähnlich wie nach dem gesetzlichen Modell der ZPO, durch die Parteien und hilfsweise unter Rückgriff auf eine Entscheidung durch den Ernennungsausschuss der DIS für die Benennung des Einzelschiedsrichters bzw. des Vorsitzenden, soweit keine Einigkeit zwischen den Parteien zu erzielen ist.¹⁵⁰

II. Letztwillige Schiedsklausel im Einzeltestament für Ad-hoc-Schiedsgericht

Soll (zunächst) auf die Vorteile verzichtet werden, die die Betreuung des Schiedsverfahrens durch eine schiedsgerichtliche Institution und die Bezugnahme auf eine erprobte Schiedsordnung bietet, und stattdessen das Schiedsverfahren ausschließlich nach den Bestimmungen des zehnten Buchs der ZPO – ergänzt nur durch die ausdrücklichen Anordnungen des Erblassers oder eine Einigung der späteren Parteien – durchgeführt werden, so kann sich der Erblasser auf die Anordnung eines bloßen Ad-hoc-Schiedsgerichts beschränken. Eine derartige Regelung erlaubt es den Parteien, die sich insoweit einig sind, natürlich auch, sich noch selbst für eine Schiedsinstitution zu entscheiden und dementsprechend eine ergänzende Schiedsvereinbarung zu treffen. Dies kann klarstellend auch in der letztwilligen Schiedsklausel festgestellt werden.

Eine letztwillige Schiedsklausel für ein Ad-hoc-Schiedsgericht könnte etwa wie folgt lauten:

„Streitigkeiten meiner Erben, Vermächtnisnehmer und der sonstigen durch meine letztwilligen Verfügungen Bedachten unter sich [oder mit dem Testamentsvollstrecker], welche sich bei der Auslegung oder Durchführung meiner

148 Vgl. die auf der Website der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e. V. abrufbaren Formulierungsvorschläge und Materialien: www.disarb.org/de/17/klauseln/uebersicht-id0.

149 Zur Aufnahme einer von der DIS für Schiedsverfügungen grundsätzlich angeratenen Bestimmung des anwendbaren Rechts vgl. unter E. V.

150 Vgl. hierzu insb. Art. 9-12 der DIS-Schiedsgerichtsordnung 2018 (s. Fn. 77).

letztwilligen Anordnungen ergeben, sind unter Ausschluss des Rechtswegs zu den staatlichen Gerichten durch [ein dreiköpfiges Schiedsgericht/einen Einzelrichter als Schiedsrichter] zu entscheiden.

Als Schiedsrichter benenne ich: [...]. Falls [ein/der] Schiedsrichter das Amt nicht ausüben kann oder will [benenne ich ersatzweise ... / so soll ... einen Ersatz benennen].

[Den Parteien soll es ausdrücklich freistehen, die Streitigkeit unter Berücksichtigung der von mir vorgenommenen Benennung der Schiedsrichter einvernehmlich der Schieds- und Kostenordnung einer Schiedsgerichtsinstitution zu unterstellen].¹⁵¹

Ergänzend kann es sinnvoll sein, außerdem noch Verfahrenssprache, Verfahrensort und anwendbares Sachrecht¹⁵² festzulegen. Dringend anzuraten ist jedenfalls eine Regelung zur Vergütung der Schiedsrichter, die etwa von Krug wie folgt vorgeschlagen wird:

„Der Schiedsrichter erhält für jeden Streitfall zwei Gebühren entsprechend der Gebührentabelle des RVG jeweils zuzüglich der entstandenen Auslagen und Mehrwertsteuer.“¹⁵³

III. Ergänzungen für Schiedsklauseln in Erbverträgen und gemeinschaftlichen Testamenten

1. Auch zwischen den Testierenden wirkende Schiedsvereinbarung

Es ist denkbar, dass es nach dem Abschluss eines Erbvertrages oder eines gemeinschaftlichen Testaments noch zu Lebzeiten der Vertragsschließenden bzw. Testierenden zu Streitigkeiten zwischen diesen kommt, die insbesondere die Ausübung von vorbehaltenen Rücktrittsrechten oder Einwendungen gegen die Wirksamkeit des Erbvertrags oder einzelner Bestandteile zum Gegenstand haben.

In der Regel dürften Beteiligte, welche bereits Streitigkeiten nach dem Versterben von zumindest einem von ihnen der Schiedsgerichtsbarkeit unterstellen wollen, ein Interesse daran haben, auch jene lebzeitigen Streitigkeiten der Schiedsgerichtsbarkeit zu unterwerfen. Da es insoweit nach der Systematik der §§ 1029, 1066 ZPO einer Schiedsvereinbarung in Abgrenzung zu einer letztwilligen Schiedsklausel¹⁵⁴ bedarf, sollte zB folgende inhaltliche Er-

gänzung zu den vorgenannten Mustern für letztwillige Schiedsklauseln in Testamenten erfolgen, wenn eine solche Eingang in einen Erbvertrag oder ein gemeinschaftliches Testament findet:

„Das Schiedsgericht entscheidet auch über jegliche lebzeitige Streitigkeiten zwischen den Beteiligten dieses [Erbvertrags/gemeinschaftlichen Testaments], die dessen Auslegung, Wirksamkeit oder Fortgeltung betreffen.“¹⁵⁵

Sollte das gemeinschaftliche Testament nicht notariell beurkundet werden, sollte die Schiedsvereinbarung vorsorglich zusätzlich in der Form des § 1031 Abs. 5 ZPO vorgenommen werden, also ergänzend auch auf einem gesondert unterzeichneten Dokument.¹⁵⁶

2. Änderungsbefugnisse für den Austausch der Schiedsrichter und der Schiedsinstitution

Soweit vertragsmäßige Verfügungen im Erbvertrag oder wechselbezügliche Verfügungen im gemeinschaftlichen Testament getroffen worden sind, wäre es nach Eintritt der Bindungswirkung dem Überlebenden nach wohl heute herrschender Meinung grundsätzlich nicht mehr möglich, eine letztwillige Schiedsklausel anzuordnen.¹⁵⁷ Unter dieser Voraussetzung liegt es nahe, den nachträglichen Wechsel der als Schiedsrichter benannten Personen oder der mit der Durchführung des Verfahrens betrauten Schiedsinstitution ebenfalls als unzulässig anzusehen, sofern hierdurch ein Schiedsverfahren geregelt würde, das eine bindende Verfügung betrifft. Damit der Überlebende aber reagieren kann, falls nach dem Eintritt der Bindungswirkung die als Schiedsrichter benannten Personen oder gar die benannte Schiedsinstitution wegfallen, empfiehlt es sich, zumindest die nachfolgende Ergänzung aufzunehmen:

„Nach dem Versterben des ersten von uns soll der Überlebende berechtigt sein, durch einseitige testamentarische Anordnung

- die vorstehend als Schiedsrichter benannten Personen auszutauschen und/oder
- den vorstehend mit der Durchführung des Schiedsverfahrens betrauten [...] sowie die dort in Bezug genommene Schiedsordnung nebst Kostenordnung durch eine andere Schiedsinstitution bzw. deren Schieds- und Kostenordnung auszutauschen.“

Alternativ kann noch weiter gegangen werden, indem die letztwillige Schiedsverfügung generell von der Bindungswirkung bzw. Wechselbezüglichkeit ausgenommen wird.¹⁵⁸ ■

151 Weitere Formulierungsvorschläge für Ad-hoc-Schiedsgerichtsklauseln finden sich bei Kersten/Bühling/Wegmann, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 26. Aufl. 2019, § 102 Rn. 92 M; Nieder/Kössinger, Handbuch der Testamentsgestaltung, 5. Aufl. 2015, § 15 Rn. 334; Tanck/Krug/Krug, NotarFormulare Testamente, 5. Aufl. 2015, § 18 Rn. 37.

152 S. hierzu unter E. V.

153 Nach Tanck/Krug/Krug, NotarFormulare Testamente, 5. Aufl. 2015, § 18 Rn. 37.

154 Vgl. dazu bereits unter B. I.

155 Vgl. auch Bengel/Reimann/Reimann, Handbuch der Testamentvollstreckung, 5. Aufl. 2013, Kap. 2 Rn. 122.

156 Vgl. dazu bereits unter E. VIII. 2.

157 S. dazu bereits unter E. I.

158 So Bandel NotBZ 2006, 381 (388 f.) mit entsprechendem Muster-vorschlag.

NOTARIN DR. KARIN RAUDE, AACHEN

Wunschkindvereinbarungen bei privaten Samenspenden unter besonderer Berücksichtigung des neuen Samenspenderregisterrechts

Inhaltsübersicht

A. Grundfragen der künstlichen Befruchtung mittels Samenspende

- I. Künstliche Insemination als kautelarjuristische Regelungsmaterie
- II. Sondersituation: Private Samenspende
 1. „Becherspende“
 2. „Konsentierter Seitensprung“
- III. Rechtliche Ausgangslage
 1. Abstammungsrecht
 2. Ärztliches Standesrecht
 3. Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung
 4. Neuerungen durch Einführung des Samenspenderregisters

B. Notarielle Wunschkindvereinbarungen bei künstlicher Befruchtung

- I. Zulässigkeit notarieller Vereinbarungen
- II. Typischer Inhalt notarieller Vereinbarungen
 1. Einwilligung des Wunschvaters und der Mutter
 2. Verpflichtung zur Vaterschaftsanerkennung/Adoption
 3. Vertraglicher Unterhaltsanspruch des Kindes und Freistellungsverpflichtung gegenüber dem Spender
 4. Verzicht auf Anfechtung der Vaterschaft
 5. Sonstige Vereinbarungen
- III. Zulässigkeit entsprechender Vereinbarungen nach Einführung des Samenspenderregisters

C. Fazit

A. Grundfragen der künstlichen Befruchtung mittels Samenspende

Mit dem Fortschreiten des medizinischen Fortschritts und der rechtlichen Gleichstellung alternativer Familienmodelle durch den deutschen Gesetzgeber ist auch die Nachfrage nach Kinderwunschbehandlungen weiter gestiegen. Eine ärztlich assistierte Kinderwunschbehandlung ist allerdings mit erheblichen Kosten verbunden, die durch die Krankenkassen nur in besonderen Konstellationen übernommen werden. Während im (auch europäischen) Ausland derartige Behandlungen auch unverheirateten und/oder gleichgeschlechtlichen Paaren sowie alleinstehenden Frauen offen stehen, ist die Rechtslage in Deutschland oft noch unsicher. Durch die Einführung des Samenspenderregisters im Juli 2018 ist nun für Samenspenden, die durch eine zentrale Entnahmestelle zur Verfügung gestellt wurden und die bei ärztlich assistierter künstlicher Befruchtung Verwendung finden, eine gesetzliche Regelung geschaffen worden, die sowohl die Interessen der Samenspender an einer rechtlichen Absicherung als auch das Recht des gezeugten Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung berücksichtigt. Die Rechtslage bei sog. privaten Samenspenden ist allerdings nach wie vor ungeklärt.

Während in der Literatur die Zulässigkeit solcher privater Samenspenden nicht nur nach Einführung des Samenspenderregisters insgesamt in Frage gestellt wird,¹ sehen sich Notare vermehrt mit dem Wunsch der Beteiligten konfrontiert, durch notarielle Vereinbarungen die Rechtsstellung der Beteiligten vergleichbar mit derjenigen anonymer Samenspender bei ärztlich assistierter Insemination auszugestalten. Aufgrund der fehlenden ausdrücklichen Stellungnahme des Gesetzgebers ist die Zulässigkeit derartiger

Vereinbarungen wieder vermehrt in Zweifel gezogen worden. Bei Notaren besteht daher erhebliche Unsicherheit, ob und in welchem Umfang notarielle Kinderwunschvereinbarungen insbesondere bei privaten Samenspenden noch möglich sind. Im Folgenden sollen daher die rechtliche Ausgangslage und die Möglichkeiten notarieller Vereinbarungen in diesem Bereich unter besonderer Berücksichtigung der Neuerungen durch die Einführung des Samenspenderregisters näher beleuchtet werden.

I. Künstliche Insemination als kautelarjuristische Regelungsmaterie

Als künstliche Insemination wird die assistierte Samenübertragung, bei der Samen eines Mannes entweder in den Mutterleib implantiert wird oder die Eizelle außerhalb des Körpers mit dem Samen befruchtet wird, bezeichnet.²

Man unterscheidet zwischen der sog. homologen Insemination, bei der der verwendete Samen vom Wunschvater selber stammt (Wunschvater und biologischer Vater sind dann identisch) und der heterologen Insemination, bei der der Samen von einem Dritten, dem biologischen Vater stammt. Während im ersten Fall grundsätzlich keine Besonderheiten zur „natürlichen“ Zeugung eines Kindes bestehen, fallen im zweiten Fall Wunschvater und biologischer Vater auseinander.

In diesen Fällen besteht auf Seiten des biologischen Vaters zumeist der Wunsch, eine rechtliche Vaterstellung und die hiermit verbundenen vermögensrechtlichen Konsequenzen wie Unterhaltungspflicht oder Erb- bzw. Pflichtteilsrechte des entstandenen Kindes möglichst zu vermeiden. Der Wunschvater hingegen möchte nicht nur sozial, sondern auch rechtlich als Vater angesehen werden und wünscht, entsprechende Verantwortung für das Kind zu übernehmen. Während dies bei verheirateten verschiede-

1 Vgl. bspw. Staudinger/Rauscher, BGB, 2011, § 1592 Anh. Rn. 84; Koch, Vereinbarungen zur künstlichen Fortpflanzung, in Amend-Traut (Hrsg.), Familie und Recht, Symposium des Instituts für Notarrecht an der Universität Würzburg 2018, S. 25, 35; Koch NotBZ 2019, 20 ff.

2 Vgl. Roth DNotZ 2003, 806 (807).

geschlechtlichen Paaren durch die Vaterschaftsvermutung recht leicht gelingt, ist die Situation für unverheiratete Paare und gleichgeschlechtliche Eheleute schwieriger. Hier ergeben sich Räume für zivilrechtliche Regelungen der Beteiligten untereinander, die rechtlichen Folgen der biologischen Vaterschaft verbindlich im Sinne aller zu regeln. Im Rahmen dieser Regelungen müssen freilich die (Grund-) Rechte des Kindes und die allgemeinen zivilrechtlichen Schranken aus §§ 134, 138 BGB beachtet werden.

II. Sondersituation: Private Samenspende

Während die ärztlich assistierte Reproduktion durch das ärztliche Standesrecht und den Gesetzgeber zumindest rudimentäre Regelung erfahren hat, ist die künstliche Insemination mittels privater Samenspender nicht gesetzlich geregelt. Im Bereich der privat organisierten Samenspende haben sich dabei überwiegend zwei Methoden etabliert, die sog. „Becherspende“ und die Zeugung des Kindes durch sog. „konsentierten Seitensprung“. In beiden Situationen ist die Interessenlage der Beteiligten identisch.

1. „Becherspende“

Mit dem Begriff der sog. Becherspende wird die privat organisierte Samenspende bezeichnet, bei der das vom Spender gewonnene Sperma durch die Beteiligten mittels Spritze in die Gebärmutter der Frau eingebracht wird. Die Hinzuziehung eines Arztes ist dabei nicht vorgesehen, vielmehr kommt es hier häufig zur Beteiligung des Wunscherternteils, der dann aktiv am Zeugungsvorgang des Kindes mitwirken kann.

2. „Konsentierter Seitensprung“

Unter den Begriff der privat organisierten künstlichen Insemination wird auch der sog. „konsentierter Seitensprung“ gefasst. Hier erfolgt die Zeugung des Kindes auf natürliche Weise durch Geschlechtsverkehr zwischen Frau und Samenspender.

Grundsätzlich wird unter künstlicher Befruchtung und heterologer Insemination zumindest im Rahmen der rudimentären Regelungen des BGB allerdings nur jede Zeugung eines Kindes ohne Geschlechtsverkehr verstanden.³ Damit werden von dem Begriff der künstlichen Befruchtung solche Konstellationen nicht erfasst, bei denen die Zeugung des Kindes durch „konsentierten Seitensprung“ erfolgt. Die Interessenlage der Beteiligten ist dabei allerdings regelmäßig mit der Situation bei einer „klassischen“ künstlichen Befruchtung vergleichbar. Vielfach wird daher auch in der Literatur die entsprechende Anwendung der zu den rechtlichen Rahmenbedingungen der künstlichen Befruchtung entwickelten Grundsätze auf den „konsentierten Seitensprung“ befürwortet. Auch in einer derartigen Konstellation können daher notarielle Kinderwunschvereinbarungen eine Rolle spielen.

III. Rechtliche Ausgangslage

Das BGB enthält nur sehr rudimentäre Regelungen zu den Rechtsfolgen der heterologen Insemination. Deren Vo-

oraussetzungen und Zulässigkeit im Einzelnen sind gesetzlich gar nicht geregelt. Dies bedingt, dass häufig Unsicherheiten im Hinblick auf die Zulässigkeit notarieller Vereinbarungen in diesem Bereich bestehen. Im Folgenden soll daher die rechtliche Ausgangslage zunächst näher beleuchtet werden.

1. Abstammungsrecht

Abstammungsrechtlich stellt sich bei einer künstlichen Befruchtung durch Spendersamen die Frage, wer rechtlich gesehen als Vater bzw. Elternteil des hierdurch gezeugten Kindes anzusehen ist. Das Abstammungsrecht des BGB hat hierauf bisher nur eine unvollständige Antwort gefunden. So ist die Rechtslage allein für verschiedengeschlechtliche Ehepaare relativ unproblematisch. Den Betroffenen hilft hier die Vaterschaftsvermutung aus § 1592 Nr. 1 BGB, nach dem der Mann, der zum Zeitpunkt der Geburt mit der Mutter verheiratet ist, als Vater des Kindes gilt. Erfolgt also eine künstliche Insemination mit Spendersamen und wird das so gezeugte Kind dann während der bestehenden Ehe geboren, so ist der Ehemann der Mutter als Wunschvater auch rechtlicher Vater.

In allen anderen Fällen ist die rechtliche Elternstellung der Beteiligten nur durch die Durchführung weiterer Zwischenschritte zu erreichen.⁴ Bei nicht verheirateten Paaren führt erst die Anerkennung der Vaterschaft (§ 1594 BGB) bzw. die gerichtliche Feststellung (§ 1592 BGB) zu einer juristischen Vaterschaft.⁵ Forderungen der Literatur, auch denjenigen Mann, der in die Vornahme einer heterologen Insemination bei einer nicht verheirateten Frau seine Zustimmung erteilt hat, ohne weitere Zwischenschritte als Vater gelten zu lassen,⁶ ist der Gesetzgeber bisher nicht nachgekommen.

Ob die Anerkennung durch den Wunschvater (wie häufig von den Beteiligten gewünscht) dabei auch schon vor Durchführung der Insemination zulässig ist, ist immer noch umstritten und nicht eindeutig geklärt.⁷ Im jüngeren Schrifttum wird eine Anerkennung, die im Hinblick auf eine konkret geplante künstliche Befruchtung stattfindet, als zulässig angesehen.⁸ Andere Stimmen in der Literatur lehnen die Möglichkeit einer solchen präkonzeptionellen Vaterschaftsanerkennung ausdrücklich ab, da ohne vorexistenten Bezug zu einer Schwangerschaft eine gegen § 1594 Abs. 3 BGB verstoßende Vorratsanerkennung vorliege.⁹

Lehnt man die Möglichkeit einer präkonzeptionellen Anerkennung ab, so kann diese frühestens nach Durchführung der künstlichen Insemination erfolgen, sodass zu Beginn der Behandlung noch keine Rechtsicherheit für die Beteiligten besteht. Dies kann insbesondere auch für das noch zu zeugende Kind eine Gefahr sein, da eine Änderung der Willensrichtung des Wunschvaters nicht auszuschließen ist und das Kind dann Gefahr läuft, rechtlich gar keinem Vater zugeordnet werden zu können. Diese Gefahr besteht insbesondere dann, wenn es sich um eine ärztlich assistierte

4 Deswegen auch krit. Löbnig/Runge-Rannow NJW 2015, 3757.

5 Vgl. hierzu auch Staudinger/Rauscher, BGB, 2011, § 1592 Anh. Rn. 13 a ff.

6 So der Vorschlag von Löbnig/Runge-Rannow NJW 2015, 3757 (3759).

7 Vgl. auch Roth DNotZ 2003, 805 (808) mwN.

8 MüKoBGB/Weltherhofer, 7. Aufl. 2017, § 1594 Rn. 43; Roth DNotZ 2002, 805 (808); vgl. hierzu auch ausführlich BeckOGK-BGB/Balzer, Stand 1.2.2019, § 1594 Rn. 89 ff.

9 Bspw. Staudinger/Rauscher, BGB, 2011, § 1594 Rn. 50.

3 MüKoBGB/Weltherhofer, 7. Aufl. 2017, § 1600 Rn. 60.

Insemination handelt und die Feststellung des genetischen Vaters gem. § 1600 d Abs. 4 BGB ausgeschlossen ist. Die Gefahr einer Vorratsanerkennung ließe sich dadurch senken, dass die Anerkennung auf Kinder, die durch einen oder eine bestimmte Serie von Inseminationsvorgängen gezeugt werden, beschränkt wird. Eine teleologische Reduktion des § 1594 Abs. 3 BGB erscheint vor diesem Hintergrund durchaus zu rechtfertigen zu sein. Freilich müsste dann überlegt werden, einen Widerruf der Anerkennung bis zur Durchführung der Insemination zuzulassen.

Noch unbefriedigender ist die abstammungsrechtliche Situation, wenn es sich um gleichgeschlechtliche Paare handelt und zwar selbst dann, wenn diese verheiratet sind. Während nach Einführung der Ehe für alle in der Literatur teilweise für eine entsprechende Anwendung des § 1592 Nr. 1 BGB auch auf die Ehefrau der Kindsmutter befürwortet wurde, hat der BGH nunmehr klargestellt, dass eine analoge Anwendbarkeit der Norm in diesen Fällen ausscheidet.¹⁰ Weder aus den Grundrechten der Mutter, des Kindes, des Ehegatten der Mutter noch aus dem allgemeinen Gleichheitsgrundsatz kann demnach ein Anspruch auf Gleichbehandlung von heterosexuellen und homosexuellen Ehepaaren hinsichtlich der statusrechtlichen Zuordnung eines durch heterologe Insemination gezeugten Kindes hergeleitet werden. Die Lösung der abstammungsrechtlichen Fragen in diesem Bereich ist vielmehr dem Gesetzgeber vorbehalten.¹¹ Dies bedeutet für die Betroffenen, dass in der Zwischenzeit die Co-Mutter bzw. der Co-Vater (bei dem die analoge Anwendbarkeit von § 1592 Nr. 1 BGB von vornherein nicht in Betracht gekommen wäre) auf die Durchführung einer Stiefkindadoption angewiesen sind, was nicht nur für den Co-Elternteil, sondern auch für das Kind und den Samenspender eine ungeklärte Zwischenzeit (zwischen Geburt und Ausspruch der Adoption) bedeutet. Bei unverheirateten Paaren kommt auch dies nicht in Betracht, sodass hier eine Elternstellung des Wunschernters ohne Eheschließung wohl nicht zu erreichen ist.¹²

2. Ärztliches Standesrecht

Lange Zeit sahen die ärztlichen Berufsrichtlinien ausdrücklich vor, dass die Durchführung der ärztlich assistierten Reproduktion auf verheiratete Frauen oder Frauen, die mit einem nicht verheirateten Mann in einer festgefügt Partnerschaft zusammenleben, beschränkt sein sollte.¹³ Ausweislich der bis 2017 geltenden ärztlichen Richtlinien¹⁴ war eine ärztlich assistierte Reproduktion insbesondere dann problematisch, wenn es sich um eine heterologe Insemination handelte, bei der also der Samen eines Dritten verwendet wird.¹⁵

Die ärztlichen Richtlinien sind zwischenzeitlich umfassend überarbeitet worden, und verhalten sich nun gar nicht mehr zur Problematik der heterologen Insemination in der nichtehelichen oder gleichgeschlechtlichen Lebensgemein-

schaft bzw. bei alleinstehenden Frauen.¹⁶ Ob dies bedeutet, dass nach ärztlichem Berufsrecht nunmehr die assistierte Reproduktion auch in diesen Konstellationen zulässig sein soll, ist unklar. Die Bundesärztekammer hat die rechtliche Zulässigkeit dieser Methoden ausdrücklich aus der von ihr nun neugefassten Richtlinie ausgeklammert. Die Rechtslage bleibt daher unsicher. Damit bewegen sich auch die behandelnden Ärzte in einem rechtlichen Graubereich.

Zumindest seit der Gleichstellung der gleichgeschlechtlichen Ehe im Rahmen der Einführung der Ehe für alle, dürfte es mE grundsätzlich nicht mehr zu rechtfertigen sein, gleichgeschlechtliche und verschiedengeschlechtliche Ehen im Hinblick auf den Zugang zu ärztlich assistierter Reproduktion unterschiedlich zu behandeln. Lässt man im Übrigen die assistierte Reproduktion auch in der festgefügt nichtehelichen verschiedengeschlechtlichen Partnerschaft zu, so muss Gleiches auch für die gleichgeschlechtliche nichteheliche Partnerschaft gelten.

Unsicher bleibt damit die Zulässigkeit der künstlichen Befruchtung bei alleinstehenden Frauen. Aus dem grundrechtlich geschützten Recht auf Fortpflanzung (Art. 6 GG)¹⁷ wird in der Literatur, mE zu Recht, der Ausschluss alleinstehender Frauen vom Zugang zu ärztlich assistierter künstlicher Befruchtung kritisiert.¹⁸ Problematisch bleibt in diesem Fall, dass bei Annahme einer Freistellung des Samenspenders gem. § 1600 d Abs. 4 BGB ein Kind gezeugt wird, welches nur ein rechtliches Elternteil hat. Diese Konsequenz wird allerdings auch bei einer Einzeladoption zugelassen und könnte nur durch einen verfassungsrechtlich bedenklichen Ausschluss alleinstehender Frauen von Kinderwunschbehandlungen insgesamt verhindert werden.¹⁹

3. Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung

Das Bundesverfassungsgericht hat aus dem grundrechtlich geschützten allgemeinen Persönlichkeitsrecht gem. Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG das Recht auf Kenntnis der eigenen (genetischen) Abstammung hergeleitet.²⁰ Diese Grundrechtsposition spielt insbesondere bei der heterologen Insemination eine entscheidende Rolle, denn hier nimmt der Wunschvater die soziale Vaterrolle ein und „verschleiert“ damit die tatsächliche genetische Abstammung. Aus dem Grundrecht auf Kenntnis der eigenen Abstammung wird daher zum einen die Schutzpflicht des Staates hergeleitet, dafür Sorge zu tragen, dass das Grundrecht nicht durch die technologische Entwicklung unterlaufen wird.²¹ Der Gesetzgeber hat daher durch das Gesetz zur Regelung des Rechts auf Kenntnis der Abstammung bei heterologer Verwendung von Samen vom 17.7.2017²² konkrete Auskunftsansprüche für Personen, die vermuten,

10 BGH NJW 2009, 153; krit. *Löhnig* NJW 2019, 122; zu der Problematik auch schon ders., NZFam 2017, 643; ZRP 2017, 205.

11 BGH NJW 2009, 153 (155 ff.).

12 Vgl. zu dem „doppelten Spezialfall“ (nicht verheiratetes, gleichgeschlechtliches Paar) auch bei *Pauli* NZFam 2016, 57.

13 Vgl. zum Ganzen auch Gutachten DNotI-Report 2009, 91; *Wehrstedt* RNotZ 2005, 109 (116); *Wanitzek* FamRZ 2003, 730.

14 Richtlinie zur Durchführung der assistierten Reproduktion, Deutsches Ärzteblatt 2006, A. 1392 ff.

15 Vgl. zur Beurteilung der Zulässigkeit auch bei *Roth* DNotZ 2003, 805 (808 f.) mwN.

16 Richtlinie zur Entnahme und Übertragung von menschlichen Keimzellen im Rahmen der assistierten Reproduktion v. 6.10.2017 mit Anpassung v. 20.4.2018, online abrufbar unter www.bundesaerztekammer.de/richtlinien/thematische-uebersicht/assistierte-reproduktion/.

17 Vgl. hierzu MüKoBGB/*Wellenhofer*, 7. Aufl. 2017, § 1591 Rn. 45 mwN.

18 Vgl. hierzu insbesondere *Grziwotz* NZFam 2014, 1065 (1070).

19 So auch das Fazit bei *Helms* FamRZ 2017, 1537 (1542).

20 BVerfGE 79, 256; 90, 263; 96, 56; vgl. zu Umfang und Durchsetzbarkeit des Anspruchs des Kindes auf Kenntnis des leiblichen Vaters auch *Schmidt* NZFam 2017, 881.

21 Vgl. zu der Situation bei „alternativen“ Familienmodellen, insbesondere auch im Hinblick auf Fragen der Eintragung von Co-Müttern in das Personenstandsregister *Gössl* IPPrax 2015, 273 (276).

22 BGBl. I 2017, 2513; vgl. hierzu auch *Helms* FamRZ 2017, 1537.

durch heterologe Verwendung von Samen bei einer ärztlich assistierten Befruchtung gezeugt worden zu sein, geschaffen. Zum anderen wird über die mittelbare Drittwirkung der Grundrechte über die zivilrechtlichen Generalklauseln ein (häufig nicht effektiv durchsetzbarer) Anspruch des Kindes auf Auskunft gegenüber der Mutter bzw. dem eine heterologe Insemination durchführenden Arzt hinsichtlich des genetischen Vaters hergeleitet.²³

Konsequenterweise darf damit aber auch der Notar nicht an Regelungen mitwirken, die letztlich dem Kind sein grundrechtlich geschütztes Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung nehmen oder dessen Durchsetzung faktisch ausschließen. Eine hiergegen verstößende Anonymitätsvereinbarung, die dem Samenspender zusichert, seine Identität dem Kind gegenüber auch nach Eintritt der Volljährigkeit nicht preiszugeben, ist Vertrag zu Lasten Dritter und damit unwirksam.²⁴ Eine solche Regelung darf daher auch notariell nicht beurkundet werden.

4. Neuerungen durch Einführung des Samenspenderregisters

Wesentlicher Bestandteil des Gesetzes zur Regelung des Rechts auf Kenntnis der Abstammung bei heterologer Verwendung von Samen ist das Gesetz zur Errichtung eines Samenspenderregisters und zur Regelung der Auskunftserteilung über den Spender nach heterologer Verwendung von Samen (Samenspenderregistergesetz, SaRegG).

Durch dieses Gesetz wurde ein bundesweites Samenspenderregister eingeführt, welches beim Deutschen Institut für Medizinische Dokumentation und Information (DIMDI) geführt wird. Ziel des Samenspenderregisters ist es, sicherzustellen, dass Personen, die durch heterologe Verwendung von Samen bei einer ärztlich unterstützten künstlichen Befruchtung gezeugt worden sind, durch Nachfrage bei einer zentralen Stelle Kenntnis über ihre Abstammung erlangen können.²⁵ Jede Einrichtung, die Samen zur heterologen Verwendung für eine ärztlich unterstützte künstliche Befruchtung gewinnt (Entnahmeeinrichtung gem. § 2 Abs. 1 S. 1 SaRegG) und jede Einrichtung der medizinischen Versorgung iSd § 1 a Nr. 9 TPG (Einrichtung der medizinischen Versorgung gem. § 3 Abs. 1 SaRegG), die solchen Samen zur Durchführung einer künstlichen Befruchtung verwendet, hat u. a. die personenbezogenen Daten über den Samenspender, die Empfängerin und die mit dem Samen gezeugten Kinder zu erheben, zu speichern und an das DIMDI zu übermitteln. Im Samenspenderregister werden diese Daten für die Dauer von 110 Jahren gespeichert (§ 8 SaRegG). Unter besonderen Voraussetzungen können dann Personen, die vermuten, durch die heterologe Verwendung von Samen bei einer ärztlich assistierten Befruchtung gezeugt worden zu sein, einen Auskunftsanspruch (§ 10 SaRegG) geltend machen. Aus § 11 SaRegG ergeben sich zudem Auskunfts- und Berichtigungsansprüche des Samenspenders und der Empfängerin des Samens.

Gem. § 2 Abs. 1 und § 4 SaRegG bestehen spezielle Aufklärungspflichten gegenüber dem Spender bzw. der Empfängerin der Samen. Die Aufklärung kann nicht nur in der Entnahmeeinrichtung oder der Einrichtung der medizinischen Versorgung durchgeführt werden, sondern auch extern erfolgen, etwa durch die Einschaltung von Notaren oder Rechtsanwälten.²⁶

Für die Fragen der heterologen Insemination relevante zivilrechtliche Neuerungen enthält der durch Gesetz zur Regelung des Rechts auf Kenntnis der Abstammung bei heterologer Verwendung von Samen vom 17.7.2017²⁷ mit Wirkung vom 1.7.2018 ebenfalls eingeführte § 1600 d Abs. 4 BGB. Hiernach kann ein Samenspender unter bestimmten Voraussetzungen nicht als Vater gerichtlich festgestellt werden. Hierfür muss es sich jedoch um eine nach den Regeln des Samenspenderregistergesetzes herbeigeführte Vaterschaft handeln.

Die Regelung soll die Zuordnung des Kindes zum Wunschvater stärken, und den Samenspender davor schützen, durch das Kind oder dessen Eltern als rechtlicher Vater in Anspruch genommen zu werden. Durch die Neufassung wird ausgeschlossen, dass ein Samenspender, der die erforderlichen Voraussetzungen erfüllt, in einem Abstammungsverfahren als rechtlicher Vater festgestellt werden kann. Dies soll die Spendenbereitschaft auch nach Einführung des Samenspenderregisters erhöhen und die Bereitschaft des genetischen Vaters zur Kontaktaufnahme mit dem gezeugten Kind erleichtern, da dieser nicht mehr befürchten muss, auf Unterhalt o. ä. in Anspruch genommen zu werden.²⁸ Das grundrechtlich geschützte Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung wird durch einen Anspruch auf Auskunft aus dem Samenspenderregister gewährleistet.²⁹

Ein entsprechender Ausschluss des Anfechtungsrechts des Kindes kann daher nur in Fällen gelten, in denen der Grundrechtsschutz des Kindes hinsichtlich seines Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung über eine Auskunft aus dem Samenspenderregister gewährleistet werden kann. Bei einer privaten Samenspende dürfte dies ausscheiden. Die durch die Einführung des Samenspenderregisters erfolgten rechtlichen Änderungen betreffen daher den Fall der privaten Samenspende nicht.³⁰ Auch ist die abstammungsrechtliche Freistellung nicht anwendbar, wenn der Samen, mit dem das Kind gezeugt wurde, vor dem 30. Juni 2018 verwendet worden ist (vgl. Art. 229 § 46 EGBGB).

B. Notarielle Wunschkindvereinbarungen bei künstlicher Befruchtung

I. Zulässigkeit notarieller Vereinbarungen

Vereinbarungen der Beteiligten einer heterologen Insemination sind grundsätzlich nicht formbedürftig und bedürfen daher trotz ihrer oft weitreichender Folgen auch keiner

23 Vgl. hierzu ausführlich Maunz/Dürig/Di Fabio, GG, Stand November 2018, Art. 2 Abs. 1 Rn. 212 ff.; BeckOK-BGB/Hahn, Stand 1.11.2018, § 1591 Rn. 17 ff.

24 OLG Hamm NJW 2013, 1167; BeckOK-BGB/Hahn, Stand 1.11.2018, § 1591 Rn. 23.

25 BT-Drs. 18/11291, S. 16; vgl. zu den Neuerungen insbesondere aus notarieller Sicht auch Wehrstedt MittBayNot 2019, 122.

26 BT-Drs. 18/11291, S. 23 f.

27 BGBl. I 2513.

28 BT-Drs. 18/11291, S. 35.

29 BT-Drs. 18/11291, S. 35; vgl. hierzu BeckOK-BGB/Hahn, Stand 1.8.2018, § 1600 d Rn. 12; Grziwotz notar 2018, 163; BeckOGK-BGB/Reuß, Stand 15.7.2018, § 1600 d Rn. 54 ff.

30 So ausdrücklich auch BT-Drs. 18/11291, S. 35; krit. daher auch Runge-Ranmow ZRP 2017, 43 (45).

notariellen Beurkundung, obwohl hierdurch die erforderliche Aufklärung der Beteiligten nicht sicher gewährleistet werden kann. Trotzdem wird eine notarielle Vereinbarung häufig gewünscht, um die erforderliche Beweissicherheit zu erreichen. Bei ärztlich assistierter künstlicher Befruchtung geht die Forderung nach notarieller Beurkundung zumeist auch von den beteiligten Ärzten bzw. Kliniken aus.³¹ Aber auch im Bereich der privaten Samenspende besteht der Wunsch der Beteiligten nach möglichst eindeutiger und rechtssicherer Regelung der Verhältnisse.

Dabei ist meiner persönlichen Auffassung nach nicht davon auszugehen, dass notarielle Vereinbarungen über die Durchführung einer heterologen Insemination per se als sittenwidrig anzusehen sind.³² Dies zeigt nicht zuletzt die Regelung des § 1600 Abs. 4 BGB, der anscheinend implizit die Möglichkeit vertraglicher Vereinbarungen der Beteiligten voraussetzt. Auch der BGH hat in der Vergangenheit entsprechende vertragliche Vereinbarungen nicht ohne Weiteres als sittenwidrig beurteilt.³³ Es erscheint daher auch zweifelhaft, ob dem Notar ohne Weiteres ein Recht zur Verweigerung seiner Amtstätigkeit zusteht (§ 14 BNotO), wenn der Wunsch nach Beurkundung einer solchen Vereinbarung an ihn herangetragen wird.³⁴ Jedenfalls kann in Anbetracht der noch unsicheren Rechtslage einem Notar nicht vorgeworfen werden, eine Beurkundung vorgenommen zu haben, da es hierfür an der Überzeugung von der Sittenwidrigkeit der zu beurkundenden Vereinbarung fehlen wird.

Ob eine (eventuell) gegen ärztliches Standesrecht verstößende Insemination auch dazu führt, dass dem eine begleitende Vereinbarung der „Eltern“ beurkundenden Notar eine Amtspflichtverletzung zur Last fällt, ist bislang in Literatur und Rechtsprechung nicht eindeutig geklärt. Grundsätzlich kann jedoch, geht man davon aus, dass das Recht auf Fortpflanzung auch die Möglichkeit einer künstlichen Insemination erfasst, ein Verstoß gegen (dann verfassungsrechtlich bedenkliches) ärztliches Standesrecht nicht dazu führen, dass eine zugrundeliegende Vereinbarung der Beteiligten untereinander als unwirksam anzusehen ist. Erst Recht kann man hieraus nicht auf die Unzulässigkeit einer privat organisierten Insemination schließen, da diese unter völlig anderen Rahmenbedingungen (auch im Hinblick auf die Eingriffsintensität) stattfindet.

Handelt es sich um Vereinbarungen, die nicht die ärztlich assistierte, sondern eine „private“ Insemination mit Spendersamen betreffen, so ergeben sich u. U. Konflikte mit dem in § 9 Nr. 1 ESchG festgelegten Arztvorbehalt für die künstliche Befruchtung. Nach § 11 Abs. 1 Nr. 1 ESchG sind Verstöße gegen diesen Arztvorbehalt strafbewährt, wobei die Mutter und der Samenspender von einem persönlichen Strafausschlussgrund profitieren können (§ 11 Abs. 2 ESchG). Es bleibt damit eine potentielle Strafbarkeit eines eventuell assistierenden Wunschelternteils.

Hieraus ließe sich eine Unzulässigkeit der Beurkundung gem. § 4 BeurkG, § 14 BNotO herleiten.³⁵

Diese Konsequenz erscheint jedoch meiner Ansicht nach zweifelhaft. Zum einen ließe sich vor dem Hintergrund von Art. 6 GG durchaus die Verfassungsmäßigkeit der Regelung des § 9 Nr. 1 ESchG in Zweifel ziehen, sollte sich diese tatsächlich auch auf die von den Beteiligten privat durchgeführte Insemination beziehen. Zum anderen ist jedoch keinesfalls sicher, dass der Arztvorbehalt einer solchen privaten Insemination überhaupt entgegen steht. Hiergegen könnte sprechen, dass dem Arztvorbehalt des § 9 Nr. 1 ESchG die Ratio zugrundliegt, dass Behandlungen im Bereich der Reproduktionsmedizin wissenschaftlich gesicherte medizinische Kenntnisse voraussetzen, die eine gründliche Aufklärung über Auswirkungen, Risiken und mögliche Alternativen erfordert.³⁶ Bei der privat durchgeführten Samenspende greifen diese Schutzerwägungen dagegen nicht. Hinsichtlich des Risikos des Eingriffs und dessen Konsequenzen unterscheidet sich die privat durchgeführte Insemination nicht von der natürlichen Zeugung eines Kindes. Es würden sich im Übrigen schwierige Abgrenzungsfragen stellen. Die Ungleichbehandlung von „Becherspende“ (eine solche würde unter § 9 Nr. 1 ESchG fallen) und „konsentiertem Seitensprung“ (dieser ist unzulässig strafrechtlich nicht sanktioniert) dürfte den hierdurch begründeten Wertungswiderspruch deutlich werden lassen. Daher dürfte § 9 Nr. 1 ESchG der privaten Samenspende und anschließend durch die Beteiligten selbst durchgeführten Insemination nicht entgegenstehen.³⁷

Die in diesem Zusammenhang aufgeführten Schwierigkeiten im Hinblick auf die Sicherung der zuverlässigen Klärung der Identität des Samenspenders³⁸ sind ohne Zweifel vorhanden, stellen sich jedoch auch bei natürlicher Zeugung eines Kindes und können nicht Grundlage der Begründung einer Strafbarkeit sein, die in die verfassungsrechtlich gewährleistete Fortpflanzungsfreiheit eingreifen würde.

Kinderwunschvereinbarungen sind daher auch bei privat durchgeführter heterologer Insemination grundsätzlich zulässig.

II. Typischer Inhalt notarieller Vereinbarungen³⁹

Notarielle Kinderwunschvereinbarungen können sowohl bei einer homologen, als auch bei einer heterologen Insemination, gleichgültig ob ärztlich assistiert oder privat organisiert, getroffen werden. Den Beteiligten geht es regelmäßig um eine Absicherung des Wunschelternteils hinsichtlich einer rechtlichen Elternstellung, Sicherung der unterhaltsrechtlichen Ansprüche des zu zeugenden Kindes,

31 Vgl. hierzu auch *Grziwotz*, NZFam 2014, 1065 (1066).

32 In diese Richtung aber *Staudinger/Rauscher*, BGB, 2011, § 1592 Anh. Rn. 22 ff.; eingeschränkt auch *Palandt/Ellenberger*, BGB, 78. Aufl. 2019, § 138 Rn. 48; aA insbesondere auch *Staudinger/Sack/Fischinger*, BGB, 2017, § 138 Rn. 708.

33 Vgl. bspw. BGH NJW 1995, 2028 (2029 f.).

34 So auch *Volmer* BWNotZ 1998, 156 (158); *Grziwotz* notar 2018, 163 (173) geht jedenfalls von einem Ablehnungsrecht des Notars bei Vereinbarungen zu privat vorgenommenen heterologen Inseminationen aus und schlägt eine entsprechende Ablehnung unter Hinweis auf die bestehenden verfassungsrechtlichen Bedenken vor.

35 So die Beurteilung bei *Grziwotz* notar 2018, 163 (172).

36 *Müller-Terpitz*, Medizinrecht, 3. Aufl. 2018, ESchG § 9 Rn. 1; Erbs/Kohlhaas/Pelchen/Häberle, Strafrechtliche Nebengesetze, Stand Dez. 2018, § 9 ESchG Rn. 1.

37 So auch *Helms* FamRZ 2017, 1537 (1539); aA *Grziwotz* notar 2018, 163 (172); *Grziwotz* NZFam 2014, 1065 (1067), der aus diesem Grund die Verfassungsmäßigkeit der Regelung in Zweifel zieht.

38 *Helms* FamRZ 2017, 1537 (1539).

39 Muster für notarielle Vereinbarungen bspw. bei Beck'sches Formularbuch Familienrecht/*Grziwotz*, 5. Aufl. 2017, O II. 5., 6; „Beck-NotarHB/*Grziwotz*, 6. Aufl. 2015, B. V. VII. Rn. 90 ff.; Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht/*Bernauser*, 13. Aufl. 2019, 27; *Münch*, Familienrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 2. Aufl. 2015, § 22 Rn. 45.

Schutz des Samenspenders vor Inanspruchnahme durch Mutter und Kind und ggf. Absicherung der assistierenden Ärzte vor Inanspruchnahme. Aus diesem Grund enthalten notarielle Kinderwunschvereinbarungen typischerweise die im Folgenden aufgeführten Elemente.

1. Einwilligung des Wunschvaters und der Mutter

Üblicher Bestandteil notarieller Wunschkindvereinbarungen ist zunächst die Einwilligung des Wunschvaters (so weit vorhanden) und der Mutter in die heterologe Insemination.⁴⁰ § 1600 Abs. 4 BGB schließt dann eine Anfechtung der Vaterschaft durch den Mann oder die Mutter aus. Die Rechtsnatur der Einwilligung nach § 1600 Abs. 4 BGB ist dabei immer noch unklar. Nach einer Ansicht soll es sich bei der Einwilligung in die heterologe Insemination um einen willensgetragenen Realakt handeln, auf den die Vorschriften über Willenserklärungen Anwendung finden.⁴¹ Andere gehen davon aus, dass es sich um eine empfangsbedürftige Willenserklärung handelt.⁴²

Die hM sieht in den Einwilligungserklärungen der Wunscheltern zudem einen Vertrag zugunsten des zu zeugenden Kindes, also ein Rechtsgeschäft.⁴³ In der Einwilligung liegt nach Rechtsprechung des BGH ein Vertrag der Beteiligten zugunsten des Kindes, in dem sich der Wunschvater zum Unterhalt gegenüber dem Kind verpflichtet. Neben die etwaige gesetzliche Unterhaltspflicht (bei Bestehen einer rechtlichen Vaterstellung) tritt daher ein gleichgerichteter vertraglicher Anspruch des Kindes. In der Einwilligung liege die konkludente Erklärung, für das Kind wie ein Vater (bzw. ein Elternteil) sorgen zu wollen.⁴⁴

Wendet man demnach die Regelungen über Willenserklärungen auf die Einwilligung an, so ist diese auch empfangsbedürftig. Empfänger der Einwilligungserklärung sind zunächst die Wunscheltern gegenseitig. Einer ausdrücklichen Abgabe gegenüber dem behandelnden Arzt (oder dem Samenspenders) bedarf es nicht.⁴⁵ Ein Widerruf der Einwilligung wird trotz der Anwendbarkeit des § 130 BGB aufgrund der individuellen grundrechtlich geschützten Fortpflanzungsfreiheit zugelassen.⁴⁶ Das Recht zum Widerruf muss jedoch mit der Vornahme der künstlichen Befruchtung enden, da ab diesem Zeitpunkt der Widerruf nicht mehr nur die Rechte des Erklärungsempfängers beeinträchtigt, sondern auch die Rechtsstellung des gezeugten Kindes.⁴⁷ Die Frage nach dem richtigen Adressaten der Widerrufserklärung ist dagegen bisher noch nicht endgültig beantwortet. So kann sich insbesondere die Frage stellen, ob der Widerruf nur gegenüber dem Erklärungsempfänger der Zustimmung oder auch etwaigen sonstigen Beteiligten (etwa ein beteiligter Arzt) gegenüber erfolgen muss. Ist die

Einwilligung mit Willen des Erklärenden auch dem sonstigen Beteiligten zugegangen, dürften mE Verkehrsschutzgesichtspunkte dafür sprechen, diese auch als Erklärungsempfänger des Widerrufs zu behandeln.⁴⁸ Eine Anfechtung ist nach den allgemeinen Regeln des BGB ebenfalls möglich, kann jedoch nicht mit einem Irrtum über eine verkehrswesentliche Eigenschaft des Kindes begründet werden.⁴⁹

Rechtsfolge einer wirksamen Einwilligung nach § 1600 Abs. 4 BGB ist der Ausschluss des Anfechtungsrechts des Mannes und der Mutter. Nicht ausgeschlossen ist demgegenüber die Anfechtungsmöglichkeit des Kindes (wenngleich in Fällen der ärztlich assistierten Insemination hier der Ausschluss des § 1600 d Abs. 4 greifen dürfte, wonach jedenfalls nicht der Samenspenders als Vater festgestellt werden kann). Ob auch der einwilligende Samenspenders gem. § 1600 Abs. 4 BGB als „Mann“ von der Anfechtung ausgeschlossen ist, ist unklar. Der Wortlaut des § 1600 Abs. 4 BGB („Zeugung mittels Samenspende eines Dritten“) scheint dagegen zu sprechen, jedenfalls kann aber durch eine analoge Anwendung der Norm ein Anfechtungsausschluss des konsentierenden Samenspenders hergeleitet werden. Auch hier kann es dann nicht darauf ankommen, ob der Samen privat gespendet oder mittels ärztlich assistierter Reproduktion verwendet wird.⁵⁰

Ein über die Regelung des § 1600 Abs. 4 BGB hinausgehender Verzicht auf Anfechtungsmöglichkeiten der Vaterschaft ist nach weit überwiegender Meinung ausgeschlossen, da das Anfechtungsrecht als höchstpersönliches Recht unverzichtbar ist.⁵¹ Auch wenn insoweit eine vertragliche Vereinbarung für zulässig gehalten wird, die Feststellung einer bestimmten Person als biologischen Vater nicht nach § 1600 d BGB, § 171 FamFG zu beantragen, wird darauf hingewiesen, dass jedenfalls das Anfechtungsrecht des Kindes nicht ausgeschlossen werden kann und daher eine vollständige Absicherung des Samenspenders nicht zu erreichen ist.⁵²

Nicht erfasst von § 1600 Abs. 4 BGB ist die Zeugung mittels „konsentierten Seitensprungs“. Eine zwar diskutierte Einbeziehung derartiger Konstellationen ist ausdrücklich nicht erfolgt. Verwiesen wird hier auf die unterschiedliche Situation gegenüber derjenigen bei der künstlichen Befruchtung. Bei der natürlichen Zeugung solle und müsse die Verantwortung bei den handelnden Personen bleiben.⁵³ Dies vermag indes mE nicht zu überzeugen, wenn man die private künstliche Insemination in die Betrachtung einbezieht und hierbei insbesondere die Situation der privaten „Becherspende“ mit dem „konsentierten Seitensprung“ vergleicht. In beiden Konstellationen muss es den Beteiligten offen stehen, rechtlich verbindliche Regelungen zu treffen und „Spender“ und Wunschelternteil abzusichern. Letztlich unterscheidet sich lediglich der Spendevorgang. Die beteiligten Interessen des Spenders, der Wunscheltern und des hierdurch gezeugten Kindes bleiben gleich. Es ist

40 Vgl. hierzu auch das Formulierungsmuster bei *Wilms* RNotZ 2012, 141 (155).

41 Bspw. *Wanitzek* FamRZ 2003, 730 (733).

42 BeckOGK-BGB/*Reuß*, Stand 1.2.2019, § 1600 Rn. 106; BGH NJW 2015, 3434.

43 *Roth* DNotZ 2003, 805 (810).

44 Vgl. nur BGH DNotZ 1996, 778 (785); NJW 2015, 3434.

45 *Roth* DNotZ 2003, 805 (810).

46 BGH NJW 1995, 2028 (2030); 2001, 1789 (1790); zuletzt auch LG München INZFam 2018, 612, zur Einwilligung bei homologer Insemination.

47 *Roth* DNotZ 2003, 805 (814); BeckOGK-BGB/*Reuß*, Stand 1.2.2019, § 1600 Rn. 111; MüKoBGB/*Wellenhofer*, 7. Aufl. 2017, § 1600 Rn. 64; *Grziwotz*, Wunschelterschaft und Vertragsgestaltung, in *Coester-Waltjen/Lipp/Schumann/Weit*, Kinderwunschmedizin, 2015, S. 103 (107).

48 So im Ergebnis auch *Roth* DNotZ 2003, 805 (814); aA BeckOGK-BGB/*Reuß*, Stand 1.2.2019, § 1600 Rn. 111; MüKoBGB/*Wellenhofer*, 7. Aufl. 2017, § 1600 Rn. 64.

49 MüKoBGB/*Wellenhofer*, 7. Aufl. 2017, § 1600 Rn. 64; BeckOGK-BGB/*Reuß*, Stand 1.2.2019, § 1600 Rn. 110.

50 So auch BeckOGK-BGB/*Reuß*, Stand 1.2.2019, § 1600 Rn. 97, der jedoch eine Klarstellung des Gesetzgebers für erstrebenswert hält.

51 *Grziwotz* notar 2018, 163 (170).

52 *Meier* NZFam 2014, 337 (340) mwN.

53 *Roth* DNotZ 2003, 805 (811); *Schumacher* FamRZ 1987, 313 (318); *Staudinger/Rauscher*, BGB, 2011, § 1592 Anh. Rn. 13 a.

daher nicht ersichtlich, warum eine rechtliche Ungleichbehandlung erfolgen sollte.⁵⁴

Die Einwilligung nach § 1600 Abs. 4 BGB ist nicht an die Einhaltung einer bestimmten Form gebunden.⁵⁵ Sie kann daher auch privatschriftlich oder sogar mündlich erteilt werden, was in Anbetracht der mit der Erklärung verbundenen weitreichenden Folgen zumindest bedenklich ist. Eine notarielle Beurkundung ist daher nicht nur zur Beweissicherung und Gewährleistung der umfassenden Belehrung der Beteiligten empfehlenswert, sondern wird zumindest im Bereich der ärztlich assistierten künstlichen Befruchtung von den meisten durchführenden Stellen vorausgesetzt.⁵⁶

2. Verpflichtung zur Vaterschaftsanerkennung/Adoption

Sind die Wunscheltern nicht verheiratet oder handelt es sich um eine gleichgeschlechtliche Ehe, so ist zur Absicherung der Beteiligten häufig die Aufnahme einer Verpflichtung zur Anerkennung der Vaterschaft bzw. zur Durchführung einer Stiefkindadoption durch den Wunscheltern teil gewünscht. Die Anerkennung der Vaterschaft ist dabei schon vor Geburt, jedoch nicht sicher auch vor Zeugung möglich.⁵⁷ Eine etwaig erklärte Absicht der Vaterschaftsanerkennung nach Zeugung ist dabei jedenfalls nicht unwiderruflich und daher rechtlich nicht sicher.

Im Rahmen der privaten Samenspende ist zudem problematisch, dass in einem Adoptionsverfahren die Identität des Samenspenders grundsätzlich nicht verschwiegen werden darf, da dessen Einwilligung in die Adoption erforderlich ist. Nach Eingang des Antrags hat das Familiengericht zu prüfen, ob die Annahmeveraussetzungen erfüllt sind. Dazu gehören u. a. die formgerechte Einwilligung von Kind, Eltern und Ehegatten (vgl. §§ 1746, 1747, 1749 BGB). Hinsichtlich der Einwilligung der Eltern gilt § 1747 BGB. Dieser bestimmt in § 1747 Abs. 1 S. 1 BGB, dass die Einwilligung beider Elternteile erforderlich ist.

Einwilligen muss der Vater, der aufgrund Anerkennung oder gerichtlicher Feststellung als Vater feststeht. Nach dem seit 1.7.1998 geltenden Recht muss auch der nicht mit der Kindesmutter verheiratete potenzielle Vater, der noch nicht als Vater im Rechtssinne feststeht, aber durch Versicherung an Eides statt glaubhaft macht, dass er der Mutter während der Empfängniszeit beigewohnt hat, seine Einwilligung erklären (§ 1747 Abs. 1 S. 2 iVm § 1600 d Abs. 2 S. 1 BGB).

Allerdings ist nach wie vor umstritten, ob eine „Beiwohnung“ vorliegt, wenn das Kind mittels künstlicher Befruchtung gezeugt worden ist.⁵⁸ Nach teilweise vertretener Ansicht muss der Samenspender nicht einwilligen, wenn das Kind bspw. innerhalb einer eingetragenen Lebenspartnerschaft vom Lebenspartner des leiblichen Elternteils adoptiert werden soll.⁵⁹ Sofern man aber der wohl herrschenden Ansicht in der Literatur folgt, die auch die Zeu-

gung mittels künstlicher Befruchtung als „Beiwohnung“ im Sinne des Gesetzes ansieht, müsste ggf. der Samenspender in die Adoption einwilligen.

Mit Beschluss vom 18.2.2015 hat der BGH⁶⁰ festgestellt, dass der Samenspender schon aufgrund der besonderen Zweckrichtung der §§ 1747 Abs. 1 S. 2, 1600 d Abs. 2 S. 1 BGB von der Regelung erfasst ist. Während § 1600 d Abs. 2 S. 1 BGB für sich genommen eine Regel der objektiven Beweislast enthalte, die trotz Unaufklärbarkeit zur positiven Vaterschaftsfeststellung führen könne, diene § 1600 d Abs. 2 S. 1 BGB iVm § 1747 Abs. 1 S. 2 BGB dem Zweck, bei (noch) nicht feststehender rechtlicher Vaterschaft den als Vater in Betracht kommenden Mann zu bezeichnen und ihm die Möglichkeit zu geben, sich am Adoptionsverfahren zu beteiligen. Der leibliche Vater solle hierdurch die Möglichkeit erhalten, seine Vaterschaft feststellen zu lassen und seine Elternrechte geltend zu machen. Daher sei es aufgrund Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG geboten, dem vermuteten Vater eine Beteiligung am Adoptionsverfahren zu ermöglichen.

Nach dem BGH ist eine Zustimmung des leiblichen Vaters zur Adoption gem. § 1747 Abs. 1 S. 2 BGB jedoch nur erforderlich, wenn er nach Unterrichtung von dem Verfahren seine Rechte aktiv wahrnimmt und die Möglichkeit seiner leiblichen Vaterschaft glaubhaft macht.⁶¹ Etwas anderes gilt dagegen dann, wenn der leibliche Vater seine rechtliche Vaterstellung von vornherein nicht wahrnehmen möchte, wie dies etwa bei einer anonymen Samenspende der Fall ist. In diesem Fall ergebe sich bereits aus den Umständen der medizinisch assistierten Zeugung, dass der leibliche Vater seine Grundrechtsposition nicht wahrnehmen wolle. Mithin sei dessen Einwilligung in die Adoption nicht erforderlich und es bedürfe auch nicht seiner Beteiligung am Verfahren.

Dieses Ergebnis ergibt sich auch aus dem nunmehr geltenden § 1600 d Abs. 4 BGB, wenn die Zeugung durch ärztliche Assistenz durchgeführt worden ist, und der Spender im Samenspenderregister registriert wurde. Dann kann er nicht als Vater festgestellt werden. Folglich muss auch seine Zustimmung zur Adoption entbehrlich sein.

Nach Ansicht der Literatur ist die Rechtslage bei anonymen privaten Samenspenden aber nicht mit der in § 1600 d Abs. 4 BGB geregelten Situation vergleichbar. Das Gericht habe daher den Spender von Amts wegen zu ermitteln.⁶²

Nach § 1747 Abs. 2 S. 1 BGB kann die Einwilligung grundsätzlich erst erteilt werden, wenn das Kind acht Wochen alt ist. Diese zwingend einzuhaltende Überlegungsfrist (Sperrfrist) soll gewährleisten, dass die folgenschwere Entscheidung, sich von seinem Kind zu trennen, nicht in einem Zustand besonderer persönlicher Belastung, wie er bei und unmittelbar nach Geburt des Kindes zu bestehen pflegt, getroffen wird; eine während dieser Zeit erfolgte Einwilligung ist daher wirkungslos.⁶³ Möglich ist allerdings die – rechtlich unverbindliche – Kundgabe der Einwilligungabsicht.⁶⁴

54 So auch BeckOGK-BGB/Reuß, Stand 1.2.2019, § 1600 Rn. 103; wohl auch Grziwotz, Wunschelternschaft und Vertragsgestaltung, in Coester-Waltjen/Lipp/Schumann/Weit, Kinderwunschmedizin, 2015, S. 103 (113).

55 BeckOGK-BGB/Reuß, Stand 1.2.2019, § 1600 Rn. 109.

56 Roth DNotZ 2003, 805 (813).

57 Vgl. hierzu schon oben unter A. III 1.

58 Bejahend zB MüKoBGB/Wellenhofer, 7. Aufl. 2017, § 1600 d Rn. 85 mwN; aA Staudinger/Rauscher, BGB, 2011, § 1600 d Rn. 48, 50.

59 Siegfried FÜR 2005, 120 (121 f.); Müller/Sieghörtner/Emmerling de Oliveira/G. Müller, Adoptionsrecht in der Praxis, 3. Aufl. 2016, Rn. 78.

60 NJW 2015, 1820.

61 Krit. hierzu Pauli NZFam 2016, 57 (59).

62 BeckOGK-BGB/Löhnig, Stand 1.2.2019, § 1747 Rn. 30.1; BeckOGK-BGB/Pöcker, Stand 1.11.2018, § 1747 Rn. 17 ff.

63 MüKoBGB/Maurer, 7. Aufl. 2017, § 1747 Rn. 55.

64 MüKoBGB/Maurer, 7. Aufl. 2017, § 1747 Rn. 55.

Gem. § 1747 Abs. 3 Nr. 1 BGB kann allerdings bei nicht miteinander verheirateten Eltern die Einwilligung des Vaters bereits vor Geburt erteilt werden. Dies dürfte regelmäßig auch als Teil einer notariellen Vereinbarung mit dem Samenspender zu empfehlen sein.⁶⁵ Der Adoptionsantrag kann dabei bereits pränatal eingereicht werden, vor Zeugung des Kindes scheidet dies aber aus.⁶⁶

3. Vertraglicher Unterhaltsanspruch des Kindes und Freistellungsverpflichtung gegenüber dem Spender

Der Samenspender ist regelmäßig nur zu einer Spende bereit, wenn er nicht befürchten muss, im Nachhinein als biologischer Vater vermögensrechtlich durch das Kind (oder die Mutter) in Anspruch genommen zu werden. Er möchte daher möglichst keinen Unterhalts-, Erb- oder Pflichtteilsansprüchen seitens des gezeugten Kindes ausgesetzt sein.

Die Vereinbarung eines Unterhaltsverzichts ist wegen § 1614 Abs. 1 BGB für die Zukunft nicht möglich, und zwar weder im Hinblick auf Kindesunterhalt noch im Hinblick auf Unterhalt der Mutter.⁶⁷ Es wird daher in der Literatur die Vereinbarung ausdrücklicher Unterhaltungspflichten des sozialen Vaters empfohlen.⁶⁸ Dies dürfte auch im Hinblick auf einen gleichgeschlechtlichen Wunschelternteil gelten.

Da der BGH bei Erklärung der Einwilligung nach § 1600 Abs. 4 BGB einen konkludent im Wege des Vertrages zugunsten Dritter begründeten vertraglichen Unterhaltsanspruch des Kindes annimmt,⁶⁹ ist eigentlich eine darüber hinausgehende ausdrückliche Begründung eines solchen Anspruchs entbehrlich. Wird der Wunschvater auch rechtlicher Vater, ist er schon von Gesetzes wegen zum Unterhalt verpflichtet. Gleichwohl kann sich die ausdrückliche Aufnahme empfehlen, nicht zuletzt, um dem Einwilligenden die Rechtsfolgen seiner Erklärungen eindrücklicher vor Augen zu führen. Unklar ist zudem, inwieweit ein solcher konkludenter Unterhaltsanspruch auch im Rahmen von gleichgeschlechtlichen Lebensgemeinschaften anzunehmen ist. Es ist jedenfalls möglich, im Wege des Vertrages zugunsten Dritter (§ 328 BGB) einen Unterhaltsanspruch des gezeugten Kindes gegen den Wunschelternteil zu begründen. Dritte im Sinne eines solchen Vertrages können auch noch nicht gezeugte natürliche Personen sein.⁷⁰

Im Übrigen ist die Rechtslage noch nicht eindeutig geklärt. In der Literatur wird jedenfalls angenommen, dass Freistellungsverpflichtungen in Bezug auf Kindesunterhalt gegenüber dem Spender durch die „Eltern“ im Innenverhältnis möglich sind. In welchem Umfang, ist allerdings noch unklar.⁷¹ Sittenwidrig dürfte es jedenfalls sein, wenn durch die Freistellung ein Verzicht auf die Elternrechte durch den Spender erkaufte wird.⁷² Im Übrigen wird dem Kind jedoch

durch eine reine Freistellungsvereinbarung im Innenverhältnis zwischen Wunscheltern und biologischen Vater kein Anspruchsgegner für die Geltendmachung eines gesetzlichen Unterhaltsanspruchs genommen. Anhaltspunkte für eine generelle Sittenwidrigkeit solcher Vereinbarungen sind daher mE nicht ersichtlich. Eine in der Freistellungsvereinbarung enthaltene Verpflichtung, auch für das Kind keine Ansprüche geltend zu machen, dürfte demgegenüber ein unzulässiger Vertrag zu Lasten Dritter sein.⁷³

Kritischer sind auch Vereinbarungen zu beurteilen, die Freistellungsverpflichtungen im Hinblick auf erbrechtliche Ansprüche des Kindes gegenüber dem Spender betreffen, da diese für den Übernehmenden in Umfang und Höhe zum Zeitpunkt des Abschlusses der Vereinbarung un kalkulierbar und möglicherweise existenzbedrohend sein können. Hier kann eine „Deckelung“ der Freistellungsverpflichtung u. U. weiterhelfen.⁷⁴

Bei privaten Samenspenden kann eine Freistellungsverpflichtung gleichwohl keine vollständige Sicherheit des Samenspenders erreichen. Da hier § 1600 d Abs. 4 BGB keine Anwendung findet, ist die Feststellung des Samenspenders als rechtlicher Vater nicht ausgeschlossen. Damit kann diesem auch keine Sicherheit gegenüber etwaigen Ansprüchen des Kindes garantiert werden.

4. Verzicht auf Anfechtung der Vaterschaft

Insoweit noch die Möglichkeit einer Vaterschaftsanfechtung besteht, könnte eine Absicherung der Beteiligten dadurch erlangt werden, dass in der Kinderwunschvereinbarung durch alle Beteiligten ein Verzicht auf das Anfechtungsrecht erklärt wird. Während dies mit Wirkung für das Kind als Vertrag zu Lasten Dritter ohnehin nicht möglich ist, ist auch im Übrigen die Möglichkeit eines Verzichts der Vaterschaftsanfechtung durch den Samenspender fraglich.⁷⁵ Der BGH scheint jedoch von der Zulässigkeit eines solchen Verzichts auszugehen.⁷⁶

Regelmäßig dürfte in der Bereitschaft zur Mitwirkung an der Insemination bereits der Wille des Samenspenders zum Ausdruck kommen, nicht als rechtlicher Vater agieren zu wollen. Ein ausdrücklich erklärter Verzicht dürfte daher wohl zulässig sein. Ob dieser unwiderruflich erteilt werden kann, darf jedoch in Anbetracht der Höchstpersönlichkeit der zugrundeliegenden Rechtsbeziehungen bezweifelt werden.

5. Sonstige Vereinbarungen

Häufig wird der Samenspender auch im Rahmen einer privat organisierten Insemination seine Anonymität auch gegenüber dem zu zeugenden Kind wahren wollen. Problematisch dürften in diesem Zusammenhang in jedem Fall etwaige Geheimhaltungsverpflichtungen der Wunscheltern oder ausdrückliche Anonymitätszusagen an den Samenspender sein. Das Kind hat ein unabdingbares Recht auf Kenntnis seiner Abstammung als verfassungsrechtlich garantierter Bestandteil seines Persönlichkeitsrechts. Inso-

65 So auch *Pauli* NZFam 2016, 57 (58).

66 Vgl. *MüKoBGB/Maurer*, 7. Aufl. 2017, § 1752 Rn. 5, 18.

67 *Meier* NZFam 2014, 337 (340).

68 Vgl. bspw. *Grziwotz* notar 2018, 163 (173).

69 Vgl. oben unter B. II 1.

70 *Staudinger/Schinkels*, BGB, 2017, § 328 Rn. 21.

71 Vgl. *Wilms* RNotZ 2012, 141 (157) mwN; für die Zulässigkeit *Roth* DNotZ 2003, 805 (820); für einen konkludenten mit der Einwilligung erklärten Freistellungsvertrag zugunsten Dritter *Hager*, Die Stellung des Kindes nach heterologer Insemination, 1997, S. 15.

72 *Wilms* RNotZ 2012, 141 (157); *Palandt/Ellenberger*, 78. Aufl. 2019, § 138 Rn. 48.

73 *Meier* NZFam 2014, 337 (341).

74 *Wilms* RNotZ 2012, 141 (157 f.); für generelle Unzulässigkeit *Volmer* BWNotZ 1998, 156 (157).

75 Vgl. *MüKoBGB/Wellenhofer*, 7. Aufl. 2017, § 1600 Rn. 21; *Löhnig/Preisner* FamFR 2013, 340 (341 f.).

76 BGHNJW 2015, 1820.

weit handelt es sich um einen Ausfluss der Menschenwürde des Kindes.⁷⁷ Daher sind auch die Wunscheltern dem Kind gegenüber zur Offenlegung verpflichtet. Eine entsprechende Vereinbarung zur Geheimhaltung auch gegenüber dem Kind ist daher als unzulässiger Vertrag zugunsten Dritter unwirksam.⁷⁸

Handelt es sich um eine alleinstehende Frau, so wird teilweise die Erklärung einer sog. „Garantieperson“ verlangt, die den Samenspender (und/oder den assistierenden Arzt, falls vorhanden) von einer Inanspruchnahme durch das Kind freistellt. Häufig treten als Garantiepersonen dabei Familienmitglieder der Mutter auf. Solche Vereinbarungen können Fragen im Hinblick auf § 138 BGB aufwerfen. Zieht man etwa eine Parallele zur Rechtsprechung des BGH zur sog. Angehörigenbürgschaft,⁷⁹ so dürfte zumindest die emotionale Zwangslage der Beteiligten, das persönliche Näheverhältnis der Garantieperson zur Mutter und die häufig erheblichen potentiellen Forderungen, die von der Freistellungsvereinbarung erfasst sind, ein gewisses Risiko der Sittenwidrigkeit begründen.

In bestimmten Konstellationen ist teilweise von den Beteiligten auch ausdrücklich der Kontakt des Kindes mit dem genetischen Vater gewünscht. Es besteht daher das Bedürfnis dem Samenspender ein Umgangsrecht mit dem Kind einzuräumen, auch wenn dieser von einer rechtlichen Elternstellung ausgeschlossen sein soll. Ob die Beteiligten vertraglich bindend ein Umgangsrecht eines Dritten begründen können, ist bisher nicht geklärt. In der Gestaltungsliteratur wird dies entsprechend § 1686 a Abs. 1 BGB für zulässig gehalten, wenn der genetische Vater zu dem Kind eine sozial familiäre Beziehung aufbauen will.⁸⁰ Die Durchsetzbarkeit einer solchen Vereinbarung dürfte im Einzelfall aber immer nur dann möglich sein, wenn ein Umgangsrecht tatsächlich dem Kindeswohl dient.

III. Zulässigkeit entsprechender Vereinbarungen nach Einführung des Samenspenderregisters

Vor dem Hintergrund der Neuerungen durch das Gesetz zur Regelung des Rechts auf Kenntnis der Abstammung bei heterologer Verwendung von Samen ist in der Literatur vertreten worden, dass jegliche Insemination, die nicht unter den Voraussetzungen erfolgt, nach der gem. § 1600 d Abs. 4 BGB eine Feststellung des Samenspenders als rechtlicher Vater nicht in Betracht kommt, nunmehr als illegal anzusehen ist und der Notar daher an der Beurkundung derartiger Vereinbarungen zukünftig gehindert ist.⁸¹

Eine derartige Konsequenz lässt sich freilich der Neuregelung meiner persönlichen Ansicht nach nicht entnehmen. Vielmehr ist nach den oben dargestellten Grundsätzen maßgebliche Zielsetzung des Gesetzes die Absicherung der Samenspender und die Gewährleistung des Rechtes des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung gewesen. Dies bedeutet jedoch nicht, dass der Gesetzgeber jeglichen anderen Formen der Fortpflanzung, insbesondere der pri-

vat organisierten Samenspende, die unmittelbarer Ausdruck der grundrechtlich geschützten Fortpflanzungsfreiheit als Bestandteil der Menschenwürde ist, das Verdikt der Illegalität hat aufdrücken wollen. Es mag zwar wünschenswert sein, dass auch für Beteiligte an privaten Samenspenden die Dokumentations- und Aufklärungspflichten des SaRegG anwendbar wären, um auch hier eine optimale Absicherung der Beteiligten zu erreichen. Dass der Gesetzgeber dies bisher nicht vorgesehen hat, bedeutet jedoch nicht, dass private Samenspenden nicht mehr zulässig sind. Notarielle Vereinbarungen können daher mE weiterhin beurkundet werden und sind gerade in diesem Bereich aufgrund der fehlenden Absicherung über § 1600 d Abs. 4 BGB auch weiterhin dringend zu empfehlen.

Es kann dabei allerdings nunmehr erwogen werden, die notariellen Vereinbarungen im Hinblick auf die in § 4 SaRegG vorgesehene Belehrung der Beteiligten zu ergänzen.⁸² Eine bestimmte Form ist dabei für die Aufklärung zwar nicht vorgesehen, eine notarielle Beurkundung ist aber jedenfalls zulässig und gewährleistet die tatsächliche Unterrichtung der Beteiligten über die aufklärungsrelevanten Tatsachen.

Ergänzend ist zu erwägen, ob nicht auch in Vereinbarungen, die private Samenspenden betreffen, zumindest ein ausdrücklicher Hinweis auf das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner eigenen Abstammung aufgenommen werden sollte, um diesbezüglich einen Gleichlauf der Aufklärung bei privaten und ärztlich assistierten Inseminationen zu erreichen. Erwogen werden kann auch die Begründung eines Auskunftsanspruches des Kindes hinsichtlich des Samenspenders entsprechend den Regelungen des SaRegG.⁸³

C. Fazit

Zusammenfassend kann damit festgehalten werden, dass trotz Einführung des Samenspenderregisters und der Einführung des § 1600 d Abs. 4 BGB die rechtliche Situation in vielen Fällen noch unbefriedigend gelöst ist. Dies gilt insbesondere für den Bereich der privat organisierten Samenspende, für gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaften, unverheiratete Paare und alleinstehende Frauen, die in vielen Fällen auf privat organisierte Samenspenden angewiesen sind, die durch den Gesetzgeber bisher keine Regelung erfahren haben.

Die Beteiligten, nicht zuletzt auch das gezeugte Kind, sind daher vielen rechtlichen Unsicherheiten ausgesetzt. Notarielle Wunschkindvereinbarungen können hier teilweise zur Sicherung der Rechtslage beitragen. Sie sind daher mE auch nach neuer Rechtslage weiterhin zulässig und wichtiges Instrument zur Sicherung der Rechte von Samenspendern, Wunscheltern und Kindern. Das Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung muss dabei freilich auch in diesen Vereinbarungen gewahrt werden.

Wünschenswert ist die Klärung der abstammungsrechtlichen Fragen durch den Gesetzgeber, die Anpassung der Rechtslage an neue Familienmodelle und die Gleichstellung der privat organisierten und der ärztlich assistierten konsentierten Insemination, um schwierige Abgrenzungsfragen und zufällige Ergebnisse zu Lasten von Wunscheltern, Samenspendern und Kindern zu vermeiden. ■

77 BVerfGE 117, 202; vgl. hierzu auch *Runge-Rannow* ZRP 2017, 43.

78 Vgl. hierzu auch *Roth* DNotZ 2003, 805 (821) mwN.

79 Vgl. hierzu *MüKoBGB/Habersack*, 7. Aufl. 2017, § 765 Rn. 23 ff.

80 *BeckNotarHB/Grziwotz*, 6. Aufl. 2015, B. V. VII. Rn. 87.

81 Vgl. *Koch*, Vereinbarungen zur künstlichen Fortpflanzung, in: *Familie und Recht*, Symposium des Instituts für Notarrecht an der Universität Würzburg 2018, S. 25 (35).

82 *Wehrstedt* MittBayNot 2019, 122 (124 f.).

83 So der Vorschlag bei *Grziwotz* notar 2018, 163 (173).

1. Liegenschaftsrecht – Zur Eintragung einer Grunddienstbarkeit „innerhalb des in Wohnungseigentum aufgeteilten Grundstücks“

(BGH, Beschluss vom 17.1.2019 – V ZB 81/18)

BGB § 1018

GBO §§ 22 Abs. 1 S. 1, 53 Abs. 1 S. 2

WGV § 4 Abs. 1

1. Ein nach dem Wohnungseigentumsgesetz aufgeteiltes Grundstück kann zugunsten einer der Sondereigentumseinheiten mit einer Grunddienstbarkeit belastet werden, die ihrem Inhalt nach nur an dem ganzen Grundstück bestellt werden kann; der Eintragung der Dienstbarkeit in das Wohnungs- oder Teileigentumsgrundbuch der herrschenden Sondereigentumseinheit bedarf es hierfür nicht.
2. Das Fehlen des nach § 4 Abs. 1 WGV vorgeschriebenen Gesamtvermerks führt nicht zur Unwirksamkeit der Belastung des nach dem Wohnungseigentumsgesetz aufgeteilten Grundstücks mit einer Grunddienstbarkeit.
3. Aus dem Umstand allein, dass eine Grunddienstbarkeit, die nach ihrem Inhalt nur an dem ganzen, nach dem Wohnungseigentumsgesetz aufgeteilten Grundstück bestellt werden kann, in die Grundbücher der einzelnen Sondereigentumseinheiten ohne den nach § 4 Abs. 1 WGV vorgeschriebenen Gesamtvermerk eingetragen worden ist, kann nicht geschlossen werden, dass eine i. S. v. § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO inhaltlich unzulässige Belastung der einzelnen Sondereigentumseinheiten vorliegt (entgegen BayObLG, MittBayNot 1995, 288).

Zur Einordnung

In der nachstehend abgedruckten Entscheidung beschäftigt sich der BGH mit Fragen zur „grundstücksinternen“ Bestellung von Grunddienstbarkeiten. Diese können auftreten, wenn das betroffene Grundstück in Wohnungseigentum aufgeteilt ist.

Die Belastung eines einzelnen Wohnungseigentumsrechts mit einer Dienstbarkeit ist zwar prinzipiell möglich, aber nur insoweit, wie sie ihrem vorgesehenen Inhalt nach allein die Rechte des konkret betroffenen Wohnungseigentümers einschränkt. Die Ausübung der Dienstbarkeit muss sich dazu auf die (gemeinsame oder ausschließliche) Nutzung des Sondereigentums und ggf. die Mitbenutzung des gemeinschaftlichen Eigentums beschränken (BGH DNotZ 1990, 493 [494 f.] mAnm *Amann*; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 2952). Kann das Recht hingegen nur auf dem gesamten gemäß den Vorschriften des WEG aufgeteilten Grundstück ausgeübt werden – was bspw. der Fall ist, wenn jemandem ein ausschließliches Nutzungsrecht an Teilen des Gemeinschaftseigentums eingeräumt werden soll – so ist die Bestellung einer Dienstbarkeit zulasten des gesamten Grundstücks zwingend erforderlich (vgl. Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 2948). In diesem Fall ist das Recht grundbuchtech-

nisch als Belastung in Abt. II jedes auf dem Grundstück angelegten Wohnungs- oder Teileigentumsgrundbuchs einzutragen, wobei jeweils kenntlich zu machen ist, dass das aufgeteilte Grundstück als Ganzes belastet ist („Gesamtvermerk“, vgl. § 3 Abs. 9 GBO und § 4 Abs. 1 WGV).

Es ist sogar möglich, eine das Gemeinschaftseigentum betreffende und infolgedessen auf dem gesamten aufgeteilten Grundstück lastende Grunddienstbarkeit zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines Wohnungseigentumsrechts auf eben diesem Grundstück zu bestellen (vgl. nur BGH DNotZ 1990, 493; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 2948; für weitere Beispiele aus der Rspr. *MüKoBGB/Mohr*, 7. Aufl. 2017, § 1018 Rn. 21 [dort in Fn. 154]). Ein dahingehender praktischer Bedarf kann sich insbesondere bei größeren Wohnanlagen ergeben, wenn etwa dem Eigentümer eines als eigenständigem Teileigentum angelegten Technik- oder Heizungsraums nicht nur die darin befindlichen Anlagen gehören sollen, sondern außerdem geplant ist, ihm ein grundbuchlich abgesichertes Recht an den hiervon abzweigenden, im ganzen Gebäude verlaufenden Leitungen zuzuweisen.

In der geschilderten Fallkonstellation stellen sich ua die Fragen danach, ob und ggf. wie eine solche „grundstücksinterne“ Grunddienstbarkeit auch im Grundbuch der herrschenden Einheit einzutragen ist und welche Konsequenzen sich für den Bestand des Rechts ergeben, wenn die Eintragung des grundbuchrechtlich vorgesehenen Gesamtvermerks versehentlich unterbleibt. Diesbzgl. hat nun der BGH bestätigt, dass 1. eine Eintragung in Abt. II der herrschenden Einheit unstatthaft ist und im dortigen Grundbuch allenfalls fakultativ im Bestandsverzeichnis als Herrschvermerk gem. § 9 GBO möglich ist und 2. es sich bei § 4 Abs. 1 WGV um eine bloße Ordnungsvorschrift handelt, so dass ein vom Grundbuchamt versehentlich vergessener Gesamtvermerk nicht die Unzulässigkeit der Eintragung in Abt. II zur Folge hat. Das BayObLG hatte dies in einer früheren Entscheidung noch anders beurteilt und die Voraussetzungen einer Amtslöschung der in Rede stehenden Dienstbarkeit nach § 53 Abs. 1 S. 2 GBO als erfüllt angesehen (vgl. *MittBayNot* 1995, 288 [289 f.]).

Der Beschluss des BGH verschafft der Praxis Rechtssicherheit im Umgang mit Grunddienstbarkeiten, die als „interne Rechte“ innerhalb eines in Wohnungseigentum aufgeteilten Grundstücks bestellt werden. Auch wenn das Fehlen eines Gesamtvermerks materiellrechtlich ohne Auswirkungen bleibt, sollte der entsprechende Gestaltungen begleitende Notar die Eintragungsnachrichten des Grundbuchamts mit der gebotenen Sorgfalt prüfen und beim Grundbuchamt ggf. auf eine Korrektur der Eintragung durch Ergänzung des Gesamtvermerks hinwirken. Schließlich sei mit Blick auf notarielle Gestaltungsaufgaben angemerkt, dass alternativ zur „grundstücksinternen“ Grunddienstbarkeit bei Aufteilung in Wohnungseigentum zumindest in den Fällen des § 1018 1. Var. BGB („Nutzungsdienstbarkeit“) auch ein Sondernutzungsrecht zugunsten der herrschenden Einheit vereinbart werden könnte.

Die Schriftleitung (JHB)

Zum Sachverhalt:

A.

[1] Die Beteiligte zu 1 ist seit 2013 Eigentümerin einer Wohnung, die zu einem Ferienpark mit weit über 1.000 Wohnungen gehört. Die frühere Eigentümerin des Gesamtgrundstücks hatte dieses 1969 in Wohnungs- und Teileigentum aufgeteilt, für das jeweils gesonderte Grundbuchblätter angelegt wurden. Im Bereich des Teileigentums, das in dem Teileigentumsgrundbuch auf Blatt 1016 verzeichnet ist und heute im Eigentum der Beteiligten zu 2 steht, befindet sich das Heizwerk für die gesamte Ferienanlage. Auf sämtlichen Wohnungs- und Teileigentumsgrundbuchblättern mit Ausnahme des Grundbuchblatts 1016 ist in Abteilung II jeweils eingetragen eine Grunddienstbarkeit (Fernheizungsrecht) für den jeweiligen Eigentümer des in Heiligenhafen Blatt 1016 eingetragenen Teileigentums, gemäß Bewilligung vom 12. Dezember 1969. Die den Eintragungen zu Grunde liegende Bewilligung der teilenden Eigentümerin lautet wie folgt:

„In den Wohnungsgrundbüchern von Heiligenhafen Blatt 350-1015 und 1017-1180 beantrage ich – namens der Firma [...] – in Abteilung II folgendes einzutragen:

Grunddienstbarkeit zu Gunsten des jeweiligen Eigentümers des Teileigentums (Heizwerk) eingetragen im Teileigentumsgrundbuch von Heiligenhafen Blatt 1016, folgenden Inhalts:

1. daß auf dem belasteten Grundstück Rohre für Fernheizung, welche von dem jeweiligen Eigentümer des Teileigentums, eingetragen im Teileigentumsgrundbuch von Heiligenhafen Blatt 1016, betrieben wird, verlegt werden dürfen und zu diesem Zwecke, sowie zur Reparatur und Inspektion, das belastete Grundstück von den Beauftragten des Teileigentümers betreten werden darf,
2. daß die Errichtung eigener Heizanlagen auf dem Grundstück und Entnahme fremder Heizkraft unzulässig ist,
3. die Überlassung der Ausübung der Dienstbarkeit an einen Dritten ist gestattet.“

[2] Mit Schreiben vom 31. Mai 2017 hat die Beteiligte zu 1 bei dem Grundbuchamt mit der Begründung, die Grunddienstbarkeit sei ihrem Inhalt nach unzulässig und nicht wirksam entstanden, die Amtslöschung angeregt. Dies hat das Grundbuchamt abgelehnt. Die hiergegen gerichtete Beschwerde ist erfolglos geblieben. Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgt die Beteiligte zu 1 ihr Löschungsbegehren weiter. Die Beteiligte zu 2 beantragt die Zurückweisung des Rechtsmittels.“

Aus den Gründen:

B.

Entscheidung der Vorinstanz

[3] Das Beschwerdegericht meint, das Grundbuchamt habe die amtswegige Löschung der Grunddienstbarkeit gemäß § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO zu Recht abgelehnt. Diese sei nicht ihrem Inhalt nach unzulässig, da Fernwärmebezugspflichten durch eine Grunddienstbarkeit, die die Errichtung und den Betrieb von Heizungsanlagen untersage, mittelbar dinglich abgesichert werden dürften. Es sei auch grundsätzlich möglich, eine Grunddienstbarkeit an einem Wohnungs- oder Teileigentum zu Gunsten eines anderen Wohnungs- oder Teileigentums zu bestellen. Das Recht erhalte nicht dadurch einen unzulässigen Inhalt, dass die Dienst-

barkeit zu Gunsten des auf dem Grundbuchblatt 1016 verzeichneten Teileigentums dort nicht zugleich als Belastung eingetragen und auch kein ausdrücklicher Vermerk gemäß § 4 Abs. 1 Satz 2 WGV über die Belastung des gesamten Grundstücks in allen belasteten Grundbuchblättern aufgenommen worden sei. Eine Eintragung in dem Grundbuchblatt des „herrschenden“ Teileigentums sei nicht erforderlich gewesen. Die Vorschriften der Wohnungsgrundbuchverfügung seien zudem Ordnungsvorschriften; materiell-rechtlich sei die Dienstbarkeit mit der Eintragung auf allen Wohnungsgrundbuchblättern – mit Ausnahme von Blatt 1016 – entstanden.

C.

Die Rechtsbeschwerde ist unbegründet

[4] Die nach § 78 Abs. 1 GBO statthafte und gemäß § 78 Abs. 3 Satz 1 GBO i. V. m. § 71 FamFG auch im Übrigen zulässige Rechtsbeschwerde ist unbegründet. Die von der Beteiligten zu 1 beanstandete Eintragung der Dienstbarkeit ist nicht zu löschen.

I.

Keine Amtslöschung der Dienstbarkeit nach § 53 Abs. 1 S. 2 GBO

[5] Die Eintragung der Dienstbarkeit ist inhaltlich zulässig und daher nicht nach § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO von Amts wegen zu löschen.

[6] 1. Inhaltlich unzulässig i. S. d. § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO ist eine Eintragung, die ihrem – gegebenenfalls durch Auslegung zu ermittelnden – Inhalt nach einem Rechtszustand oder -vorgang verlautbart, den es nicht geben kann, oder wenn sie etwas Widersprüchliches verlautbart und ihre Bedeutung auch bei zulässiger Auslegung nicht ermittelt werden kann; ebenfalls als nach ihrem Inhalt unzulässig ist eine Eintragung anzusehen, die ein an sich eintragungsfähiges Recht mit einem gesetzlich nicht erlaubten Inhalt verlautbart. Dabei muss sich die Unzulässigkeit aus dem Eintragungsvermerk selbst oder den zulässig in Bezug genommenen Eintragungsunterlagen ergeben (Senat, Beschluss vom 13. Juli 2017 – V ZB 136/16, NJW 2017, 3715 Rn. 8 mwN; Beschluss vom 13. September 2018 – V ZB 2/18, FGPrax 2018, 245 Rn. 13).

Die Voraussetzungen des § 53 Abs. 1 S. 2 GBO sind hier nicht erfüllt

[7] 2. Das Beschwerdegericht geht zutreffend davon aus, dass diese Voraussetzungen nicht vorliegen.

Die Grunddienstbarkeit hat einen zulässigen Inhalt

[8] a) Die Grunddienstbarkeit hat – was die Rechtsbeschwerde nicht in Abrede stellt – einen zulässigen Inhalt, insbesondere können Fernwärmebezugspflichten durch eine Grunddienstbarkeit mittelbar dinglich abgesichert werden (vgl. Senat, Urteil vom 2. März 1984 – V ZR 155/83, WM 1984, 820 f.).

Die Eintragung verlautbart auch einen Rechtszustand, den es geben kann

[9] b) Die Eintragung, deren Löschung die Beteiligte zu 1 begehrt, verlautbart ihrem Inhalt nach auch nicht einen Rechtszustand, den es nicht geben kann. Zwar konnte die Grunddienstbarkeit ihrem Inhalt nach nur an dem ganzen Grundstück bestellt werden, so dass ihre Eintragung als Belastung (nur) der einzelnen Sondereigentumseinheiten in-

haltlich unzulässig i. S. v. § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO wäre. Entgegen der Auffassung der Beteiligten zu 1 lastet die Grunddienstbarkeit aber nicht auf einzelnen Sondereigentumseinheiten, sondern auf dem ganzen Grundstück.

Mit der Grunddienstbarkeit war hier das gesamte Grundstück zu belasten

[10] aa) Die Grunddienstbarkeit konnte jedenfalls hinsichtlich des Leitungs- und Betretensrechts ihrem Inhalt nach nur an dem ganzen Grundstück bestellt werden.

Eine einzelne Sondereigentumseinheit kann mit einer Grunddienstbarkeit nur insoweit belastet werden, wie sie ihrem Eigentümer alleinige Nutzungsbefugnisse vermittelt

[11] (1) Das Wohnungseigentum kann Gegenstand einer Belastung mit einer Grunddienstbarkeit sein und diese kann auch zugunsten des jeweiligen Eigentümers einer anderen Wohnung bestellt werden (vgl. Senat, Urteil vom 19. Mai 1989 – V ZR 182/87, BGHZ 107, 289, 292). Allerdings reicht die Befugnis des einzelnen Wohnungseigentümers zur Belastung seines Wohnungseigentums nur so weit, wie er zu der Nutzung (§ 1018 Alt. 1 BGB), Vornahme einer Handlung (§ 1018 Alt. 2 BGB) oder Rechtsausübung (§ 1018 Alt. 3 BGB) allein befugt ist. Daher kann der Wohnungseigentümer sich zwar dinglich verpflichten, ein bestimmtes Fenster seiner Wohnung nicht zu öffnen, auch wenn die Fenster zumindest teilweise im gemeinschaftlichen Eigentum stehen, weil er an den in seiner Wohnung befindlichen Gebäudeteilen ein alleiniges Nutzungsrecht hat (vgl. Senat, Urteil vom 19. Mai 1989 – V ZR 182/87, BGHZ 107, 289, 293). Eine Belastung seines Wohnungseigentums mit einer Dienstbarkeit, die das der gemeinschaftlichen Nutzung unterliegende Gemeinschaftseigentum betrifft, ist dem Wohnungseigentümer hingegen nicht gestattet. Hierfür bedarf es vielmehr einer Belastung des gemeinschaftlichen Eigentums (vgl. Senat, Urteil vom 19. Mai 1989 – V ZR 182/87, BGHZ 107, 289, 294). Deshalb muss ein in Wohnungs- bzw. Teileigentum aufgeteiltes Grundstück als Ganzes belastet werden, wenn das Recht seiner Natur nach nur an dem Grundstück, nicht aber an dem einzelnen Wohnungs- oder Teileigentum bestehen kann (Demharter, GBO, 31. Aufl., Anhang zu § 3 Rn. 69; Meikel/Morvilus, GBO 11. Aufl., Einl. B Rn. 191; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rn. 2948; vgl. auch § 4 Abs. 1 Satz 1 WGV sowie Senat, Beschluss vom 23. Juli 2015 – V ZB 1/14, NJW-RR 2015, 1497 Rn. 19). Ob dies der Fall ist, richtet sich nach dem durch Auslegung zu ermittelnden Inhalt der Dienstbarkeit.

Der Inhalt der Grunddienstbarkeit hat im vorliegenden Fall die Belastung des gesamten Grundstücks erfordert

[12] (2) Der Inhalt der in Rede stehenden Dienstbarkeit erforderte eine Belastung des ganzen Grundstücks, denn dem Eigentümer des herrschenden Grundstücks wird unter anderem ein Leitungsrecht an dem dienenden Grundstück eingeräumt sowie das Recht, das Grundstück für Reparaturen und Inspektionen zu betreten. Diese Rechte betreffen das Grundstück als Ganzes und können somit nur durch dessen Belastung eingeräumt werden (vgl. Senat, Urteil vom 29. November 1961 – V ZR 181/60, BGHZ 36, 187, 189; Beschluss vom 23. Juli 2015 – V ZB 1/14, NJW-RR 2015, 1497 Rn. 19). Die Eintragung der Grunddienstbarkeit als Belastung (nur) der einzelnen Sondereigentumseinheiten wäre folglich inhaltlich unzulässig i. S. v. § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO.

Dieser Rechtszustand wird von der Grundbucheintragung gedeckt

[13] bb) Das Beschwerdegericht geht zutreffend davon aus, dass die Eintragung vorliegend den Inhalt hat, dass die Grunddienstbarkeit auf dem ganzen Grundstück lastet und nicht lediglich auf den einzelnen Sondereigentumseinheiten, in deren Wohnungsgrundbücher sie eingetragen wurde.

Grundbucheintragungen sind nach ihrem Wortsinn und den jedermann ohne weiteres erkennbaren Begleitumständen einer Auslegung zugänglich

[14] (1) Welchen Inhalt die Grundbucheintragung hat, ist durch Auslegung zu ermitteln, die der Senat selbst vornehmen kann (st. Rspr.: Senat, Urteil vom 26. Oktober 1984 – V ZR 67/83, BGHZ 92, 351, 355; Urteil vom 19. September 2008 – V ZR 164/07, NJW 2008, 3703 Rn. 11; Beschluss vom 6. November 2014 – V ZB 131/13, NJW-RR 2015, 208 Rn. 10; Beschluss vom 13. September 2018 – V ZB 2/18, FGPrax 2018, 245 Rn. 16). Das gilt sowohl für die Eintragung selbst als auch für die in Bezug genommene Eintragungsbewilligung (vgl. Senat, Urteil vom 14. März 1969 – V ZR 61/66, WM 1969, 661; Beschluss vom 17. November 2011 – V ZB 58/11, NJW 2012, 530 Rn. 12). Bei der Auslegung ist vorrangig auf den Wortlaut und den Sinn abzustellen, wie er sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung des Eingetragenen ergibt. Außerhalb dieser Urkunden liegende Umstände dürfen nur insoweit mit herangezogen werden, als sie nach den besonderen Verhältnissen des Einzelfalles für jedermann ohne weiteres erkennbar sind (st. Rspr.: Senat, Urteil vom 26. Oktober 1984 – V ZR 67/83, aaO; Urteil vom 7. Juli 2000 – V ZR 435/98, BGHZ 145, 16, 20 f.; Urteil vom 8. Februar 2002 – V ZR 252/00, NJW 2002, 1797, 1798; Urteil vom 15. November 2013 – V ZR 24/13, NJW 2014, 311 Rn. 6; Beschluss vom 13. September 2018 – V ZB 2/18, FGPrax 2018, 245 Rn. 16).

Hiernach ist von einer Belastung des gesamten Grundstücks auszugehen

[15] (2) Danach hat die Eintragung der Grunddienstbarkeit in den Wohnungsgrundbüchern der einzelnen Sondereigentumseinheiten den Inhalt, dass das ganze Grundstück zugunsten des herrschenden Teileigentums mit der Grunddienstbarkeit belastet ist.

Der Wortlaut der Grundbucheintragung ist nicht eindeutig

[16] (a) Dem Wortlaut der Eintragung lässt sich allerdings nicht eindeutig entnehmen, ob eine Belastung des ganzen Grundstücks vorliegt.

[17] (aa) Eindeutig wäre der Wortlaut der Eintragung nur, wenn sie den Vorgaben des § 4 WGV entspräche. Nach Abs. 1 Satz 1 dieser Vorschrift sind Rechte, die ihrer Natur nach nicht an dem Wohnungseigentum als solchem bestehen können, in der Weise einzutragen, dass die Belastung des ganzen Grundstücks erkennbar ist. Die Belastung ist nach Satz 2 in sämtlichen für Miteigentumsanteile an dem belasteten Grundstück angelegten Wohnungs- und Teileigentumsgrundbüchern einzutragen, wobei jeweils auf die übrigen Eintragungen zu verweisen ist (sog. Gesamtvermerk). An einem solchen Gesamtvermerk fehlt es indes.

[18] (bb) Das Fehlen des Gesamtvermerks hat andererseits aber nicht zur Folge, dass ohne weiteres von einer inhaltlich unzulässigen Belastung der einzelnen – dienenden – Sonder-

eigentumseinheiten auszugehen wäre (so aber BayObLG, MittBayNot 1995, 288, 289). Aus dem Umstand allein, dass eine Grunddienstbarkeit, die nach ihrem Inhalt nur an dem ganzen, nach dem Wohnungseigentumsgesetz aufgeteilten Grundstück bestellt werden kann, in die Grundbücher der einzelnen Sondereigentumseinheiten ohne den nach § 4 Abs. 1 Satz 2 WGV vorgeschriebenen Gesamtvermerk eingetragen worden ist, kann nicht geschlossen werden, dass eine i. S. v. § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO inhaltlich unzulässige Belastung der einzelnen Sondereigentumseinheiten vorliegt. Vielmehr ist in einem solchen Fall der Inhalt der Eintragung und der Eintragungsbewilligung nach ihrem nächstliegenden Sinn zu ermitteln, der trotz fehlenden Gesamtvermerks in einer Belastung des ganzen Grundstücks liegen kann (zutreffend Meikel/Böttcher, GBO, 10. Aufl., WGV § 4 Rn. 10; Amann, MittBayNot 1995, 267, 269; Böttcher, ZfIR 1997, 321, 323).

Auch der Wortlaut der Eintragungsbewilligung ist nicht eindeutig

[19] (b) Auch die Eintragungsbewilligung ist vorliegend nicht eindeutig, denn sie lässt nur erkennen, dass die Grunddienstbarkeit in die Wohnungsgrundbücher Blatt 350-1015 und 1017-1180 zu Gunsten des jeweiligen Eigentümers des Teileigentums zu Blatt 1016 eingetragen werden sollte.

Am nächstliegenden ist eine Auslegung zugunsten des im konkreten Fall einzig zulässigen Inhalts, nämlich dass die Grunddienstbarkeit auf dem gesamten Grundstück lasten sollte

[20] (c) Nächstliegende Bedeutung der Eintragung ist, dass die Grunddienstbarkeit, die ihrem Inhalt nach nur an dem ganzen Grundstück bestellt werden konnte, auf diesem lastet und nicht, was inhaltlich unzulässig wäre, lediglich auf den einzelnen – dienenden – Sondereigentumseinheiten. Etwas Anderes folgt nicht daraus, dass die Grunddienstbarkeit nicht in alle für die jeweiligen Miteigentumsanteile gebildeten Wohnungs- bzw. Teileigentumsgrundbücher eingetragen wurde.

[21] (aa) Allerdings erfordert die Belastung des ganzen Grundstücks grundsätzlich eine Eintragung der Grunddienstbarkeit in alle für das Grundstück gebildeten Wohnungs- und Teileigentumsgrundbücher. Die Belastung des nach dem Wohnungseigentumsgesetz aufgeteilten Grundstücks ist eine Verfügung über den gemeinschaftlichen Gegenstand i. S. v. § 747 Satz 2 BGB und erfordert daher materiell nach § 873 Abs. 1 BGB die Einigung des Berechtigten mit allen Wohnungs- bzw. Teileigentümern – die hier durch die Bewilligung der teilenden Alleineigentümerin nachgewiesen ist (vgl. zur Zulässigkeit der sog. Eigentümerdienstbarkeit Senat, Urteil vom 11. März 1964 – V ZR 78/62, BGHZ 41, 209, 210; Urteil vom 8. April 1988 – V ZR 120/87, NJW 1988, 2362, 2363) – und die Eintragung der Belastung auf dem Grundstück (vgl. Demharter, GBO, 31. Aufl., Anhang zu § 3 Rn. 96; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rn. 2948). Da für das Grundstück als Ganzes nach der Aufteilung in Wohnungs- bzw. Teileigentum kein eigenes Grundbuchblatt mehr besteht (§ 7 Abs. 1 Satz 3 WEG), ist das Recht in alle für die jeweiligen Miteigentumsanteile gebildeten Wohnungs- bzw. Teileigentumsgrundbücher (§ 7 Abs. 1 Satz 1 WEG) einzutragen (vgl. Meikel/Morvilius, GBO, 11. Aufl., Einl. B Rn. 192; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rn. 2949; Böttcher, ZfIR 1997, 321, 323; sowie auch schon Senat, Urteil vom 19. Mai 1989 – V ZR 182/87, BGHZ 107, 289,

294: „Eintragung der Dienstbarkeit auf allen Wohnungseinheiten“). Die auf dem ganzen Grundstück lastende Grunddienstbarkeit entsteht folglich nicht, wenn sie nicht in alle für die jeweiligen Miteigentumsanteile gebildeten Wohnungs- bzw. Teileigentumsgrundbücher – die in ihrer Summe das Grundbuch des Gesamtgrundstücks bilden – eingetragen wird, und sie erlischt insgesamt, wenn sie auch nur an einem Miteigentumsanteil nachträglich in Wegfall gerät (vgl. Senat, Urteil vom 21. Juni 1974 – V ZR 164/72, NJW 1974, 1552, 1553 unter 2 c, insoweit nicht abgedruckt in BGHZ 62, 388; Beschluss vom 23. Juli 2015 – V ZB 1/14, NJW-RR 2015, 1497 Rn. 19).

[22] (bb) Das Ausbleiben der Eintragung der Grunddienstbarkeit in eines oder mehrere Wohnungsgrundbücher führt aber – ebenso wie die nachträgliche Löschung des Rechts in einzelnen Wohnungsgrundbüchern – nicht dazu, dass sich der Sinngehalt der erfolgten Eintragung ändert. Folge der unterbliebenen Eintragung in sämtliche Wohnungs- und Teileigentumsgrundbücher oder der teilweisen Löschung des Rechts ist nicht das Vorliegen einer wirksamen, aber unzulässigen und deshalb nach § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO zu löschenden Belastung einzelner Sondereigentumseinheiten (so aber KG, Rpfleger 1975, 68; OLG Frankfurt, Rpfleger 1979, 149; OLG Düsseldorf, ZWE 2010, 460; KEHE/Keller, Grundbuchrecht, 8. Aufl., § 4 WGV Rn. 3). Vielmehr liegt eine zulässige, aber unwirksame Belastung des ganzen Grundstücks vor. Durch sie wird das Grundbuch hinsichtlich der in den einzelnen Wohnungs- und Teileigentumsgrundbüchern vorgenommenen Eintragungen unrichtig und ist nach § 22 Abs. 1 Satz 1 GBO durch deren Löschung zu berichtigen.

II.

Das Grundbuch ist auch nicht unrichtig (§ 22 Abs. 1 S. 1 GBO)

[23] Das Beschwerdegericht nimmt auch zutreffend an, dass die Voraussetzungen für eine Berichtigung des Grundbuchs gemäß § 22 Abs. 1 Satz 1 GBO nicht vorliegen.

[24] 1. Es ist nicht zu beanstanden, dass das Beschwerdegericht den Antrag der Beteiligten zu 1 dahingehend ausgelegt hat, dass diese für den Fall, dass die Eintragung nicht bereits nach ihrem Inhalt unzulässig ist, zugleich die Löschung der Grunddienstbarkeit wegen inhaltlicher Unrichtigkeit des Grundbuchs begehrt.

[25] 2. Die Unrichtigkeit des Grundbuchs ist nicht nachgewiesen.

Ein in Wohnungseigentum aufgeteiltes Grundstück kann zugunsten eines Sondereigentums desselben Grundstücks mit einer Grunddienstbarkeit belastet werden

[26] a) Ein nach dem Wohnungseigentumsgesetz aufgeteiltes Grundstück kann zugunsten einer der Sondereigentumseinheiten mit einer Grunddienstbarkeit belastet werden, die ihrem Inhalt nach nur an dem ganzen Grundstück bestellt werden kann; der Eintragung der Dienstbarkeit in das Wohnungs- oder Teileigentumsgrundbuch der herrschenden Sondereigentumseinheit bedarf es hierfür nicht.

[27] aa) Wie sich aus § 1009 Abs. 1 BGB ergibt, kann die Belastung des gemeinschaftlichen Grundstücks auch zugunsten eines Wohnungs- oder Teileigentümers erfolgen (vgl. OLG Zweibrücken, ZWE 2014, 123; Bärmann/Armbrüster, WEG, 14. Aufl., § 1 Rn. 151; Demharter, GBO,

31. Aufl., Anhang zu § 3 Rn. 96). In diesem Fall ist das ganze Grundstück als dienendes und – wie bei der Bestellung einer Grunddienstbarkeit an Wohnungseigentum zugunsten des jeweiligen Eigentümers einer anderen Wohnung (vgl. hierzu Senat, Urteil vom 19. Mai 1989 – V ZR 182/87, BGHZ 107, 289, 292) – dasjenige Sondereigentum als herrschendes Grundstück anzusehen, für dessen Nutzung die Grunddienstbarkeit einen Vorteil im Sinne des § 1019 Satz 1 BGB zu bieten vermag. Dies ist vorliegend das Teileigentum, in dessen Bereich sich das Heizwerk befindet, da dieses durch die mittelbare Absicherung der Fernwärmebezugspflichten begünstigt wird (vgl. Senat, Urteil vom 2. März 1984 – V ZR 155/83, WM 1984, 820 f.).

Die Eintragung der Grunddienstbarkeit im Grundbuch des herrschenden Sondereigentums ist dabei nicht erforderlich

[28] bb) Die Belastung des dienenden Gesamtgrundstücks mit der Dienstbarkeit bedarf nicht der Eintragung dieses Rechts auf der i. S. d. §§ 1018, 1019 BGB herrschenden Wohnungs- oder Teileigentumseinheit. Von dem Grundsatz, dass es zur Belastung des Grundstücks, für das kein eigenes Grundbuchblatt besteht, der Eintragung des Rechts in alle für die jeweiligen Miteigentumsanteile gebildeten Wohnungs- bzw. Teileigentumsgrundbücher bedarf, ist hinsichtlich der herrschenden Einheit eine Ausnahme zu machen.

[29] (1) Das ergibt sich daraus, dass die Eintragung einer Grunddienstbarkeit als Belastung auf dem herrschenden Grundstück nicht zulässig ist. Ein Grundstück kann nach § 1018 BGB nur zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines anderen Grundstücks belastet werden. Dies schließt es aus, dass ein Grundstück mit einer Grunddienstbarkeit zugunsten des jeweiligen Eigentümers desselben Grundstücks belastet wird; dasselbe Grundstück im Rechtssinne kann nicht für das gleiche Recht herrschend und dienend sein (BayObLG, DNotZ 1995, 305; KG, MDR 2013, 646, 647; jurisPK-BGB/Münch, 8. Aufl., § 1018 Rn. 39; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rn. 1123). Wenn es nach dem zuvor Gesagten zulässig ist, das ganze Grundstück zugunsten des Eigentümers eines damit verbundenen Wohnungs- oder Teileigentums zu belasten, dann muss dieses Wohnungs- oder Teileigentum, obgleich es nicht nur Sondereigentum, sondern auch Miteigentum an dem belasteten Grundstück ist (§ 1 Abs. 2 und 3 WEG), als „anderes Grundstück“ im Sinne von § 1018 BGB angesehen werden. Dieses „andere Grundstück“ ist zwingend herrschendes, nicht dienendes Grundstück. Auf ihm kann die Grunddienstbarkeit nur als Begünstigung des jeweiligen Eigentümers – sog. Herrschvermerk, § 9 GBO –, nicht aber als Belastung eingetragen werden.

[30] (2) Der Eintragung eines Herrschvermerks bedarf es zur Entstehung des Rechts ebenfalls nicht, denn dieser hat – wie das Antragerfordernis zeigt – lediglich deklaratorische Wirkung (vgl. RG, JW 1929, 745; MüKoBGB/Mohr, 7. Aufl., § 1018 Rn. 67; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rn. 1150). Für die Entstehung, Änderung und Aufhebung des Rechts ist nur die Eintragung auf dem Blatt des belasteten Grundstücks maßgebend. Diese, und nicht der eventuelle Vermerk auf dem Blatt des herrschenden Grundstücks, ist Grundlage für den öffentlichen Glauben des Grundbuchs (vgl. Senat, Urteil vom 7. März 2014 – V ZR 137/13, NZM 2015, 98 Rn. 9; Urteil vom 17. Juni 1994 – V ZR 204/92, NJW 1994, 2947, 2948 sowie schon RG, JW 1929, 745, 746).

Das Fehlen des Gesamtvermerks (§ 3 Abs. 9 GBO, § 4 Abs. 1 WGV) hat nicht die Unwirksamkeit des eingetragenen Rechts zur Folge

[31] b) Die Belastung des ganzen Grundstücks mit der Grunddienstbarkeit ist auch nicht deshalb unwirksam, weil es an dem durch § 4 Abs. 1 WGV vorgeschriebenen Gesamtvermerk fehlt.

[32] aa) Nach einhelliger Ansicht in der Literatur, der auch das Beschwerdegericht folgt, ist die Eintragung einer Grunddienstbarkeit in sämtliche Wohnungsgrundbücher ungeachtet des fehlenden Gesamtvermerks wirksame Belastung des ganzen Grundstücks (so Meikel/Movilius, GBO, 11. Aufl., Einl. B Rn. 192; Meikel/Böttcher, GBO, 10. Aufl., WGV § 4 Rn. 10; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rn. 2949; Amann, MittBayNot 1995, 267; Bestelmeyer, Rpfleger 1997, 7, 11; Böttcher, ZfIR 1997, 321, 323).

[33] bb) Diese Ansicht trifft zu. Die Regelung in § 4 Abs. 1 WGV, wonach bei der Eintragung die Belastung des ganzen Grundstücks erkennbar sein und jeweils auf die Eintragung in den übrigen Wohnungsgrundbüchern verwiesen werden muss, stellt eine formelle Ordnungsvorschrift dar (KEHE/Keller, Grundbuchrecht, 8. Aufl., Vorb. zu § 1 GBV Rn. 12; Meikel/Movilius, GBO, 11. Aufl., Einl. B Rn. 192; Amann, MittBayNot 1995, 267; Böttcher, ZfIR 197, 321, 323). Ein Verstoß gegen Ordnungsvorschriften berührt die Wirksamkeit der vorgenommenen Eintragung nicht (vgl. Senat, Urteil vom 17. Juni 1994 – V ZR 204/92, NJW 1994, 2947, 2948). Die Belastung des ganzen Grundstücks mit einer Grunddienstbarkeit erfordert nach dem zuvor Gesagten nur die Einigung des Berechtigten mit allen Wohnungs- bzw. Teileigentümern und die Eintragung der Belastung in alle für die jeweiligen Miteigentumsanteile gebildeten Wohnungs- bzw. Teileigentumsgrundbücher (mit Ausnahme des etwaigen herrschenden Wohnungs- bzw. Teileigentums). Ist diese Eintragung – wie hier – erfolgt, so ist das Recht materiellrechtlich entstanden, auch wenn bei der Eintragung Ordnungsvorschriften über die Führung der Wohnungsgrundbücher nicht beachtet wurden. Das Fehlen des nach § 4 Abs. 1 WGV vorgeschriebenen Gesamtvermerks führt folglich nicht zur Unwirksamkeit der Belastung des nach dem Wohnungseigentumsgesetz aufgeteilten Grundstücks mit einer Grunddienstbarkeit. ■

2. Liegenschaftsrecht – Zu den materiellrechtlichen Voraussetzungen der Auflassung und ihrem Nachweis im Grundbuchverfahren

(OLG Braunschweig, Beschluss vom 16.4.2019 – 1 W 59/17)

GBO §§ 13, 18, 19, 20, 29 Abs. 1, 30
BGB §§ 873, 925 Abs. 1 S. 1, 133, 157
ZPO § 415
BeurkG §§ 8, 40 Abs. 1
StGB § 348

1. Der Hinweis, dass es an der „Einigung gemäß § 873 BGB“ bzw. der „Auflassung“ fehle, kann nicht Gegenstand einer Zwischenverfügung gemäß § 18 GBO sein, denn ein solcher Mangel kann nicht rückwirkend im Sinne dieser Vorschrift behoben werden.
2. In den Worten „... und [wir] beantragen Grundbuchvollzug.“ kann – wenn sie sich auf eine im selben Satz erklärte dingliche Einigung beziehen – neben dem Ein-

tragungsantrag des Erwerbers auch die Eintragungsbewilligung des Veräußerers liegen; das Wort „bewilligen“ muss nicht zwingend genutzt werden.

3. Durch eine Beglaubigung gemäß § 40 Abs. 1 BeurkG wird nur die Echtheit der Unterschriften bestätigt; nicht bewiesen wird damit, dass die Erklärungen gemäß § 925 BGB bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Vertragsteile vor dem Notar abgegeben worden sind.

Zur Einordnung

Die hier mitgeteilte Entscheidung betrifft die materiellrechtlichen Anforderungen an eine Auflassung und deren Nachweis und Vollzug im Grundbuchverfahren.

Bei der Auflassung handelt es sich bekanntlich um die zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstück nach § 873 BGB materiell-rechtlich erforderliche Einigung des Veräußerers und des Erwerbers (§ 925 Abs. 1 S. 1 BGB). Diese muss – anders als „sonstige“ dingliche Einigungen – zu ihrer Wirksamkeit bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor einer zuständigen Stelle erklärt werden, wobei jeder deutsche Notar zuständig ist (vgl. § 925 Abs. 1 S. 2 BGB). Darüber hinaus schreibt das materielle Recht nach ganz h. M. allerdings nicht vor, dass die Auflassung zu ihrer Wirksamkeit einer bestimmten Form bedarf, etwa notariell beurkundet oder beglaubigt werden muss (ausf. hierzu m. w. N. BeckOK GBO/Hügel, 36. Ed., Stand: 1.6.2019, § 20 Rn. 46, BeckOK BeurkG/Bremkamp, 1. Ed., Stand: 1.6.2019, § 8 Rn. 6; s. a. BeckNotHd/Krauß, 6. Aufl. 2015, A.I Rn. 444). Ein Beurkundungserfordernis ergibt sich allerdings aus dem Verfahrensrecht. Denn im Grundbuchverfahren reicht es zum Vollzug der Auflassung ausnahmsweise nicht aus, dass der „verlierende“ Teil, d. h. der Veräußerer, die Eintragung der Rechtsänderung, d. h. des Eigentumswechsels, bewilligt („formelles Konsensprinzip“, hierzu Bauer/Schaub/Kössinger, GBO, 4. Aufl. 2018, § 19 Rn. 28). Vielmehr muss dem Grundbuchamt gem. § 20 GBO durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunde (§ 29 GBO) nachgewiesen werden, dass die erforderliche Einigung erklärt ist („materielles Konsensprinzip“, hierzu: Bauer/Schaub/Kössinger, GBO, 4. Aufl. 2018, § 20 Rn. 6). Dies schließt auch den Umstand ein, dass Veräußerer und Erwerber sich bei gleichzeitiger Anwesenheit vor dem Notar geeinigt haben (BeckOK GBO/Hügel, 36. Ed., Stand: 1.6.2019, § 20 Rn. 46). Dieser Nachweis kann nur durch die notarielle Niederschrift über Willenserklärungen erbracht werden (ausf. m. w. N. BeckOK GBO/Hügel, 36. Ed., Stand: 1.6.2019, § 20 Rn. 46, auch zum Prozessvergleich: Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 109 zur Abgrenzung von der Tatsachenbeurkundung: BeckOK BeurkG/Bremkamp, 1. Ed., Stand: 1.6.2019, § 8 Rn. 6; BeckOK BeurkG/Boor, 1. Ed., Stand: 1.6.2019, § 36 Rn. 7). Der Nachweis der Auflassung macht die Bewilligung des Veräußerers als Verfahrenserklärung übrigens nicht entbehrlich. Allerdings führt die Auslegung regelmäßig zu dem Ergebnis, dass die Auflassungserklärung des Veräußerers zugleich seine notwendige Bewilligung enthält, sofern die Bewilligung nicht ausdrücklich vorbehalten bleibt (BeckNotHd/Krauß, 6. Aufl. 2015, A.I Rn. 455; BeckOK GBO/Hügel, 36. Ed., Stand: 1.6.2019, § 20 Rn. 8; BeckOK GBO/Holzer, 36. Ed., Stand: 1.6.2019, § 19 Rn. 12, 19). Auch einem Eintragungsantrag des Veräußerers kann eine wirksame Bewilligungserklärung zu entnehmen sein, sofern seine Form nicht nur § 30, sondern auch § 29 GBO genügt (BeckOK GBO/Reetz, 36. Ed., Stand: 1.6.2019, § 13 Rn. 116).

In der nachfolgend abgedruckten Entscheidung ist das OLG Braunschweig nach ausführlicher Auslegung zu dem Ergebnis gekommen, dass die Erklärungen der Mitglieder einer Bruchteilgemeinschaft, dass der gemeinschaftliche Grundbesitz auf eine von ihnen zur selben Urkunde gegründete BGB-Gesellschaft übertragen werden solle, als dingliche Einigung über den Eigentumswechsel (einschließlich der Annahme seitens der BGB-Gesellschaft) verstanden werden kann. Ferner hat es dem notariell beglaubigten Eintragungsantrag des Veräußerers durch Auslegung auch dessen Eintragungsbewilligung entnommen. Jedoch hat das Gericht die Auflassung für materiell-rechtlich unwirksam gehalten, da Veräußerer und Erwerber sie offenbar nicht bei gleichzeitiger Anwesenheit vor dem Notar erklärt hatten. Im Übrigen hat das Gericht betont, dass selbst dann, wenn die dingliche Einigung bei gleichzeitiger Anwesenheit vor dem Notar erfolgt wäre, die notarielle Beglaubigung der Auflassungserklärungen jedenfalls nicht dazu geeignet wäre, diesen Umstand in der Form des § 29 GBO nachzuweisen.

Der Wert der Entscheidung für die notarielle Praxis liegt darin, dass die materiell- und verfahrensrechtlichen Anforderungen, die das BGB und die GBO an eine wirksame Auflassung und deren grundbuchlichen Vollzug stellen, geradezu schulbuchmäßig dargestellt und in diesem Zusammenhang auch Auslegungsgrundsätze betreffend die dingliche Einigung und die erforderlichen Grundbuchverfahrenserklärungen rekapituliert werden.

Die Schriftleitung (TK)

Zum Sachverhalt:

I.

[1] Die Beteiligten möchten Grundeigentum von der aus ihnen bestehenden Bruchteilsgemeinschaft auf die von ihnen zu diesem Zweck gegründete Gesellschaft bürgerlichen Rechts übertragen.

[2] 1. Die Beteiligten beantragten mit Schriftsatz vom 22. November 2016 und Vereinbarung vom 7. November 2016 (Bl. 1 und 2 d. A.) die „Berichtigung des Grundbuchs“. Der Text der Vereinbarung lautet:

[3] Wir, die Beteiligten und Unterzeichner[,] sind die in Bruchteilsgemeinschaft eingetragenen Eigentümer des Grundbesitzes in ..., Gemarkung ..., Flur ..., Flurstück ... in Größe von ... qm, eingetragen im Grundbuch von ... Blatt ... Wir gründen hiermit in dieser Urkunde eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, bestehend ausschließlich aus den alleinigen Gesellschaftern (Eigentümern), [Beteiligte zu 1., 2. und 3.], mit der Bezeichnung ... GbR, ... Wir lösen die Grundstücksgemeinschaft hiermit auf, übertragen den Grundbesitz auf die ... GbR, ..., bestehend aus den alleinigen Gesellschaftern [Beteiligte zu 1., 2. und 3.], und beantragen Grundbuchvollzug.

[4] Darunter befinden sich die Angabe „..., den 7.11. 2016“ sowie die Unterschriften der drei Beteiligten. Auf der Rückseite der Vereinbarung befindet sich folgender Text:

[5] Die umstehenden, von mir anerkannten Unterschriften, 1. von ... [Beteiligte zu 1., 2. und 3.] – sämtlich persönlich bekannt – werden hiermit öffentlich beglaubigt.

[6] [...]

[7] Darunter befinden sich die Angabe „..., den 15. November 2016“ sowie Unterschrift und Siegel des Notars. Darüber hinaus enthält das Schriftstück keinen Text.

[8] Nachdem die Beteiligten auf die (erste) Zwischenverfügung des Amtsgerichts vom 6. Dezember 2016 die Unbedenklichkeitsbescheinigung des Finanzamts nachgereicht hatten, wies das Amtsgericht mit (zweiter) Zwischenverfügung vom 16. März 2017 darauf hin, dass zur Übertragung die Einigung gemäß § 873 BGB sowie Eintragungsbewilligung und -antrag erforderlich seien. Augenscheinlich erörterte der Beteiligte zu 1. die Zwischenverfügung telefonisch mit der Rechtspflegerin. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Zwischenverfügung vom 16. März 2017 (Bl. 10 d. A.) nebst der darauf angebrachten nicht datierten Bleistiftnotizen zum Telefonat mit dem Beteiligten zu 1. Bezug genommen.

[9] Mit (dritter) Zwischenverfügung vom 3. April 2017 wies das Amtsgericht darauf hin, dass die Vereinbarung vom 7. November 2016 keine Auflassung enthalte; die darin enthaltenen Erklärungen könnten auch nicht als Auflassungserklärung angesehen werden; auch sei die Form des § 29 GBO nicht eingehalten. [...] Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Zwischenverfügung vom 3. April 2017 (Bl. 12 d. A.) Bezug genommen.

[10] 2. Mit anwaltlichem Schriftsatz vom 12. April 2017 legten die Beteiligten Beschwerde gegen die „Verfügung vom 16.3.2017“ ein. Das Grundstück sei hinreichend klar bezeichnet und die Gründung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts ergebe sich aus dem zweiten Absatz der notariellen Urkunde vom 7. November 2016. Die Urkunde enthalte auch die Einigung, den Eintragungsantrag und konkludent auch die Eintragungsbewilligung; die Einigung liege in den Worten „Wir lösen die Grundstücksgemeinschaft hiermit auf, übertragen den Grundbesitz auf die ... GbR, ..., bestehend aus ...“ Der Eintragungsantrag ergebe sich aus den Worten „... und beantragen Grundbuchvollzug.“ Die Eintragungsbewilligung sei nicht wörtlich enthalten, ergebe sich aber aus dem Antrag, da alle Beantragenden und Bewilligenden den Antrag gestellt hätten. In dem dritten Absatz der Urkunde sei eine Auflassung gemäß § 925 BGB bei gleichzeitiger Anwesenheit vor dem Notar zu sehen. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Schriftsatz vom 12. April 2017 (Bl. 13-15 d. A.) Bezug genommen.

[11] Mit Beschluss vom 27. April 2017 half das Amtsgericht der Beschwerde „gegen die Zwischenverfügung vom 3.4.2017“ nicht ab und legte die Akten dem Oberlandesgericht vor. Die Auflassung in der Urkunde vom 7. November 2016 entspreche nicht der Form des § 29 GBO; die Urkunde sei nicht entsprechend den §§ 8 ff. BeurkG erstellt worden. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Beschluss vom 27. April 2017 (Bl. 22 d. A.) Bezug genommen.

[12] Mit anwaltlichem Schriftsatz vom 1. Juni 2017 führten die Beteiligten zur Begründung der Beschwerde weiter aus, eine formelle Umwandlung der Bruchteilsgemeinschaft in eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts habe nicht stattgefunden; die Gesellschaft sei per mündlicher Vereinbarung gegründet worden. Die Übertragung sei per mündlicher Einigung erfolgt und daher zwar formnichtig, die Formnichtigkeit werde aber gemäß § 311 b Abs. 1 Satz 2 BGB durch Auflassung und Eintragung geheilt. Auf Grund des Abstraktionsprinzips müsse eine formgültige Auflassung auch dann durchgeführt werden, wenn sie auf Grund eines formnichtigen Vertrages erfolgt sei. Dieses Verfahren sei aufgrund der damit einhergehenden Risiken in der Praxis zwar eher unüblich, aber möglich. Es sei auch ausreichend im

Sinne des § 47 GBO, wenn die Existenz der Gesellschaft bürgerlichen Rechts durch Angabe der Mitglieder und des Bruchteilsverhältnisses in der Auflassung erklärt werde. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Schriftsatz vom 1. Juni 2017 (Bl. 25-27 d. A.) Bezug genommen.

Aus den Gründen:

II.

Die Beschwerde gegen die Zwischenverfügungen ist zulässig und begründet

[13] Die zulässige Beschwerde hat Erfolg (1); gleichwohl dürfte der Eintragungsantrag zurückzuweisen sein (2).

Auslegung des Beschwerdegegenstands

[14] 1. Die Beschwerde ist so auszulegen, dass sie sich gegen die beiden jüngsten Zwischenverfügungen richtet (a). Sie ist zulässig (b) und hat – teils aus verfahrensrechtlichen, teils aus sachlich-rechtlichen Gründen – Erfolg (c).

[15] a) Die Beschwerdeschrift vom 12. April 2017 ist – jedenfalls in Zusammenschau mit dem anwaltlichen Schriftsatz vom 1. Juni 2017 – als Beschwerde gegen die ausdrücklich genannte Zwischenverfügung vom 16. März 2017 sowie gegen die Zwischenverfügung vom 3. April 2017 auszulegen, denn die Beteiligten gehen in ihrer Beschwerdebegründung auch auf den Inhalt der letztgenannte[n] Zwischenverfügung ein. Insoweit scheint sich die Zwischenverfügung vom 16. März 2017 insbesondere nicht durch das daraufhin erfolgte Telefonat mit dem Beteiligten zu 1. erledigt zu haben. Zudem sind die beiden Zwischenverfügungen inhaltlich zum Teil deckungsgleich („Einigung gemäß § 873 BGB“ bzw. „Auflassung“).

[16] b) Die gegen die Zwischenverfügungen gerichtete Beschwerde ist statthaft (§ 11 Abs. 1 RPfG i. V. m. § 71 Abs. 1 GBO) und zulässig; sie ist nicht fristgebunden (Kramer, BeckOK, 35. Edition, Stand 1. März 2019, § 71 GBO, Rn. 10 m. w. N.).

Die Zwischenverfügungen sind aus verfahrens- bzw. materiell-rechtlichen Gründen aufzuheben

[17] c) Die Zwischenverfügungen vom 16. März 2017 und 3. April 2017 haben einen nach § 18 GBO nicht zulässigen Inhalt, soweit sie darauf hinweisen, dass es an der „Einigung gemäß § 873 BGB“ bzw. der „Auflassung“ fehle. Insoweit sind sie aus verfahrensrechtlichen Gründen aufzuheben (aa). Soweit die Zwischenverfügung vom 16. März 2017 darauf abstellt, dass Eintragungsbewilligung und -antrag erforderlich seien, steht dies einer Eintragung nicht entgegen (bb).

Mit einer Zwischenverfügung kann nicht auf den Abschluss eines Rechtsgeschäfts hingewirkt werden, das Grundlage der einzutragenden Rechtsänderung sein soll, weil dieser Mangel nicht rückwirkend behoben werden kann

[18] aa) Durch den Erlass einer Zwischenverfügung nach § 18 GBO sollen dem Antragsteller der Rang und die sonstigen Rechtswirkungen erhalten bleiben, die sich nach dem Eingang des Antrags richten und die durch die sofortige Zurückweisung verloren gingen. § 18 GBO bezieht sich daher nur auf die Beseitigung eines der Eintragung entgegenstehenden Hindernisses und ist nicht anwendbar, wenn der Mangel des Antrags nicht mit rückwirkender Kraft geheilt werden kann. Vor diesem Hintergrund ist es insbesondere nicht zulässig, mit einer Zwischenverfügung auf den Ab-

schluss eines Rechtsgeschäfts hinzuwirken, das Grundlage der einzutragenden Rechtsänderung sein soll (BGH, Beschluss vom 26. September 2013 – V ZB 152/12 –, NJW 2014, S. 1002 [Rn. 6] m. w. N.; OLG München, Beschluss vom 19. März 2019 – 34 Wx 120/19 –, juris, Rn. 11).

[19] Diesen Anforderungen entsprechen die Zwischenverfügungen vom 16. März 2017 und 3. April 2017 nicht. Die Beteiligten begehren – unter der insoweit falschen Bezeichnung „Berichtigung des Grundbuchs“ – die Eintragung einer Rechtsänderung gemäß § 873 Abs. 1 BGB. Nach den Zwischenverfügungen fehlt es in der Vereinbarung vom 7. November 2016 aber an einer „Einigung gemäß § 873 BGB“ (Zwischenverfügung vom 16. März 2017) bzw. an einer „Auflassung“ (Zwischenverfügung vom 3. April 2017). Ein solcher Mangel – das Fehlen der dinglichen Einigung – kann nicht rückwirkend im Sinne des § 18 GBO behoben werden, denn eine Behebung kann nur durch den für die Zukunft wirkenden Abschluss eines formgültigen dinglichen Verfügungsgeschäfts beseitigt werden. Insoweit kann ein solcher Mangel – sein Vorliegen vorausgesetzt (dazu siehe unten, Abschnitt 2) – nur zur Zurückweisung des Eintragungsantrages führen, nicht aber Gegenstand einer Zwischenverfügung sein.

Die Zwischenverfügung ist auch insoweit unbegründet, wie sie auf das Fehlen einer Eintragungsbewilligung abstellt

[21] bb) Soweit die Zwischenverfügung vom 16. März 2017 darauf abstellt, dass zur Eintragung im Grundbuch eine Eintragungsbewilligung und ein Eintragungsantrag erforderlich seien, steht dies einer Eintragung nicht entgegen.

Die Auslegung des (beglaubigten) Eintragungsantrags ergibt nämlich, dass dieser zugleich die Eintragungsbewilligung enthält

[21] Die Grundbucheintragung erfolgt, wenn – unter anderem (§§ 20, 29 GBO) – ein Antrag von Veräußerer oder Erwerber (§ 13 GBO) und die Bewilligung des Veräußerers (§ 19 GBO) vorliegen. Die Eintragung ist hier durch die Vereinbarung vom 7. November 2016 ausdrücklich beantragt worden und dieser Antrag ist so auszulegen, dass darin zugleich die Eintragungsbewilligung enthalten ist.

[22] In der Vereinbarung vom 7. November 2016 sind die Worte enthalten „... und [wir] beantragen Grundbuchvollzug.“ Darin liegt schon dem Wortlaut nach ein Antrag. „Grundbuchvollzug“ ist die Eintragung einer Rechtsänderung (vgl. z. B. § 3 VZOG, § 4 GBerG, § 12 PostUmwG). Der Begriff „Grundbuchvollzug“ bezieht sich in der Vereinbarung auf die im selben Satz erklärte Übertragung („Wir ... übertragen ... und beantragen Grundbuchvollzug“), die durch Eintragung vollzogen wird, so dass jedenfalls der Eintragungsantrag in dieser Formulierung enthalten ist.

Wenn unzweifelhaft ist, dass eine bestimmte Grundbucheintragung gewollt ist, muss das Wort „bewilligen“ nicht zwingend genutzt werden

[23] In dem Antrag auf „Grundbuchvollzug“ ist dem Sinn nach aber auch die Eintragungsbewilligung der Veräußerer – also der Mitglieder der Bruchteilsgemeinschaft – enthalten. Gemäß § 19 GBO erfolgt die Eintragung, wenn derjenige, dessen Recht von ihr betroffen wird, sie bewilligt. Durch diese Regelung ist das Grundbuchamt der Prüfung enthoben, ob die zum Eintritt einer Rechtsänderung notwendigen sachlich-rechtlichen Erklärungen der Beteiligten vorliegen (vgl. Munzig, in: Keller/Munzig, Grundbuchrecht, 8. Auflage 2019, § 19 GBO, Rn. 3, 5, 7 m. w. N.).

Da auch im Grundbuchverfahren abgegebene Erklärungen der Auslegung zugänglich sind, kommt grundsätzlich die Auslegung eines Eintragungsantrages dahingehend in Betracht, dass in dem Antrag auch die Bewilligung enthalten sein soll; dabei muss allerdings allein aus der Urkunde eindeutig erkennbar sein, dass eine Grundbucheintragung gewollt ist und was eingetragen werden soll (vgl. Munzig, a. a. O., Rn. 8 f., 13 ff.). Das Wort „bewilligen“ muss unter diesen Voraussetzungen nicht zwingend genutzt werden; dass die Eintragung bewilligt wird, kann sich unter anderem auch daraus ergeben, dass die Eintragung „beantragt“ wird (KG Berlin, Beschluss vom 30. Oktober 2012 – 1 W 46-67/12 –, juris, Rn. 10 m. w. N.); genügen können auch Formulierungen wie „bitten“, „verlangen“, „mit der Eintragung einverstanden sein“, oder „das Grundbuchamt ermächtigen“ (Munzig, a. a. O., Rn. 17). Im Regelfall ergibt sich zudem im Wege der Auslegung, dass schon die materiellrechtliche Auflassung die formellrechtlich erforderliche Eintragungsbewilligung enthält (Hügel, BeckOK, 35. Edition, Stand 1. März 2019, § 30 GBO, Rn. 3 m. w. N.; Artz, in: Erman, 15. Auflage 2017, § 925 BGB, Rn. 73). Nach diesem Maßstab ergibt sich aus der Vereinbarung vom 7. November 2016 eindeutig, dass die Mitglieder der Bruchteilsgemeinschaft als Veräußerer die Eintragung der Übertragung nicht nur beantragen, sondern auch bewilligen.

Der Eintragungsantrag dürfte jedoch deshalb zurückzuweisen sein, weil es an der notwendigen Auflassung fehlt

[24] 2. Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

[25] Die Vereinbarung vom 7. November 2016 dürfte zwar eine dingliche Einigung gemäß § 873 BGB enthalten (a). Die Auflassung dürfte aber nicht in der gemäß § 925 BGB erforderlichen Form erklärt worden sein (b), und die Vereinbarung vom 7. November 2016 dürfte auch nicht der gemäß § 29 GBO erforderlichen Form entsprechen (c). Beides dürfte auch nicht geheilt sein (d).

Die Auslegung ergibt zwar, dass eine dingliche Einigung im Sinne des § 873 BGB vorliegt

[26] a) Eine dingliche Einigung im Sinne des § 873 BGB zwischen Veräußerern und Erwerberin dürfte sich aus dem dritten Absatz der Vereinbarung vom 7. November 2016 ergeben („Wir ... übertragen den Grundbesitz auf die ... GbR, ... bestehend aus den alleinigen Gesellschaftern ...“).

[27] Die Einigung dürfte zwischen den veräußernden Mitgliedern der Bruchteilsgemeinschaft und der erwerbenden Gesellschaft bürgerlichen Rechts – diese vertreten durch ihre drei Gesellschafter – zustande gekommen sein. Zweifel an der wirksamen Vertretung der in derselben Urkunde mit denselben Gesellschaftern gegründeten Gesellschaft dürften nicht bestehen: Auch nach der in Teilen der Rechtsprechung und Literatur vertretenen strengsten Ansicht ist jedenfalls dann, wenn die erwerbende Gesellschaft bürgerlichen Rechts erst in der notariellen Übertragungsurkunde gegründet wird, der erforderliche Nachweis der wirksamen Vertretung grundsätzlich mit Vorlage dieser Urkunde erbracht (vgl. die Nachweise bei Kessler, NJW 2011, S. 1909 [1910 f.] und Suttman, NJW 2013, S. 423 [425]; zur mittlerweile anerkannten Möglichkeit des Erwerbs auch durch eine bereits bestehende Gesellschaft bürgerlichen Rechts siehe BGH, Beschluss vom 28. April 2011 – V ZB 194/10 –, NJW 2011, S. 1958).

[28] Die in der Vereinbarung gewählte Formulierung entspricht zwar nicht der üblichen (zum Beispiel: „Die Erschienenen sind darüber einig, dass das Eigentum an dem Grundstück übergeht“, Kessler, Münchener Vertragsrechtshandbuch, BGB II, Ziff. VIII.4, § 2). Besondere Formulierungen sind für die dingliche Einigung aber nicht vorgeschrieben; es genügt in der Regel, wenn übereinstimmend erklärt wird, dass das Eigentum nun dem Erwerber zustehen soll. Die dingliche Einigung kann auch aus den abgegebenen Erklärungen durch Auslegung ermittelt werden (Kessler, a. a. O., Ziff. VIII.4, Rn. 8 m. w. N.).

[29] Die Veräußerer dürften die Erklärung, dass das Eigentum der Gesellschaft bürgerlichen Rechts zustehen soll, hier ausdrücklich im dritten Absatz der Vereinbarung abgegeben haben: „Wir ... übertragen den Grundbesitz.“ Dabei dürfte sich aus dem ersten Teilsatz des Absatzes ergeben, dass mit „wir“ die natürlichen Personen gemeint sind, die Mitglieder der Bruchteilsgemeinschaft sind, denn der erste Teilsatz lautet: „Wir lösen die Grundstücksgemeinschaft hiermit auf.“ Ein solches Verständnis des Wortes „wir“ dürfte auch dem in den anderen Absätzen der Vereinbarung entsprechen („Wir, die Beteiligten und Unterzeichner ...“ sowie „Wir gründen ... eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, ...“).

[30] Aus dem Vorstehenden dürfte sich im Umkehrschluss zwar ergeben, dass die Erwerberin – die Gesellschaft bürgerlichen Rechts – im dritten Absatz der Vereinbarung nach deren Wortlaut keine ausdrückliche Erklärung abgegeben hat; mit „wir“ dürften – sofern man allein den Wortlaut betrachtet – nicht die Veräußerer und die Erwerberin gemeint sein, sondern nur die Veräußerer. Gleichwohl dürfte die Formulierung „Wir ... übertragen den Grundbesitz“ so auszulegen sein, dass damit auch die Erwerberin erklärt, dass ihr das Eigentum nun zustehen soll (§ 133 BGB). Die Erwerberin – die Gesellschaft bürgerlichen Rechts – ist von den an der Vereinbarung beteiligten natürlichen Personen in derselben Vereinbarung gerade zum Zweck des Eigentumserwerbs gegründet worden und dürfte wirksam vertreten gewesen sein (siehe oben). Ihre Gesellschafter haben in der Vereinbarung – in ihrer Funktion als Mitglied der Bruchteilsgemeinschaft – erklärt, dass die Gesellschaft Eigentum an dem Grundstück erwerben soll. In dieser Konstellation dürfte offensichtlich sein, dass die Gesellschaft dieses Eigentum auch erwerben will; dieser Wille liegt ja gerade bei den natürlichen Personen, die die Gesellschaft vertreten, vor. Die Beteiligten haben im dritten Absatz der Vereinbarung auch eine entsprechende Erklärung der Gesellschaft gesehen; sie haben augenscheinlich das „wir ... übertragen“ als „wir – die Veräußerer und die Erwerberin – übertragen“ verstanden (vgl. Beschwerdebegründung, S. 2 oben, Bl. 14 d. A.). Insoweit dürfte der dritte Absatz der Vereinbarung tatsächlich so auszulegen sein, dass darin nicht nur eine einseitige, sondern eine übereinstimmende Erklärung beider Seiten enthalten ist, dass das Eigentum übergehen soll. Damit dürfte eine dingliche Einigung im Sinne des § 873 BGB vorliegen.

Die dingliche Einigung genügt aber nicht den Anforderungen des § 925 BGB, weil sie wohl nicht bei gleichzeitiger Anwesenheit vor dem Notar getroffen wurde

[31] b) Gleichwohl dürfte ein Eintragungshindernis bestehen: Eine dingliche Einigung im Sinne des § 873 BGB muss gemäß § 925 BGB bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor der zuständigen Stelle – dem Notar – erklärt werden. Dies dürfte hier nicht geschehen sein: Ausweislich der Datumsangabe zu Siegel und Unterschrift des Notars auf

der Rückseite der Vereinbarung ist der Notar erst am 15. November 2016 tätig geworden; zu diesem Zeitpunkt waren die oben genannten Erklärungen aber schon abgegeben worden – ausweislich der Datumsangabe zu den Unterschriften am 7. November 2016.

[32] Aus der Vereinbarung vom 7. November 2016 und aus dem Beglaubigungsvermerk des Notars vom 15. November 2016 dürfte sich allenfalls ergeben, dass die Beteiligten am 15. November 2016 vor dem Notar erschienen sind – allerdings nicht notwendigerweise gleichzeitig. Dafür spricht die Formulierung, „[d]ie umstehenden, von mir anerkannten Unterschriften ... werden hiermit öffentlich beglaubigt.“ Gemeint ist damit augenscheinlich, dass die Beteiligten – und nicht der Notar – jeweils ihre bereits vollzogene Unterschrift als eigene Unterschrift anerkannt haben. Dies hat gemäß § 40 Abs. 1 2. Fall BeurkG in Gegenwart des Notars zu geschehen. Wären die Beteiligten am 15. November 2016 nicht vor dem Notar erschienen, läge eine unzulässige „Fernbeglaubigung“ vor; eine solche würde wohl ein Dienstvergehen sowie eine Straftat (Falschbeurkundung im Amt, § 348 StGB) darstellen (Lerch, in: Lerch, Beurkundungsgesetz, 5. Auflage 2016, § 40, Rn. 21 m. w. N.).

[33] Durch eine Beglaubigung wird aber nur die Echtheit der Unterschriften bestätigt, also mit öffentlichem Glauben bekräftigt, dass die Unterschriften von den Personen stammen, die sie in Gegenwart des Notars vollzogen oder – wie wohl hier – anerkannt haben. Nicht bewiesen wird damit, dass die Erklärungen gemäß § 925 BGB bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Vertragsteile vor dem Notar abgegeben worden sind. Dieser Nachweis ist nur durch eine öffentliche Urkunde im Sinne des § 415 ZPO zu erbringen (BayObLG, Beschluss vom 24. Januar 2001 – 2Z BR 129/00 –, BayObLGZ 2001, S. 14 [15 f.] m. w. N.; OLG München, Beschluss vom 26. November 2008 – 34 Wx 088/08 –, juris, Rn. 13 m. w. N.; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Auflage 2012, Rn. 3324 m. w. N.). Daraus, dass die Unterschriften als bereits vollzogene Unterschriften anerkannt worden sind, dürfte sich ergeben, dass sie am 7. November 2016 und damit nicht in Gegenwart des Notars vollzogen worden sind. Die in der Vereinbarung vom 7. November 2016 liegende dingliche Einigung dürfte also – entgegen § 925 Abs. 1 Satz 1 BGB – nicht bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor dem Notar erklärt worden sein. Dies dürfte einer Eintragung entgegenstehen.

Eine Unterschriftsbeglaubigung taugt nicht zum Nachweis in der Form des § 29 GBO, dass die Beteiligten sich bei gleichzeitiger Anwesenheit vor dem Notar geeinigt haben

[34] c) Auch das Formerfordernis des § 29 GBO dürfte nicht eingehalten worden sein. § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO schreibt für den Fall der Auflassung (§ 20 GBO) zwar vor, dass die für die Eintragung erforderlichen Erklärungen durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen werden. Bei der Auflassung ist allerdings die Einhaltung der Form des § 925 Abs. 1 BGB – also die gleichzeitige Anwesenheit vor einer zuständigen Stelle – nachzuweisen. Dies erfordert eine einheitliche Verhandlung nach § 8 BeurkG und kann nur durch öffentliche – nicht durch öffentlich beglaubigte – Urkunde nachgewiesen werden (siehe oben, Abschnitt b). Dies gilt unabhängig davon, ob man das Erfordernis unter § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO fasst (so Volmer, in: Keller/Munzig, Grundbuchrecht, 8. Auflage 2019, § 29 GBO, Rn. 50) oder unter „andere Voraussetzungen der Eintragungen“ im Sinne von § 29 Abs. 1 Satz 2

GBO (so Imre, in: Kroiß/Horn/Solomon, Nachfolgerecht, § 29 GBO, Rn. 8 m. w. N.).

Durch Eintragung würde gem. § 311 b Abs. 1 S. 2 BGB lediglich das formunwirksame Kausalgeschäft geheilt, nicht aber die (fehlende) Auflassung

[35] d) Es dürfte auch – entgegen der Ansicht der Beteiligten – keine Heilung eingetreten sein, insbesondere nicht gemäß § 311 b Abs. 1 Satz 2 BGB, denn dieser gilt nur für schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäfte, nicht aber für das hier in Rede stehende dingliche Verfügungsgeschäft (vgl. BGH, Urteil vom 8. April 2016 – V ZR 73/15 – NJW 2016, S. 2035 [2036 Rn. 17]). Sind die Auflassungserklärungen nicht bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor einer zuständigen Stelle erklärt worden, führt dieser Verstoß gegen die „Auflassungsform“ zur materiellrechtlichen Nichtigkeit der Einigung (§ 125 Satz 1 BGB), wobei Heilung durch eine nachfolgende Eintragung nicht eintreten kann (so auch Reymann, NJW 2008, S. 1773).

[36] Die Heilung eines Formverstoßes kommt nur bei Eintragung einer materiellrechtlich wirksamen Auflassung in Betracht (Artz, in: Erman, 15. Auflage 2017, § 925 BGB, Rn. 25 a m. w. N.). Dies gilt auch bezüglich § 29 GBO, denn dabei handelt es sich nicht um eine materiellrechtliche Formvorschrift, sondern nur um eine Ordnungsvorschrift. Wird sie verletzt, so wird eine bereits vorgenommene Eintragung dadurch nicht unrichtig, wenn die materiellrechtlichen Voraussetzungen gegeben waren (Volmer, in: Keller/Munzig, Grundbuchrecht, 8. Auflage 2019, § 29 GBO Rn. 6 m. w. N.).

Die Beteiligten haben keinen Anspruch auf „Heilung durch Eintragung“

[37] Zudem ergibt sich aus der Möglichkeit einer „Heilung durch Eintragung“ kein Anspruch auf diese: Das Grundbuchamt hat die Beachtung des § 29 GBO durch Zwischenverfügung oder Zurückweisung des Eintragungsantrages stets durchzusetzen (Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Auflage 2012, Rn. 153).

III.

Keine Kostenentscheidung

[38] Eine Kostenentscheidung ist nicht veranlasst, § 25 Abs. 1 GNotKG. ■

3. Liegenschaftsrecht – Zur Formbedürftigkeit eines städtebaulichen Durchführungsvertrages nach § 311 b Abs. 1 Satz 1 BGB

(OLG Köln, Beschluss vom 16.5.2019 – 19 U 207/18, mitgeteilt durch *Rechtsanwalt Dr. Bernd Nenninger*, Heinsberg)

BGB §§ 125 S. 1, 133, 157, 158 Abs. 1, 311 b Abs. 1

1. Wird ein Vertrag unter die aufschiebende Bedingung der „Rechtskraft“ eines Bebauungsplans gestellt, ist dies dahingehend auszulegen, dass der beschlossene Bebauungsplan im Wege ortsüblicher Bekanntmachung in Kraft getreten sein muss.
2. Wird im Zusammenhang mit einem vorhabenbezogenen Bebauungsplan ein Grundstücksübertragungsvertrag geschlossen und steht dieser unter der aufschiebenden Bedingung des wirksamen Abschlusses eines dazugehörigen städtebaulichen Durchführungsvertrages

(§ 12 Abs. 1 BauGB), so kann sich das Beurkundungserfordernis des Grundstücksvertrages aus § 311 b Abs. 1 Satz 1 BGB nach den zur Gesamtbeurkundungspflicht entwickelten Grundsätzen auf den städtebaulichen Durchführungsvertrag erstrecken.

(RNotZ-Leitsätze)

Zur Einordnung

Steht der Abschluss eines Grundstücksvertrages iSv § 311 b Abs. 1 S. 1 BGB im engen Zusammenhang mit weiteren Verträgen, sei es der Beteiligten untereinander oder mit Dritten, ist die im notariellen Schrifttum intensiv diskutierte Frage nach dem Umfang der Beurkundungspflicht (vgl. etwa aus jüngerer Zeit *Weber* RNotZ 2016, 377; *Keim* DNotZ 2011, 513) stets einzelfallbezogen zu beantworten und führt in der Praxis immer wieder zu Unsicherheiten.

Dem Beurkundungserfordernis des § 311 b Abs. 1 S. 1 BGB unterliegt der ganze Vertrag, dh sämtliche Vereinbarungen, aus denen sich nach dem Willen der Parteien das die Verpflichtung zur Übertragung eines Grundstücks beinhaltende Rechtsgeschäft zusammensetzen soll („Gesamtbeurkundungspflicht“, s. nur BGH NJW 1986, 248; BGH NJW 1973, 37; BGH NJW 1961, 1764; *Staudinger/Kaiser*, BGB [2018], § 311 b Rn. 155). Ein neben dem eigentlichen Grundstücksvertrag stehender weiterer Vertrag ist daher ebenfalls zu beurkunden, wenn trotz förmlicher Trennung der Vertragswerke zwischen ihnen eine rechtliche Einheit besteht. Diese sieht die Rechtsprechung als gegeben an, wenn die Vertragsparteien einen Verknüpfungswillen (dazu eingehend *Seeger* MittBayNot 2003, 11 [12 ff.]) dahingehend haben, dass beide Verträge miteinander stehen und fallen sollen (BGH DNotZ 2011, 196 [198]; BGH MittBayNot 2003, 46 [47]; BGH NJW 1981, 274 f.). Nach inzwischen gefestigter Rechtsprechung muss die erforderliche Abhängigkeit nicht zwingend wechselseitiger Natur sein. Vielmehr reicht es aus, wenn der Grundstücksvertrag einseitig von dem anderen – für sich genommen nicht formbedürftigen – Vertrag abhängen soll (BGH NJW 2000, 951). Im umgekehrten Fall – bloße einseitige Abhängigkeit des an sich nicht formbedürftigen Vertrages vom Grundstücksvertrag – erfordern die Formzwecke des § 311 b Abs. 1 S. 1 BGB nach Auffassung des BGH hingegen keine Erstreckung der Beurkundungspflicht auch auf den anderen Vertrag (BGH NJW 2002, 2559 [2560]; BGH NJW 2000, 951; krit. *Seeger* MittBayNot 2003, 11 [16 f.]).

Fraglich ist, wie anhand dieser Grundsätze mit den in der Praxis durchaus häufig anzutreffenden Fallkonstellationen umzugehen ist, in denen die Beteiligten die Wirksamkeit des notariell beurkundeten Grundstücksvertrages unter die aufschiebende Bedingung stellen, dass ein anderer – für sich genommen nicht beurkundungsbedürftiger – Vertrag wirksam zustande kommt bzw. abgeschlossen wird. Im Schrifttum plädieren einige Autoren dafür, dass der andere Vertrag, dessen Wirksamkeit oder Abschluss zum Eintritt der im Grundstücksvertrag enthaltenen aufschiebenden Bedingung und damit zugleich zu dessen Rechtswirksamkeit führt, auch unter Berücksichtigung der Gesamtbeurkundungspflicht nicht am Formerfordernis des § 311 b Abs. 1 S. 1 BGB teilnimmt, solange nur die Verknüpfungsabrede (hier: die Klausel betreffend die aufschiebende Bedingung) notariell beurkundet worden ist (*Korte* DNotZ 1984, 3 [9 ff.];

Seeger MittBayNot 2003, 11 [15]). Der BGH hat sich – soweit ersichtlich – erst ein einziges Mal mit der Thematik befasst und angedeutet, dass er auch den anderen Vertrag für beurkundungsbedürftig hält, wenn im Wege einer vereinbarten aufschiebenden Bedingung die Wirksamkeit des Grundstücksvertrages vom Bestand des anderen Vertrages abhängig ist (BGH NJW 1988, 2880).

In der hier mitgeteilten Entscheidung hat nun das OLG Köln befunden, dass in der geschilderten Fallkonstellation der andere – für sich genommen nicht beurkundungsbedürftige und ggf. sogar formfreie Vertrag – der Beurkundungspflicht des § 311 b Abs. 1 S. 1 BGB unterliege. Darüber hinausgehend bezieht das Gericht Stellung dazu, was im Wege der Vertragsauslegung unter einer Klausel zu verstehen ist, die auf die „Rechtskraft“ eines Bebauungsplans abstellt.

Der notariellen Praxis dient der Beschluss des OLG Köln als Erinnerung an das Gesamtbeurkundungsgebot aus § 311 b Abs. 1 S. 1 BGB im speziellen städtebaulichen Kontext. Um die für die Beteiligten oft weitreichenden Folgen eines Formmangels (bis zu einer etwaigen Heilungswirkung nach § 311 b Abs. 1 S. 2 BGB durch Eigentumsumschreibung) sowie die Gefahr einer Notarhaftung zu vermeiden, sollte der Notar den Beteiligten bei Vereinbarung einer aufschiebenden Bedingung im Grundstücksvertrag auch zur Beurkundung eines zwischen denselben Beteiligten noch abzuschließenden und lediglich formell „ausgelagerten“ Durchführungsvertrages raten, der auf diesem Wege in Bezug genommenen wird. Zur Gesamtbeurkundungspflicht bei aufschiebenden Bedingungen sei im Übrigen auf die instruktiven und differenzierten Erläuterungen bei *Krauβ* (Immobilienkaufverträge in der Praxis, 8. Aufl. 2017, Rn. 100) hingewiesen (Beurkundungspflicht des anderen Vertrages nur bei „echter Geschäftseinheit“, nicht aber bei bloßer Verknüpfung „dem Grunde nach im Wege einer Bedingung“).

Die Schriftleitung (JHB)

Zum Sachverhalt:

I.

[1] Die Parteien streiten darüber, ob die Klägerin einen – im Hinblick auf eine mögliche Verjährung durchsetzbaren – Übereignungsanspruch im Hinblick auf Grundstücke aus einem Grundstücksübertragungsvertrag hat. Dieser Grundstücksübertragungsvertrag steht im Zusammenhang mit einem vorhabenbezogenen Bebauungsplan und einem Durchführungsvertrag zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 1).

[2] Mit notariellem Vertrag vor dem Notar ... vom 11.9.2007 – UR.Nr. ... für ... schlossen die Parteien einen Grundstücksübertragungsvertrag über zwei Teilflächen des im Grundbuch von ... Blatt ... verzeichneten Grundbesitzes ... (Vertrag K1, AH). Der Notar – der Streitverkündete – wurde beauftragt, alles Erforderliche zum Vollzug der Eigentumsübertragung in die Wege zu leiten. Unter § 2 Nr. 2 des Vertrages ist geregelt, dass der Vertrag aufschiebend bedingt geschlossen wird und „erst mit Rechtskraft“ des entsprechenden vorhabenbezogenen Bebauungsplans und „der Rechtskraft“ des Durchführungsvertrages (K 3, AH) wirksam werden soll.

[3] Der Durchführungsvertrag regelt insbesondere die Pflicht der Beklagten zu 1) zur Erschließung, Planung, Vermessung und Herstellung der Infrastruktur und wurde am 11.12.2007 geschlossen, jedoch nicht notariell beurkundet. § 1 Nr. 2 S. 1 des Vertrages bestimmt, dass die Beklagte zu 1) alle öffentlichen Grundstücksflächen innerhalb des Plangebietes auf die ... zu übertragen hat. Unter § 17 Nr. 1 dieses Vertrages ist geregelt, dass der Vertrag „mit Inkrafttreten der Satzung über den Vorhabenbezogenen Bebauungsplan wirksam“ werde.

[4] Der Rat der Klägerin beschloss den vorhabenbezogenen Bebauungsplan in der Sitzung vom 11.12.2007. Die Bekanntmachung des Satzungsbeschlusses erfolgte im Gemeindeblatt am 9.5.2008. Noch im Jahre 2007 begann die Beklagte zu 1) mit Erschließungsarbeiten. Später übertrug die Beklagte zu 1) einen Teil des ehemaligen Flurstücks ... (jetzt Teilfläche von ...) auf die Beklagte zu 2), die Eintragung im Grundbuch erfolgte am 29.11.2012. Der Streitverkündete sorgte nicht für die Überschreibung des Eigentums auf die Klägerin. Als der Vorgang im Januar 2018 aufgegriffen wurde, erhoben die Beklagten die Einrede der Verjährung.

[5] Die Klägerin hat die Ansicht vertreten, der Anspruch auf Eigentumsverschaffung gegen die Beklagte zu 1) sei nicht verjährt, da die Rechtskraft des Bebauungsplans erst mit ortsüblicher Bekanntmachung eingetreten sei. Die Übertragung des Flurstücks an die Beklagte zu 2) sei eine anfechtbare vorsätzliche Benachteiligung im Sinne des § 3 Abs. 1 S. 1 AnfG.

[6] Die Klägerin hat beantragt,

1. die Beklagte zu 1) zu verurteilen, der Klägerin folgende Grundstücke herauszugeben, diese an die Klägerin zu übereignen und die Eintragung der Klägerin als Eigentümer im Grundbuch zu bewilligen:

Grundbuch von ... des Amtsgerichts ..., Bl. ... Bestandsverzeichnis lfd. Nrn. [...]

2. die Beklagte zu 1) sowie die Beklagte zu 2) wie Gesamtschuldner zu verurteilen, der Klägerin folgendes Grundstück herauszugeben, dieses an die Klägerin zu übereignen und die Eintragung der Klägerin als Eigentümer im Grundbuch zu bewilligen:

Grundbuch ... von ... des Amtsgerichts ... Bl. ... Bestandsverzeichnis lf. Nr. 3, ... ehemals Flurstück ... jetzt Teilfläche aus Flurstück ...; Lage und Grenzen dieser Teilfläche ergeben sich aus dem Plan in der Anlage zur Klageschrift, Anlage K 10,

3. festzustellen, dass die Beklagte zu 1) und die Beklagte zu 2) als Gesamtschuldner der Klägerin sämtlichen vergangenen, gegenwärtigen und zukünftigen Schaden einschließlich Vermessungskosten und Kosten für eine erneute Auflassungserklärung zu der im Antrag zu 2. beschriebenen Teilfläche zu ersetzen haben, der dieser entstanden ist, weil die Beklagte zu 1) und die Beklagte zu 2)

a) den Grundbesitz, der im Klageantrag zu 1. beschrieben ist, nicht an die Klägerin übereignet haben und

b) den Grundbesitz, der im Klageantrag zu 2. beschrieben ist, an die Beklagte zu 2) und nicht an die Klägerin übereignet haben,

4. festzustellen, dass der Schadensersatzanspruch gemäß Feststellungsantrag Ziffer 3 auf einer vorsätzlichen unerlaubten Handlung beruht.

[7] Die Beklagten haben beantragt, die Klage abzuweisen.

[8] Sie haben behauptet, ein Teilbereich, der als private Grünfläche gekennzeichnet ist, habe nach dem Grundstücksübertragungsvertrag nicht an die Klägerin übertragen werden sollen. Die Verjährungsfrist habe bereits am 11.12.2007 begonnen. Mit der Wirksamkeit des Ratsbeschlusses sei die im Übertragungsvertrag missverständlich formulierte „Rechtskraft“ des vorhabenbezogenen Bebauungsplans eingetreten. Auch die Klägerin sei davon ausgegangen, dass der Satzungsbeschluss der maßgebliche Zeitpunkt gewesen sei. § 10 BauGB sei auf einen vorhabenbezogenen Bebauungsplan nicht anwendbar.

[9] Das Landgericht hat die Klage überwiegend als unbegründet und hinsichtlich des Feststellungsantrags als unzulässig abgewiesen. Zwar habe die Klägerin einen Übertragungsanspruch, dieser sei jedoch verjährt, so dass die Beklagte die Leistung gemäß § 214 BGB verweigern könne. Die Verjährungsfrist habe am 12.12.2007 begonnen. Die Frage, was unter „Rechtskraft“ bezogen auf den vorhabenbezogenen Bebauungsplan und auf den Durchführungsvertrag im Sinne der vereinbarten aufschiebenden Bedingung zu verstehen sei, sei im Wege der Auslegung zu ermitteln. Der Wortlaut sei nicht eindeutig, da Bebauungspläne – genauso wie Durchführungsverträge als öffentlich-rechtliche Verträge – nicht in Rechtskraft erwachsen. Nach § 10 Abs. 2 BauGB sei die Bekanntmachung der Zeitpunkt des Inkrafttretens. Das Inkrafttreten der Satzung sei auch mit Blick auf die Begleitumstände – insbesondere der Regelung im Durchführungsvertrag und dem nachvertraglichen Verhalten der Parteien – der maßgebliche Zeitpunkt. Im Hinblick auf die Interessenlage der Parteien sei von Belang, dass die seitens der Parteien erstrebte Planungsreife und -sicherheit mit dem Satzungsbeschluss und der Unterzeichnung des Durchführungsvertrags eingetreten sei. Mit dem Satzungsbeschluss würde der Bebauungsplan zum Gesetz im materiellen Sinne. Das Inkrafttreten der Satzung diene lediglich dem Zweck, die Rechtsnorm der Allgemeinheit in förmlicher Weise zugänglich zu machen. Ein vertraglicher Anspruch gegen die Beklagte zu 2) sei überdies nicht ersichtlich. Auch ein Anspruch nach § 11 AnfG scheide aus, da gemäß § 2 AnfG kein vollstreckbarer Schuldtitel vorliege und der Anfechtungsgegner der Zwangsvollstreckung nicht stärker ausgesetzt sein dürfe als der Schuldner selbst. Ein Feststellungsinteresse der Klägerin bestehe nicht, weil zukünftige Schäden mangels Bestehens des Hauptanspruchs nicht in Frage kämen:

[10] Dagegen wendet sich die Berufung der Klägerin, die ihr erstinstanzliches Vorbringen wiederholt, vertieft und ergänzt. Das angefochtene Urteil sei schon aus formalen Gründen unwirksam, da es von einem unzuständigen Richter verkündet worden sei und nicht die Vorsitzende Richterin die Verfügung zu dem Urteil unterzeichnet habe, so dass es sich bei dem verkündeten Urteil offenbar nur um einen Entwurf gehandelt habe. Die Auslegung des Landgerichts sei rechtsfehlerhaft. In § 17 Nr. 1 des Durchführungsvertrags sei durch die Parteien definiert worden. Was unter „Rechtskraft“ im Sinne des Übertragungsvertrags zu verstehen sei, nämlich das Inkrafttreten der Bebauungsplansatzung. Einer über diesen Wortlaut hinausgehenden Auslegung bedürfe es nicht. Es sei mehrfach über die Bedeutung des Wortes „rechtswirksam“ gesprochen worden, wobei die Gesprächsteilnehmer übereinstimmend davon ausgegangen seien, dass das Inkrafttreten im Sinne des § 10 Abs. 3 BauGB gemeint sei. Die Erschließungsarbeiten habe

die Beklagte erst am 10.3.2008 begonnen. Der Baubeginn vor Inkrafttreten der Satzung sei üblich. Soweit das Landgericht im Zuge der Auslegung überprüft, wie juristische Laien die gewählte Begrifflichkeit verstehen, weist die Klägerin die Einordnung als juristische Laiin zurück.

[11] Sie beantragt,

das angefochtene Urteil abzuändern und im Sinne ihrer erstinstanzlich gestellten Anträge zu erkennen.

[12] Die Beklagten beantragten, die Berufung zurückzuweisen.

[13] Sie verteidigen das angefochtene Urteil.

[14] Der Senat hat mit Beschluss vom 21.3.2019 darauf hingewiesen, dass er beabsichtigt, die Berufung der Klägerin gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen, und den Parteien hierzu Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben.

[15] Wegen der weiteren Einzelheiten des Vorbringens der Parteien in beiden Instanzen wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung in der ersten Instanz Bezug genommen.

Aus den Gründen:

II.

Die Berufung war wegen offensichtlich fehlender Erfolgsaussichten gem. § 522 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen

[16] Die Berufung ist zulässig, hat aber in der Sache offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg. Auch die weiteren Voraussetzungen für eine Zurückweisung des Rechtsmittels durch Beschluss gemäß § 522 Abs. 2 ZPO liegen vor, insbesondere erfolgt die Entscheidung des Senats einstimmig. Zur Begründung wird zur Vermeidung von Wiederholungen zunächst auf die nachstehend wiedergegebenen Hinweise im Beschluss des Senats vom 21.3.2019 verwiesen.

Der Klägerin stehen keine Eigentumsverschaffungsansprüche aus dem Grundstücksübertragungsvertrag vom 11.9.2007 zu

„Das Landgericht hat die Klage im Ergebnis zurecht abgewiesen. Der Klägerin stehen gegen die Beklagte zu 1) und ggf. in der Folge gegen die Beklagte zu 2) keine Übereignungsansprüche aus dem zwischen den Parteien geschlossenen Grundstücksübertragungsvertrag vom 11.9.2007 zu, weshalb der Klägerin die mit ihren Berufungsanträgen zu 1.-4. weiterhin verfolgten Ansprüche nicht zustehen.“

Keine Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils aus formalen Gründen

Entgegen der Auffassung der Klägerin ist das Urteil nicht bereits aus formalen Gründen aufzuheben, insbesondere handelt es sich offensichtlich nicht um einen Entwurf. Dies wird daraus ersichtlich, dass es für den Verkündungstermin erstellt wurde, zur Akte gelangt ist und von den Kammermitgliedern unterzeichnet wurde, wobei die Kammervorsitzende für einen verhinderten beisitzenden Richter unterschrieben hat. Darüber hinaus führt es nicht etwa zur Unwirksamkeit des Urteils, dass es nicht von der Vorsitzenden gem. § 136 Nr. 4 ZPO verkündet worden ist oder dass die Vorsitzende nicht die Verfügung zu dem Urteil unterzeichnet hat. Verkündungsmängel führen nämlich grundsätzlich nicht zur Unwirksamkeit des Urteils. Etwas anderes gilt nur, wenn elementare, zum Wesen der Verlautbarung gehörende Formerfordernisse nicht beachtet werden, so dass

von einer Verlautbarung im Rechtssinne nicht mehr gesprochen werden kann. Zu den Mindestanforderungen, deren Verletzung die Entstehung eines wirksamen Urteils verhindert, gehört, dass die Verlautbarung von dem Gericht beabsichtigt war oder von den Parteien derart verstanden werden durfte und die Parteien von Erlass und Inhalt der Entscheidung förmlich unterrichtet wurden (MüKoZPO/Musielak, 5. Aufl. 2016, ZPO § 311 Rn. 7). Diese Mindestanforderungen sind hier eingehalten.

Zweifache Bedingtheit des Eigentumsverschaffungsanspruchs; Rechtskraft des Bebauungsplans nicht schon mit Beschlussfassung im Gemeinderat

Der Grundstücksübertragungsvertrag bestimmt zwar in § 2 Nr. 1 die Pflicht der Beklagten zu 1), der Klägerin zwei noch zu vermessende Grundstücke, die im Grundbuch von ... Blatt ... verzeichnet sind, zu übereignen. Diese Übereignungspflicht ist jedoch nach § 2 Nr. 2 des Vertrages im Sinne des § 158 Abs. 1 BGB zweifach aufschiebend bedingt, und zwar zum einen im Hinblick auf die „Rechtskraft“ des auf diese Grundstücke bezogenen vorhabenbezogenen Bebauungsplans der Klägerin und zum anderen, im Hinblick auf die „Rechtskraft“ des zwischen den Parteien bzgl. des Vorhabens zu schließenden Durchführungsvertrags.

Die erstgenannte Bedingung ist mit dem formellen Inkrafttreten des entsprechenden Bebauungsplans im Mai 2008 eingetreten. Der Senat schließt sich insoweit nicht der Sichtweise des Landgerichts dahingehend an, dass für die „Rechtskraft“ des vorhabenbezogenen Bebauungsplans im Sinne des Grundstücksübertragungsvertrags der Ratsbeschluss der Klägerin ausreicht, vielmehr war hierzu das formelle Inkrafttreten des Bebauungsplans nach den Vorgaben des Baugesetzbuches (BauGB) erforderlich. Auch für den vorhabenbezogenen Bebauungsplan ist insoweit § 10 BauGB maßgeblich (Battis/Krautzberger/Löhr/Mitschang, 13. Aufl. 2016, BauGB § 12 Rn. 40), sodass es für das Inkrafttreten gemäß § 10 Abs. 3 S. 4 BauGB nicht auf den Satzungsbeschluss des Gemeinderats, sondern auf die ortsübliche Bekanntmachung der Satzung ankommt.

Infolgedessen keine Verjährung des Eigentumsverschaffungsanspruchs

Ausgehend hiervon greift die Verjährungseinrede demnach entgegen der Auffassung des Landgerichts nicht. Die Verjährungsfrist von zehn Jahren (§ 196 BGB) begann nach dem Vorstehenden mit der Bekanntmachung der Satzung am 9.5.2008 und endete am 9.5.2018. Die am 7.5.2018 bei Gericht eingegangene, am 6.6.2018 und damit demnächst i. S. v. § 167 ZPO zugestellte Klage hat demnach die Verjährung gem. § 204 Abs. 1 Nr. 1 ZPO gehemmt.

Unter „Rechtskraft“ ist nach allgemeinem Sprachgebrauch bei einem Bebauungsplan dessen Inkrafttreten durch ortsübliche Bekanntmachung zu verstehen

Schon die gemäß §§ 133, 157 BGB zunächst gebotene Auslegung des Wortes „Rechtskraft“ in Bezug auf den Bebauungsplan führt zu dem genannten Auslegungsergebnis. Im Hinblick auf einen Bebauungsplan ist diese Begrifflichkeit schon deshalb nicht im technischen Sinne aufzufassen, weil das Gesetz eine Rechtskraft von Bebauungsplänen nicht kennt. Nach dem allgemeinen Sprachgebrauch wird eine Entscheidung oder Regelung dann als rechtskräftig bezeichnet, wenn sie gültig, endgültig, verbindlich und unanfechtbar ist. Gemäß § 10 Abs. 3 S. 4 BauGB wird der Bebauungsplan mit dem Erscheinungstag des Publikationsorgans, in dem die ortsübliche Bekanntmachung erfolgt, rechtsverbindlich (Battis/Krautzberger/Löhr/Reidt,

13. Aufl. 2016, BauGB § 10 Rn. 43 m. w. N.), also nicht schon vorher. Damit besteht, ungeachtet der notariellen Wirksamkeit des vorhabenbezogenen Bebauungsplans (hierzu noch im Folgenden) erst mit der Bekanntmachung eine Verbindlichkeit, die im Wortsinne mit dem Begriff „Rechtskraft“ in Einklang zu bringen ist.

Dieses Auslegungsergebnis findet Bestätigung im Zuge der Betrachtung der äußeren Begleitumstände des Vertragschlusses, der Interessenlage der Beteiligten und des verfolgten wirtschaftlichen Zwecks. Die in Rede stehende aufschiebende Bedingung ist im Kontext der rechtlichen Vorgaben des § 12 BauGB zu sehen, der in öffentlich-rechtlicher Hinsicht den Abschluss eines Durchführungsvertrags zur Voraussetzung für die Zulässigkeit eines vorhabenbezogenen Bebauungsplans macht. Damit und mit der zweifachen aufschiebenden Bedingung der Grundstücksübertragung bestand für die Vertragsparteien im vorliegenden Fall ein Interesse an einem privatrechtlichen und wirtschaftlichen Gleichlauf von Wirksamkeit des vorhabenbezogenen Bebauungsplans, Wirksamkeit des Durchführungsvertrags und Wirksamkeit der Grundstücksübertragung. Denn nur das Zusammenspiel der drei genannten Bestandteile konnte dazu führen, dass das zwischen den Parteien gewünschte Vorhaben öffentlich-rechtlich und zivilrechtlich umzusetzen ist. Diese Sicht der Dinge findet Bestätigung in dem Wortlaut des Durchführungsvertrags, in dem es in § 17 Nr. 1 heißt, dass der Vertrag mit dem Inkrafttreten der Satzung über den vorhabenbezogenen Bebauungsplan wirksam werde. Hier wurde exakt die Begrifflichkeit („Inkrafttreten“) verwendet, die auf § 10 Abs. 3 S. 4 BauGB und damit auf die ortsübliche Bekanntmachung als maßgeblichen Zeitpunkt hinweist. Ohne diesen Bedingungseintritt konnte der Ausführungsvertrag und in der Folge – aufgrund der entsprechenden aufschiebenden Bedingung – der Grundstücksübertragungsvertrag nicht wirksam werden.

Der Durchführungsvertrag ist mangels notarieller Beurkundung formunwirksam

Gleichwohl ist die Pflicht der Beklagten zu 1) zur Übereignung der im Vertrag bezeichneten Grundstücke nicht wirksam geworden, weil die zweite aufschiebende Bedingung, die unter § 2 Nr. 2 des Grundstücksübertragungsvertrages geregelt ist, nicht eingetreten ist und auch nicht mehr eintreten kann. Denn der zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 1) geschlossene Durchführungsvertrag ist wegen eines Formmangels gemäß § 125 S. 1 BGB nichtig.

Grundsätzlich unterliegt ein Durchführungsvertrag als öffentlich-rechtlicher Vertrag gem. § 57 VwVfG lediglich der Schriftform, die vorliegend eingehalten worden ist. Über § 62 S. 2 VwVfG greifen jedoch auch die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs, unter anderem die Formvorschrift des § 311 b Abs. 1 BGB mit Blick auf Verträge, die die Verpflichtung zur Übertragung von Eigentum an Grundstücken zum Gegenstand haben (Stelkens/Bonk/Sachs/Bonk/Neumann/Siegel, 9. Aufl. 2018, VwVfG § 57 Rn. 23 ff. m. w. N.; Staudinger/Schumacher, Neubearbeitung 2018, BGB § 311 b Rn. 72 f. m. w. N.). Maßgeblich für ein unmittelbares Eingreifen dieser Formvorschrift ist, dass sich aus dem öffentlich-rechtlichen Vertrag die rechtsgeschäftliche Grundstücksveräußerungspflicht ergibt und die Änderung der Eigentumszuordnung nicht kraft Gesetzes gemäß einer Sondervorschrift des öffentlichen Rechts erfolgt (OLG Schleswig, Beschl. v. 18.2.1981 – 2 W 107/80 – juris, m. w. N.). Vorliegend ist eine solche Sondervorschrift des öffentlichen Rechts im Hinblick auf den Eigentumsübergang nicht ersichtlich. In § 1 Nr. 2 des Durch-

führungsvertrages ist bestimmt, dass die Beklagte zu 1) die öffentlichen Grundstücksflächen des Plangebiets auf die Klägerin zu übertragen hat. Dem Wortlaut nach lässt sich diese Regelung ohne weiteres als rechtsgeschäftliche Verpflichtung, das Eigentum zu übertragen, auffassen.

Der Durchführungsvertrag bildet mit dem Grundstücksübertragungsvertrag eine rechtliche Einheit und unterliegt daher ebenfalls dem Beurkundungserfordernis des § 311 b Abs. 1 S. 1 BGB

Ob diese Vertragsklausel in der Zusammenschau mit dem bereits zeitlich zuvor notariell beurkundeten Grundstücksübertragungsvertrag lediglich deklaratorischen Charakter haben sollte, kann dahinstehen, denn zwischen dem Grundstücksübertragungsvertrag und dem Durchführungsvertrag besteht ohnedies eine rechtliche Einheit, die zu der Formbedürftigkeit des Durchführungsvertrags gem. § 311 b Abs. 1 BGB führt. Eine solche rechtliche Einheit zwischen einem Grundstücksvertrag und anderen Verträgen besteht dann, wenn die Vertragsparteien den Willen haben, die Verträge in der Weise miteinander zu verknüpfen, dass sie miteinander stehen und fallen sollen, was auch dann der Fall sein kann, wenn – wie hier – die Verträge nicht in einer Urkunde, sondern nacheinander geschlossen werden (st. Rspr., vgl. BGH, Urt. v. 22.7.2010 – VII ZR 246/08 – juris, m. w. N.). Maßgeblich ist insoweit, ob der Grundstückserwerb abhängig von dem anderen Vertrag sein sollte (BGH, Urt. v. 26.11.1999 – V ZR 251/98 – juris; BGH, Urt. v. 13.6.2002 – VII ZR 321/00 – juris). So liegt es hier, denn der Grundstücksübertragungsvertrag sollte im Wege der aufschiebenden Bedingung unter anderem von der Wirksamkeit des Durchführungsvertrags abhängen.

Zu einer Heilung des Formmangels gem. § 311 b Abs. 1 S. 2 BGB ist es nicht gekommen

Eine Heilung dieses Formmangels gemäß § 311 b Abs. 1 S. 2 BGB liegt gerade nicht vor, weil der Eigentumswechsel nicht mit der Eintragung ins Grundbuch vollzogen worden ist.

Überdies ist die vereinbarte aufschiebende Bedingung eines rechtswirksamen vorhabenbezogenen Bebauungsplans mangels wirksamen Durchführungsvertrags (vgl. VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 14.11.2002 – 5 S 1635/00 –, juris) ausgefallen, so dass eine nachträgliche Heilung des Mangels des Durchführungsvertrags, die lediglich ex nunc wirken könnte, nicht mehr dazu führen kann, dass die aufschiebende Bedingung hinsichtlich des Bebauungsplans eintreten könnte (vgl. Staudinger/Schumacher, Neubearbeitung 2018, BGB § 311 b Rn. 326 m. w. N.). Im Falle einer ausgefallenen Bedingung entfallen ebenfalls etwaige Vorwirkungen zum Schutz desjenigen, zu dessen Gunsten die bedingte Erklärung erfolgt ist (MüKoBGB/Westermann, 8. Aufl. 2018, BGB § 158 Rn. 43 m. w. N.). Dies hat zur Folge, dass auch Schadensersatzansprüche oder andere aus dem Grundstücksübertragungsvertrag abgeleitete Ansprüche zugunsten der Klägerin nicht in Betracht kommen.“

Die im Berufungsverfahren abgegebene ergänzende Stellungnahme der Klägerin rechtfertigt keine andere Sichtweise

[17] Die ergänzende Stellungnahme der Klägerin vom 13.5.2019 veranlasst den Senat nicht, von seiner Auffassung abzurücken. Sie gibt lediglich zu folgenden Anmerkungen Anlass.

[18] Es kann – wie bereits im Senatsbeschluss vom 21.3.2019 ausgeführt – dahinstehen, ob der Durchführungsvertrag selbst eine Verpflichtung, das streitgegenständliche Grundstück auf die Klägerin zu übertragen, regeln sollte, oder ob die entsprechenden Ausführungen hierzu in dem Vertragstext lediglich deklaratorischen Charakter haben sollten. Denn auch unter Berücksichtigung der ergänzenden Stellungnahme der Klägerin bleibt der Senat bei seiner Auffassung, dass der Grundstücksübertragungsvertrag und der Durchführungsvertrag unter Anwendung der Kriterien, die der Bundesgerichtshof aufgestellt hat, als rechtliche Einheit aufzufassen sind mit der Folge, dass auch der Durchführungsvertrag der Formvorschrift des § 311 b Abs. 1 BGB unterliegt.

Ein Grundstücksvertrag, der unter die aufschiebende Bedingung des wirksamen Abschlusses eines anderen Vertrags gestellt worden ist, ist von diesem anderen Vertrag rechtlich abhängig

[19] Soweit die Klägerin die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu der genannten Rechtsfrage dahingehend zusammenfasst, dass eine solche rechtliche Einheit nur dann vorliegt, wenn nach den Vorstellungen der Parteien des Grundstücksvertrags dieser geschlossen werde, um den weiteren Vertrag zu ermöglichen, ist dies zumindest insoweit missverständlich, als damit der Kernpunkt der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht hervorgehoben wird. Maßgeblich ist nämlich – wie bereits im Senatsbeschluss vom 21.3.2019 ausgeführt – die von den Parteien gewollte rechtliche Abhängigkeit des Grundstücksvertrags von dem weiteren Vertrag (st. Rspr., vgl. BGH, Urteil vom 26.11.1999 – V ZR – 251/98 –, juris; BGH, Urteil vom 11.10.2000 – VIII ZR 321/99 –, juris; BGH, Urteil vom 13.6.2002 – VII ZR 321/00 –, juris; BGH Urteil vom 22.7.2010 – VII ZR 246/08 –, juris). Eine solche gewollte Abhängigkeit kann in dem Vertragstext des Grundstücksvertrags kaum deutlicher als – wie vorliegend – mittels einer aufschiebenden Bedingung zum Ausdruck gebracht werden. Denn der unter einer aufschiebenden Bedingung geschlossene Vertrag – hier der Grundstücksübertragungsvertrag – wird gemäß § 158 Abs. 1 BGB erst dann wirksam, sobald die aufschiebende Bedingung – hier: wirksame Vereinbarung des Durchführungsvertrags – wirksam vereinbart wird. Eine Verknüpfung und Abhängigkeit des Grundstücksvertrags von dem anderen Vertrag im Sinne einer rechtlichen Einheit beider Verträge liegt daher schon dem Wortlaut des Vertragstextes nach dann eindeutig vor, wenn der Grundstücksvertrag unter einer solchen aufschiebenden Bedingung steht. Soweit die Klägerin pauschal behauptet, eine solche aufschiebende Bedingung habe es hier nicht gegeben, belegt der Wortlaut des Textes des Grundstücksübertragungsvertrags unter § 2 Nr. 2 S. 1 2. HS eindeutig das Gegenteil, so dass er einer anderweitigen Auslegung nicht zugänglich ist.

Nur wenn umgekehrt ein anderer Vertrag vom Grundstücksvertrag abhängig ist, ist der andere Vertrag nach der Rechtsprechung des BGH nicht gem. § 311 b Abs. 1 S. 1 BGB beurkundungsbedürftig

[20] Genau umgekehrt lag der Fall, der der seitens der Klägerin zitierten Entscheidung des Bundesgerichtshofs (BGH, Urteil vom 13.6.2002 – VII ZR 321/00 –, juris) zugrunde lag, denn dort war – nach dem Wortlaut der Vertragstexte und den bisher getroffenen Feststellungen – der weitere Vertrag (ein Bauvertrag) von einem Grundstückskaufvertrag abhängig, nicht jedoch umgekehrt. Gerade die fehlen-

den Feststellungen hierzu rügt der Bundesgerichtshof in der zweiten seitens der Klägerin zitierten Passage (BGH a. a. O. Rn. 18). Weiter (Rn. 19) führt er dann wie folgt aus:

„Die bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts ergeben keine Abhängigkeit des Grundstückskaufvertrages vom Bauvertrag. Eine solche rechtliche Abhängigkeit ist weder im Grundstückskaufvertrag angedeutet noch ergibt sie sich aus dem bisher festgestellten Willen der Parteien. Das Berufungsgericht befasst sich allein mit der Abhängigkeit des Bauvertrages vom Grundstücksgeschäft.“

Im vorliegenden Fall ergibt sich die rechtliche Einheit des Grundstücksvertrags von dem anderen Vertrag aufgrund der vereinbarten aufschiebenden Bedingung

[21] Diese Passage kennzeichnet den entscheidenden Unterschied des seitens des Bundesgerichtshofs zu beurteilenden Falles zu dem vorliegenden Streitfall. Denn in dem vorliegenden Streitfall ist die rechtliche Abhängigkeit des Grundstücksvertrags von dem weiteren Vertrag (Durchführungsvertrag) im Vertragstext nicht nur angedeutet, sondern – wie bereits ausgeführt – unmissverständlich und eindeutig in Form einer aufschiebenden Bedingung geregelt. Vor diesem Hintergrund bedarf es entgegen der Auffassung der Klägerin im Streitfall keiner weiteren Feststellungen zu der Frage, ob die Parteien eine Abhängigkeit des Grundstücksübertragungsvertrags von dem Durchführungsvertrag wollten. Die seitens der Klägerin insoweit angestellten hypothetischen Hilfserwägungen gehen aus diesem Grund und deshalb ins Leere, weil die Frage, ob der Durchführungsvertrag auch ohne die Übertragung der Grundstücke umsetzbar gewesen wäre, nicht maßgeblich ist für die Frage, ob die Parteien bei Vertragsschluss eine rechtliche Abhängigkeit in vorgenanntem Sinne wollten. Genauso wenig ist insoweit von Bedeutung, in wie vielen ähnlich gelagerten Fällen Grundstücksübertragungsverträge und Durchführungsverträge in derselben oder einer ähnlichen Weise miteinander verknüpft werden und ob in solchen Fällen in der Regel eine Beurkundung des Durchführungsvertrags erfolgt oder nicht.

[22] Soweit sich die Klägerin darüber hinaus gegen die Einschätzung des Senats zu der Frage des Bedingungsausfalls wendet, ist dies für die vorstehende streitentscheidende rechtliche Fragestellung nicht von ausschlaggebender Bedeutung. Zutreffend stellt die Klägerin allerdings hierzu dar, dass dann, wenn ein Durchführungsvertrag fehlt oder fehlerhaft ist, grundsätzlich ein nichtiger vorhabenbezogener Bebauungsplan vorliegt. Für den Streitfall folgt – wie in dem Senatsbeschluss vom 21.3.2019 ausgeführt – daraus, dass der vorhabenbezogene Bebauungsplan infolge des wegen Formunwirksamkeit fehlenden Durchführungsvertrags unwirksam ist. Der Senat hat sich mit dieser Frage nur insoweit auseinandergesetzt, als der Grundstücksübertragungsvertrag auch mit Blick auf die Wirksamkeit des vorhabenbezogenen Bebauungsplans aufschiebend bedingt geschlossen wurde und die Frage, ob die aufschiebenden Bedingungen endgültig ausgefallen sind, in dem Rechtsverhältnis der Parteien erwägenswert ist.

[23] Keineswegs hat der Senat damit eine darüber hinaus allgemein gültige Feststellung hinsichtlich der Wirksamkeit des vorhabenbezogenen Bebauungsplans getroffen. Eine solche obliegt in der Tat gemäß § 47 VwGO einzig dem Oberverwaltungsgericht. Entgegen der Auffassung der Klägerin ist die Wirksamkeit dieses Bebauungsplans sehr wohl eine seitens des Senats in den Blick zu nehmende Rechtsfra-

ge, soweit sie für die Beurteilung des zwischen den Parteien bestehenden zivilrechtlichen Verhältnisses von Bedeutung ist.

Prozessuale Nebenentscheidungen (insbesondere: keine Zulassung der Revision)

[24] [...]

[25] Entgegen der Auffassung der Klägerin ist eine Zulassung der Revision gemäß § 543 Abs. 2 ZPO nicht geboten.

[26] Denn zum einen hat die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung im Sinne des § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 ZPO. Hierzu muss nämlich – im Gegensatz zum Streitfall – eine klärungsbedürftige Rechtsfrage vorliegen. Diese Voraussetzung liegt vor, wenn die durch das Berufungsurteil aufgeworfene Rechtsfrage zweifelhaft ist, also über Umfang und Bedeutung einer Rechtsvorschrift oder über das Verhältnis mehrerer Bestimmungen zueinander Unklarheiten bestehen. Solche Zweifel sind insbesondere zu bejahen, wenn die Rechtsfrage seitens des Bundesgerichtshofs bisher nicht entschieden ist und ihre Beantwortung etwa in der obergerichtlichen Rechtsprechung auch nicht klar konturiert ist (MüKoZPO/Krüger, 5. Aufl. 2016, ZPO § 543 Rn. 7 m. w. N.). Maßgebliche Rechtsfrage ist hier, unter welchen Voraussetzungen eine rechtliche Einheit zwischen einem Grundstücksvertrag und einem anderen Vertrag vorliegt, die dazu führt, dass auch der andere Vertrag der Formbedürftigkeit nach § 311 b Abs. 1 BGB unterliegt. Diese Rechtsfrage hat der Bundesgerichtshof jedoch – wie bereits in dem Senatsbeschluss vom 21.3.2019 und auch vorstehend erläutert – geklärt. Im Streitfall geht es lediglich um die Entscheidung des Einzelfalls unter Anwendung der Grundsätze, die der Bundesgerichtshof aufgestellt hat. Mangels klärungsbedürftiger Rechtsfrage kommt es vorliegend nicht darauf an, wie viele Einzelfälle in der Praxis hinsichtlich der Formbedürftigkeit eines Durchführungsvertrags ähnlich gelagert sind, zumal diese Formbedürftigkeit nicht ohne weiteres besteht, sondern nur dann, wenn eine rechtliche Einheit – etwa wie hier aufgrund einer aufschiebenden Bedingung – zwischen formbedürftigen Grundstücksvertrag und Durchführungsvertrag besteht.

[27] Zum anderen ist die Zulassung der Revision nicht gemäß § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 ZPO zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung geboten. Maßgeblich ist insoweit zunächst, dass die entscheidende Rechtsfrage durch den Bundesgerichtshof geklärt ist, so dass eine Fortbildung des Rechts nicht vonnöten ist. Zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung ist die Revision dann zuzulassen, wenn das Berufungsgericht von einer höherrangigen Entscheidung etwa des Bundesgerichtshofs, des Bundesverfassungsgerichts, des Europäischen Gerichtshofs oder eines anderen obersten Bundesgerichts abweicht. Dasselbe gilt, wenn es von einer gleichrangigen Entscheidung eines anderen Spruchkörpers desselben Gerichts („Innendivergenz“) oder eines anderen Berufungsgerichts abweicht (MüKoZPO/Krüger, 5. Aufl. 2016, ZPO § 543 Rn. 13 m. w. N.). Dies ist hier jedoch nicht der Fall, denn die Entscheidung des Senats ergeht im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs. Abweichende Entscheidungen anderer Gerichte im vorgenannten Sinne sind – auch im Hinblick auf die konkrete Situation eines Durchführungsvertrags im Sinne des § 12 Abs. 1 S. 1 BauGB – nicht ersichtlich. ■

4. Erbrecht – Zur Andeutung einer Schlusserbeinsetzung im Ehegattentestament

(BGH, Beschluss vom 19.6.2019 – IV ZB 30/18)

BGB §§ 2247, 2267

1. Zur Auslegung eines gemeinschaftlichen Testaments, in dem Schlusserben „für den Fall eines gleichzeitigen Ablebens“ eingesetzt wurden.
(Amtlicher Leitsatz)
2. Ein bestimmter Wille des Erblassers ist nicht bereits dadurch im Testament angedeutet, dass dessen Wortlaut überhaupt auslegungsbedürftig ist.
(RNotZ-Leitsatz)

Zur Einordnung

Die nachfolgend abgedruckte Entscheidung des BGH befasst sich mit der Frage, ob in einem gemeinschaftlichen Testament bei einer Erbeinsetzung bestimmter Personen für den Fall des gleichzeitigen Ablebens eine Schlusserbeinsetzung bei zeitlich gestrecktem Versterben der Ehegatten angedeutet ist, was für den Notar insbesondere beim Entwurf eines Erbscheinsantrags relevant werden kann.

Bei der Auslegung von letztwilligen Verfügungen ist grundsätzlich der wahre Wille des Erblassers unter Heranziehung und Würdigung aller maßgeblichen Umstände innerhalb und außerhalb der Verfügung nach § 133 BGB zu ermitteln (vgl. BGH DNotZ 1993, 124 f.; Palandt/*Weidlich*, BGB, 78. Aufl. 2019, § 2084 Rn. 2). Ausnahmsweise ist bei vertragsmäßigen Verfügungen eines Erbvertrages und wechselbezüglichen Verfügungen eines gemeinschaftlichen Testaments dabei nach § 157 BGB auch ein fremder Empfängerhorizont, nämlich der des Vertragspartners oder Ehegatten, für die Auslegung relevant (BGH ZEV 2015, 343 [344]; BayObLG MittBayNot 1997, 235 [236]; MüKoBGB/*Leipold*, 7. Aufl. 2017, § 2084 Rn. 56 ff.) Aus der Formbedürftigkeit von Testamenten und Erbverträgen wird jedoch gefolgert, dass nicht jeder Wille des Testierenden, der sich auf außerhalb der Verfügung liegende Umstände zurückführen lässt, im Rahmen der Auslegung beachtlich sein kann. Erforderlich für eine Berücksichtigung ist, dass dieser Wille in der Verfügung von Todes wegen irgendwie, und sei es nur versteckt oder andeutungsweise, Ausdruck gefunden hat (sog. Andeutungstheorie, vgl. nur BGH NJW 1981, 1737 f.; MüKoBGB/*Leipold*, 7. Aufl. 2017, § 2084 Rn. 14; Nieder/*Kössinger/W. Kössinger*, HdB d. Testamentgestaltung, 4. Aufl. 2011, S. 1025; krit. MüKoBGB/*Busche*, 8. Aufl. 2018, § 133 Rn. 15). Demgegenüber war das OLG Hamm in einem Urteil aus dem Jahr 2011 (RNotZ 2011, 431 m. krit. Anm. *Böttcher*) der Auffassung, dass eine Andeutung des Erblasserwillens auch dann vorliegen kann, wenn das eigentliche Auslegungsergebnis im Testament nicht angedeutet sei. Ob den Voraussetzungen der Andeutungstheorie Genüge getan ist, kann jedenfalls nicht pauschal, sondern nur bezogen auf den jeweiligen Einzelfall entschieden werden (Palandt/*Weidlich*, BGB, 78. Aufl. 2019, § 2084 Rn. 4).

In seiner Entscheidung stellt der BGH fest, dass in einem gemeinschaftlichen Testament allein durch die Erbeinsetzung von Verwandten eines Ehegatten „für den Fall eines gleichzeitigen Ablebens“ keine allgemeine Schlusserbeinsetzung dieser Personen angedeutet ist. Die zitierte

Auffassung des OLG Hamm lehnt der BGH in diesem Zuge ausdrücklich ab.

Für die notarielle Gestaltung von Verfügungen von Todes wegen ist zu berücksichtigen, dass ein gleichzeitiges Versterben in demselben Augenblick selten vorkommen dürfte. Daher wird zum Teil empfohlen, dem gleichzeitigen Versterben das Versterben in gemeinsamer Gefahr gleichzustellen (vgl. die Formulierung in Würzburger NotHdB/*Limmer*, 5. Aufl. 2018, S. 1911) oder das Versterben hintereinander innerhalb einer bestimmten Zeitspanne (vgl. Kölner FormularB ErbR/*Schleifenbaum*, 2. Aufl. 2015, S. 508).

Die Schriftleitung (TH)

Zum Sachverhalt:

I.

[1] Die kinderlose Erblasserin starb am 5. Juli 2016; ihr Ehemann war am 10. März 2015 vorverstorben. Die Beteiligte zu 1 ist die Cousine der Erblasserin, die Beteiligten zu 2 bis 5 sind Nichte und Neffen des Ehemannes der Erblasserin.

[2] Die Erblasserin und ihr Ehemann hatten am 1. Dezember 2002 handschriftlich ein gemeinschaftliches Testament errichtet, in dem sie sich gegenseitig als Alleinerben eingesetzt hatten. Am 7. März 2012 hatten sie folgenden Text angefügt:

„Für den Fall eines gleichzeitigen Ablebens ergänzen wir unser Testament wie folgt:

Das Erbteil soll gleichmäßig unter unseren Neffen bzw. Nichte [es folgen die Namen der Beteiligten zu 2 bis 5] aufgeteilt werden.“

[3] Auf Antrag des Beteiligten zu 2 erteilte das Nachlassgericht einen Erbschein, der die Beteiligten zu 2 bis 5 als Erben der Erblasserin zu je 1/4 auswies.

[5] Die Beteiligte zu 1 hat daraufhin gegenüber dem Nachlassgericht die Einziehung des Erbscheins angeregt und die Ansicht vertreten, die Testamentsergänzung sei keine allgemeine Schlusserbenregelung, sondern betreffe lediglich den Fall des gleichzeitigen Versterbens der Eheleute.

[5] Mit Beschluss vom 14. September 2017 hat das Amtsgericht den Erbschein eingezogen. Das Oberlandesgericht hat die dagegen gerichtete Beschwerde der Beteiligten zu 2 bis 5 zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die vom Oberlandesgericht zugelassene Rechtsbeschwerde der Beteiligten zu 2 bis 5, mit der sie eine Zurückverweisung der Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Beschwerdegericht begehren.

Aus den Gründen:

II.

[6] Die zulässige Rechtsbeschwerde hat in der Sache keinen Erfolg.

Entscheidung des Oberlandesgerichts

[7] 1. Das Beschwerdegericht hat in seiner Entscheidung (ErbR 2019, 183 = DNotZ 2019, 368) ausgeführt, die Beteiligten zu 2 bis 5 seien nicht Erben geworden.

[8] Die Testamentsergänzung vom 7. März 2012 bestimme eine Erbeinsetzung lediglich für den Fall des gleichzeitigen Ablebens. Im Hinblick auf die Frage, ob die Eheleute mit ihren letztwilligen Verfügungen auch eine Regelung für den Fall hätten treffen wollen, dass sie im zeitlichen Abstand versterben, seien die Testamente daher auslegungsbedürftig.

[9] Die obergerichtliche Rechtsprechung, der sich der Senat anschließe, lege die Formulierung „bei gleichzeitigem Ableben“ oder „bei gleichzeitigem Versterben“ dahingehend aus, dass hiervon auch die Fälle erfasst werden sollten, in welchen die Ehegatten innerhalb eines kurzen Zeitraums nacheinander verstürben und der Überlebende in dieser Zeitspanne daran gehindert sei, ein neues Testament zu errichten. Eine für den Fall des gleichzeitigen Versterbens getroffene Erbeinsetzung gelte aber grundsätzlich nicht für den hier vorliegenden Fall, dass die Ehegatten nacheinander in erheblichem zeitlichen Abstand verstürben.

[10] Eine Ausnahme von den oben ausgeführten Grundsätzen könne nur angenommen werden, wenn aufgrund besonderer Umstände des Einzelfalls festgestellt werden könne, dass die Testierenden den Begriff des „gleichzeitigen Ablebens“ entgegen dem Wortsinn dahingehend verstanden hätten, dass er auch das Versterben in erheblichem zeitlichen Abstand umfassen solle, und wenn sich darüber hinaus eine Grundlage in der vorliegenden Verfügung von Todes wegen finde. Das sei hier nicht der Fall.

[11] Auch wenn man die in einer E-Mail des Beteiligten zu 5 geschilderten Äußerungen der Erblasserin und ihres Ehemannes ihm gegenüber als wahr unterstelle und infolgedessen von einem entsprechenden Erblasserwillen ausgehe, dass die Erbeinsetzung auch das Versterben in erheblichem zeitlichen Abstand umfassen solle, so sei dieser Wille dennoch nicht formgerecht im Sinne der §§ 2247, 2267 BGB erklärt. Denn es fehle an der für die Erfüllung der Form erforderlichen Grundlage oder auch nur Andeutung im Testament. Entsprechende Motive, Erläuterungen oder zusätzliche Bestimmungen enthalte das Testament nicht. Die Formulierung „unseren Neffen bzw. Nichte“ sowie die namentliche Nennung böten keinen Hinweis auf eine Schlusserbeinsetzung. Sie gäben Auskunft über das Näheverhältnis der Eheleute zu den Beteiligten zu 2 bis 5 und darüber, dass auch die Erblasserin diese als „ihre“ Neffen und Nichte angesehen habe. Sie enthielten aber kein zeitliches Moment, das Rückschlüsse auf eine Erbeinsetzung für ein Versterben auch bei zeitlich erheblichem Abstand zulasse. Ein solches könne auch nicht in der fast zehnjährigen Zeitspanne zwischen Testamentsergänzung und ursprünglicher Testamentserrichtung gesehen werden. Der Auffassung des Oberlandesgerichts Hamm (ZEV 2011, 427), wonach es im Rahmen der sogenannten Andeutungstheorie ausreichen solle, wenn sich die Auslegungsnotwendigkeit und die generelle Willensrichtung aus dem Wortlaut herleiten lasse, folge der Senat nicht.

[12] 2. Das hält rechtlicher Überprüfung stand.

[13] Rechtsfehlerfrei hat das Beschwerdegericht festgestellt, dass die Beteiligten zu 2 bis 5 in der Testamentsergänzung vom 7. März 2012 nicht generell als Schlusserben eingesetzt worden sind.

Der wirkliche Wille des Erblassers muss in der letztwilligen Verfügung angedeutet sein

[14] a) Entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde ist das Beschwerdegericht zutreffend davon ausgegangen, dass der wirkliche Wille des Erblassers, der als Ergebnis der Testamentsauslegung zu ermitteln ist, in der letztwilligen Ver-

fügung angedeutet sein muss, um formwirksam erklärt zu sein.

Der wirkliche Wille ist durch Auslegung zu ermitteln

[15] aa) Bei der Testamentsauslegung ist vor allem der wirkliche Wille des Erblassers zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinn des Ausdrucks zu haften (vgl. Senatsbeschluss vom 10. Dezember 2014 – IV ZR 31/14, ZEV 2015, 343 Rn. 16; Senatsurteil vom 24. Juni 2009 – IV ZR 202/07, FamRZ 2009, 1486 Rn. 25). Dieser Aufgabe kann der Richter nur dann voll gerecht werden, wenn er sich nicht auf eine Analyse des Wortlauts beschränkt (Senatsurteile vom 24. Juni 2009 aaO; vom 27. Februar 1985 – IVa ZR 136/83, BGHZ 94, 36 unter II 1 [juris Rn. 11]; vom 8. Dezember 1982 – IVa ZR 94/81, BGHZ 86, 41 unter II 1 [juris Rn. 16]). Der Wortsinn der benutzten Ausdrücke muss gewissermaßen „hinterfragt“ werden, wenn dem wirklichen Willen des Erblassers Rechnung getragen werden soll (Senatsurteile vom 24. Juni 2009 aaO; vom 28. Januar 1987 – IVa ZR 191/85, FamRZ 1987, 475 unter 5 [juris Rn. 17]). Dafür muss der Richter auch alle ihm aus dem Inbegriff der mündlichen Verhandlung zugänglichen Umstände außerhalb der Testamentsurkunde heranziehen (vgl. Senatsurteile vom 16. Juli 1997 – IV ZR 356/96, ZEV 1997, 376 unter 3 [juris Rn. 12]; vom 7. Oktober 1992 – IV ZR 160/91, NJW 1993, 256 unter 2 [juris Rn. 10]).

Ist der Wille auch nicht andeutungsweise oder versteckt zum Ausdruck gekommen, ist er mangels Einhaltung der erbrechtlichen Formvorschriften unbeachtlich

[16] bb) Der Erblasserwille geht jedoch nur dann jeder anderen Interpretation, die der Wortlaut zulassen würde, vor, falls er formgerecht erklärt ist (vgl. Senatsurteile vom 24. Juni 2009 – IV ZR 202/07, FamRZ 2009, 1486 Rn. 25; vom 7. Oktober 1992 – IV ZR 160/91, NJW 1993, 256 unter 2 [juris Rn. 11]). Die Vorschriften über die Formen, in denen Verfügungen von Todes wegen getroffen werden können, dienen insbesondere dem Zweck, den wirklichen Willen des Erblassers zur Geltung kommen zu lassen, nach Möglichkeit die Selbständigkeit dieses Willens zu verbürgen und die Echtheit seiner Erklärungen sicherzustellen. Die vorgeschriebenen Formen sollen mit dazu beitragen, verantwortliches Testieren zu fördern und Streitigkeiten über den Inhalt letztwilliger Verfügungen hintanzuhalten (vgl. Senatsbeschluss vom 9. April 1981 – IVa ZB 6/80, BGHZ 80, 246 unter III [juris Rn. 17]).

[17] Wenn der (mögliche) Wille des Erblassers in dem Testament auch nicht andeutungsweise oder versteckt zum Ausdruck gekommen ist, ist der unterstellte, aber nicht formgerecht erklärte Wille des Erblassers daher unbeachtlich (vgl. Senatsbeschluss vom 9. April 1981 – IVa ZB 6/80, BGHZ 80, 246 unter III [juris Rn. 13]). Eine Erbeinsetzung, die in dem Testament nicht enthalten und nicht einmal angedeutet ist, kann den aufgeführten Formzwecken nicht gerecht werden. Sie ermangelt der gesetzlich vorgeschriebenen Form und ist daher gemäß § 125 Satz 1 BGB nichtig (Senatsbeschluss vom 9. April 1981 – IVa ZB 4/80, BGHZ 80, 242 unter III [juris Rn. 16]). Ausgehend von dem allgemeinen für die Auslegung letztwilliger Verfügungen geltenden Grundsatz, dass nur dem Willen Geltung verschafft werden kann, der im Testament zum Ausdruck gelangt, dort also eine, wenn auch noch so geringe, Grundlage findet, muss daher im Hinblick auf eine in Frage stehende Anordnung des Erblassers verlangt werden, dass für sie wenigstens gewisse Anhaltspunkte in der letztwilligen Verfügung enthalten sind, die im Zusammenhang mit den sonstigen heranzuziehenden Umständen außerhalb des Tes-

taments den entsprechenden Willen des Erblassers erkennen lassen (vgl. Senatsurteil vom 24. Oktober 1979 – IV ZR 31/78, NJW 1980, 1276 unter I 4 [juris Rn. 27]).

Für eine Andeutung genügt nicht allein der Umstand, dass der Wortlaut auslegungsbedürftig ist

[18] Ein bestimmter Erblasserwille ist nicht bereits dadurch im Testament angedeutet, dass dessen Wortlaut überhaupt auslegungsbedürftig ist und sich die generelle Willensrichtung aus dem Wortlaut herleiten lässt (a. A. OLG Hamm ZEV 2011, 427, 428 [juris Rn. 18]). Die Auslegungsbedürftigkeit eines Begriffes zeigt nicht, wie dieser Begriff nach dem Willen des Erblassers auszulegen sein soll.

Verfahrensrechtlich durfte das OLG den von der Rechtsbeschwerde behaupteten Erblasserwillen zur Schlusserbeinsetzung als wahr unterstellen

[19] b) Entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde konnte das Beschwerdegericht bei seiner Auslegung den von den Beteiligten zu 2 bis 5 behaupteten Erblasserwillen, sie generell als Schlusserben einzusetzen, als wahr unterstellen, statt zunächst im Wege der Beweisaufnahme zu ermitteln, ob ein entsprechender Wille der Erblasserin und ihres Ehegatten zur Zeit der Testamentserrichtung bestand. Wenn der Tatrichter bei Wahrunterstellung von Parteivortrag zu den für die Auslegung maßgeblichen Umständen zu dem Ergebnis kommt, dass ein entsprechender Erblasserwille im Testament nicht zum Ausdruck komme, bedarf es keiner Aufklärung des unterstellten Vortrages (vgl. Senatsurteil vom 28. Januar 1987 – IVa ZR 191/85, FamRZ 1987, 475 unter I 6 [juris Rn. 22]). Die vom Senat für richtig gehaltene Prüfungsreihenfolge (vgl. Senatsurteile vom 27. Februar 1985 – IVa ZR 136/83, BGHZ 94, 36 unter II 1 [juris Rn. 10]; vom 8. Dezember 1982 – IVa ZR 94/81, BGHZ 86, 41 unter II 1 [juris Rn. 18]) steht dem nicht entgegen (Senatsurteil vom 28. Januar 1987 – IVa ZR 191/85, FamRZ 1987, 475 unter I 6 [juris Rn. 22]). Auch für das vom Amtsermittlungsgrundsatz (§ 26 FamFG) beherrschte Erbscheinsverfahren entspricht es der Rechtsprechung des Senats, dass der Tatrichter einen bestimmten Willen des Erblassers unterstellt, aber mangels formgerechter Erklärung dieses Willens für unbeachtlich erklärt (vgl. Senatsbeschluss vom 9. April 1981 – IVa ZB 4/80, BGHZ 80, 242 unter III [juris Rn. 13]).

Eine Schlusserbeinsetzung ist im Testament nicht angedeutet

[20] c) Ohne Erfolg macht die Rechtsbeschwerde schließlich geltend, die Testamentsurkunde müsse dahingehend ausgelegt werden, dass darin eine generelle Schlusserbeinsetzung der Beteiligten zu 2 bis 5 angeordnet worden sei.

[21] aa) Die Aufgabe der Testamentsauslegung ist grundsätzlich dem Tatrichter vorbehalten. Seine Auslegung kann aber mit der Rechtsbeschwerde angegriffen werden, wenn sie gegen gesetzliche Auslegungsregeln, allgemeine Denk- und Erfahrungsgrundsätze oder Verfahrensvorschriften verstößt (vgl. Senatsbeschluss vom 12. Juli 2017 – IV ZB 15/16, FamRZ 2017, 1716 Rn. 12 m. w. N.; st. Rspr.).

[22] bb) Nach diesem Prüfungsmaßstab ist die Auslegung des Beschwerdegerichts nicht zu beanstanden, dass auch bei Unterstellung eines Erblasserwillens, die Beteiligten zu 2 bis 5 generell als Schlusserben einzusetzen, der Testamentsurkunde keine Andeutung dieses Willens entnommen werden kann.

[23] Die Bestimmungen des Testaments ergeben weder einzeln noch in ihrem Zusammenhang einen entsprechenden

Anhaltspunkt. Entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde musste das Beschwerdegericht der Bezeichnung der Beteiligten zu 2 bis 5 als „unsere“ Neffen und Nichte keine Andeutung einer generellen Schlusserbeinsetzung entnehmen. Aus dem darin auch nach Ansicht des Beschwerdegerichts zum Ausdruck kommenden Näheverhältnis lässt sich nicht ableiten, unter welchen Bedingungen der nahestehenden Person etwas zugewendet werden soll. Die Bezeichnung deutet daher nicht an, dass entgegen dem Wortsinn von „für den Fall eines gleichzeitigen Ablebens“ eine generelle Schlusserbeinsetzung angeordnet wird. Ein besonderes Näheverhältnis deutet nichts dazu an, unter welchen Bedingungen der nahestehenden Person etwas zugewendet werden soll.

[24] Soweit die Rechtsbeschwerde darüber hinaus geltend macht, dass Umstände wie das Fehlen einer generellen Schlusserbeinsetzung oder die zehnjährige Zeitspanne zwischen der gegenseitigen Erbeinsetzung der Eheleute und der Testamentsergänzung nach allgemeiner Lebenserfahrung allein den Schluss zuließen, dass die Erblasserin und ihr Ehemann die Beteiligten zu 2 bis 5 generell als Schlusserben hätten einsetzen wollen, vermag dies dem Rechtsmittel nicht zum Erfolg zu verhelfen, da das Beschwerdegericht einen entsprechenden Erblasserwillen bereits unterstellt hat. Es hat lediglich die genannten Umstände in rechtlich nicht zu beanstandender Weise als nicht ausreichend im Sinne eines im Testament angedeuteten Erblasserwillens erachtet. ■

5. Familienrecht – Zu § 1365 BGB bei Einbringung eines Einzelunternehmens in eine OHG

(*OLG Saarbrücken*, Beschluss vom 14.3.2019 – 6 UF 130/18)

**BGB §§ 104 Nr. 2, 1365 Abs. 1
FamFG §§ 58, 59, 117**

1. Eine sog. relative Geschäftsunfähigkeit – als Unterkategorie der partiellen Geschäftsunfähigkeit –, bei der eine Person allgemein für alle schwierigeren Rechtsgeschäfte geschäftsunfähig (§ 104 Nr. 2 BGB), für alle anderen einfacheren Rechtsgeschäfte dagegen geschäftsfähig sein kann, ist abzulehnen.
2. Der Abschluss eines Gesellschaftsvertrages mit einer Verpflichtung zur Einbringung eines einzelkaufmännischen Unternehmens in das Vermögen einer neu gegründeten Gesellschaft ist auch dann als Gesamtvermögensgeschäft im Sinne von § 1365 BGB anzusehen, wenn der Einbringende an der neuen Gesellschaft mit 50 % beteiligt ist.
3. Die Darlegungs- und Beweislast für die Voraussetzungen des § 1365 BGB trägt derjenige, der sich auf die Unwirksamkeit des Gesamtvermögensgeschäfts beruft. Dies gilt auch hinsichtlich der (hier verneinten) Kenntnis des Dritten von den für das Vorliegen eines Gesamtvermögensgeschäfts relevanten Umständen.

Zur Einordnung

Die nachfolgend abgedruckte Entscheidung des OLG Saarbrücken befasst sich (neben Ausführungen zur relativen Geschäftsunfähigkeit, vgl. hierzu etwa MüKoBGB/*Spickhoff*, 8. Aufl. 2018, § 104 Rn. 23 ff.) im Wesentlichen mit den Voraussetzungen einer Zustimmungspflicht des Ehegatten nach § 1365 BGB.

Nach überwiegender Auffassung sollen durch § 1365 BGB, der im Rahmen der Zugewinnngemeinschaft bei einer Verpflichtung zur Verfügung über das Vermögen im Ganzen durch einen Ehegatten eine Zustimmungspflicht des anderen Ehegatten anordnet, zwei unterschiedliche Zwecke erreicht werden. Hauptsächlich soll verhindert werden, dass ein Ehegatte eigenmächtig der Familie ihre Vermögensgrundlage entzieht (BGH MittRhNotK 1987, 228 f.; MüKoBGB/Koch, 7. Aufl. 2017, § 1365 Rn. 1; Staudinger/Thiele, BGB, 2017, § 1365 Rn. 2). Zudem dient die Norm dem Schutz des ausgleichsberechtigten Ehegatten wegen seines künftigen Zugewinnausgleichsanspruchs (BGH MittRhNotK 1987, 228 [229]; MüKoBGB/Koch, 7. Aufl. 2017, § 1365 Rn. 1; Staudinger/Thiele, BGB, 2017, § 1365 Rn. 2; ablehnend BeckOGK BGB/Szalai, Stand 1.5.2019, § 1365 Rn. 2.2).

Ein Geschäft über das Vermögen im Ganzen liegt dabei nicht nur vor, wenn das Vermögen als Sachgesamtheit (vgl. § 311 b Abs. 3 BGB) Vertragsgegenstand ist, sondern potentiell auch bei Verfügungen über einzelne Vermögensgegenstände (BGH NJW 1961, 1301 [1304]; MüKoBGB/Koch, 7. Aufl. 2017, § 1365 Rn. 12). Im letzteren Fall ist § 1365 BGB anwendbar, wenn der Gegenstand das gesamte oder zumindest nahezu das gesamte Vermögen des Ehegatten bildet (BGH NJW 1965, 909 [910]; Palandt/Brudermüller, BGB, 78. Aufl. 2019, § 1365 Rn. 6; MüKoBGB/Koch, 7. Aufl. 2017, § 1365 Rn. 12). Davon ist auszugehen, wenn der Ehegatte bei größeren Vermögen (BGH DNotZ 1992, 239 f.: jedenfalls ab 500.000 DM; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 3357: mehr als 50.000 €; Krauß, Immobilienkaufverträge idP, 8. Aufl. 2017, Rn. 2305: mehr als 150.000 €; Koch FamRZ 2012, 118: mehr als 250.000 €) weniger als 10 % und bei kleineren Vermögen weniger als 15 % des Vermögens zurückbehält (BGH DNotZ 1992, 239 f.; Münch, Ehebezogene Rechtsgeschäfte, 4. Aufl. 2015, Rn. 326; leicht abweichend BeckOGK BGB/Szalai, Stand 1.5.2019, § 1365 Rn. 14.3; für eine einheitliche Grenze von 10 %: Palandt/Brudermüller, BGB, 78. Aufl. 2019, § 1365 Rn. 6; MüKoBGB/Koch, 7. Aufl. 2017, § 1365 Rn. 24). Bezugspunkt ist dabei nur das Aktivvermögen des Ehegatten, so dass persönliche Verbindlichkeiten für die Beurteilung der Anwendbarkeit grundsätzlich keine Rolle spielen (BGH NJW 2000, 1947 [1948]; MüKoBGB/Koch, 7. Aufl. 2017, § 1365 Rn. 7; Staudinger/Thiele, BGB, 2017, § 1365 Rn. 14). Allerdings werden bei Verfügungen über Immobilien dingliche Belastungen abgezogen, soweit sie valutieren (BGH DNotZ 2012, 195 [196]; Staudinger/Thiele, BGB, 2017, § 1365 Rn. 28). Ebenfalls außer Betracht bleibt eine dem Ehegatten etwaig zufließende Gegenleistung, weil § 1365 BGB auch vor einseitigen Vermögensumschichtungen schützen soll (BGH NJW 1961, 1301 [1304]; MüKoBGB/Koch, 7. Aufl. 2017, § 1365 Rn. 22).

Aus Gründen des Verkehrsschutzes ist außerdem nach hM erforderlich, dass der Vertragspartner des Ehegatten weiß oder zumindest die Verhältnisse kennt, aus denen sich ergibt, dass der Vertragsgegenstand im Wesentlichen das ganze Vermögen des Veräußerers bildet (BGH NJW 1996, 1740; MüKoBGB/Koch, 7. Aufl. 2017, § 1365 Rn. 28; BeckOK BGB/Siede, Stand 1.5.2019, § 1365 Rn. 17; Staudinger/Thiele, BGB, 2007, § 1365 Rn. 20 ff., jeweils mwN zu abweichenden Meinungen).

Das OLG Saarbrücken rekapituliert diese allgemeinen Grundsätze und verneint eine Anwendbarkeit des § 1365

BGB, weil das vom Ehegatten in eine OHG eingebrachte Einzelunternehmen defizitär war und daher jedenfalls keine Kenntnis des Vertragspartners von einem Gesamtvermögensgeschäft nachgewiesen wurde.

Hinsichtlich der notariellen Belehrungspflichten ist zu bedenken, dass § 1365 BGB als Ausnahmevorschrift konzipiert ist (BGH DNotZ 2013, 686 [687]; Bernauer DNotZ 2019, 12 [24]). Dementsprechend hat der Notar (zB bei Grundstücksveräußerungen durch Ehegatten) in der Regel zwar auf die Vorschrift allgemein hinzuweisen, allerdings ist er ohne besondere Anhaltspunkte nicht verpflichtet, Nachforschungen zu den Tatbestandsvoraussetzungen anzustellen. Seine Amtspflichten gebieten es nicht, anlasslos die Offenlegung der Vermögensverhältnisse zu verlangen (vgl. zum Ganzen BGH NJW 1975, 1270). Zum Teil wird empfohlen, zu Dokumentationszwecken die Versicherung des Ehegatten aufzunehmen, dass er in der Urkunde nicht über den ganzen oder überwiegenden Teil seines Vermögens verfügt (so Krauß, Immobilienkaufverträge idP, 8. Aufl. 2017, Rn. 2309).

Die Schriftleitung (TH)

Zum Sachverhalt:

I.

[1] Die Antragstellerin hatte mit ihrem Ehemann Dr. S. (fortan: Erblasser), den sie am 12. Juni 1992 geheiratet hatte und der am 28. Juli 2016 Suizid beging, im Güterstand der Zugewinnngemeinschaft gelebt. Aufgrund Erbvertrags vom 9. Dezember 1999 ist sie Alleinerbin des Erblassers.

[2] Der Erblasser war approbierter Apotheker, hatte im März 2013 u. a. die S.-Apotheke aus einem Nachlassinsolvenzverfahren für 5.100.000 EUR erworben und diese zunächst als eingetragener Kaufmann betrieben.

[3] Durch Gesellschaftsvertrag vom 30. Juni 2014 brachte der Erblasser – gemäß dessen § 4 mit Wirkung zum 1. September 2014 – sein einzelkaufmännisches Vermögen in Form der S.-Apotheke in die zeitgleich gegründete offene Handelsgesellschaft S. OHG ein und übertrug dem Antragsgegner einen 50 %igen Anteil an der OHG, die anschließend unter dem Namen B.S.-Apotheken oHG firmierte.

[4] Zum Vermögen des Erblassers gehörten zu diesem Stichtag unstreitig jedenfalls eine Forderung aus dem Verkauf der H.-Apotheke in Höhe von 881.000 EUR, eine Kapitalanlage bei der C. S1. in Höhe von 300.000 EUR sowie drei Eigentumswohnungen in D. und sieben Eigentumswohnungen in R., wobei der Erblasser zur Finanzierung dieser Immobilien dinglich besicherte Darlehen aufgenommen hatte. Der Reinwert der Eigentumswohnungen und weiterer Vermögensgegenstände des Erblassers ist zwischen den Beteiligten streitig.

[5] Durch zweiten Nachtrag zum Gesellschaftsvertrag der B.S.-Apotheken oHG vom 4. November 2015 übertrug der Erblasser dem Antragsgegner einen weiteren 45 %igen Anteil an der OHG.

[6] Mit Schreiben vom 21. März 2016 verweigerte die Antragstellerin die Genehmigung jener beiden Verfügungen.

[7] Die Antragstellerin hat behauptet, dass der Erblasser im Zeitpunkt beider Verfügungen geschäftsunfähig gewesen sei. Jedenfalls habe der Erblasser durch die Einbringung des Vermögens der S.-Apotheke in die OHG im Sinne von

§ 1365 BGB über sein Vermögen im Ganzen verfügt, was dem Antragsgegner auch bekannt gewesen sei. Denn die S.-Apotheke habe im Zeitpunkt ihrer Einbringung in die OHG einen Wert von mindestens 20 Millionen EUR gehabt.

[8] Im vorliegenden Verfahren hat die Antragstellerin mit am 22. April 2016 eingegangener und im selben Jahr rechtshängig gewordener „Klage“ beantragt festzustellen, dass der Gesellschaftsvertrag einer offenen Handelsgesellschaft S.-OHG vom 30. Juni 2014, geschlossen zwischen dem Erblasser und dem Antragsgegner, in Verbindung mit dem zweiten Nachtrag zum Gesellschaftsvertrag einer offenen Handelsgesellschaft BS-Apotheken-OHG, Register-Nr. HRA 110... des Amtsgerichts Osnabrück, vom 4. November 2015, geschlossen zwischen dem Erblasser und dem Antragsgegner, unwirksam ist.

[9] Der Antragsgegner hat auf Antragsabweisung angetragen.

[10] Mit rechtskräftig gewordenem Zwischenbeschluss vom 25. Oktober 2016 hat das Familiengericht die Zulässigkeit des (Feststellungs-)Antrags festgestellt.

[11] Das Familiengericht hat durch Einholung eines unter dem 23. Februar 2018 schriftlich erstatteten und am 15. Juni 2018 mündlich erläuterten fachpsychiatrischen Gutachtens der Sachverständigen Dr. B., Chefärztin der Klinik für Psychiatrie, Psychotherapie und Psychosomatik mit Tagesklinik der ...-Kliniken V., Beweis erhoben. Die Antragstellerin hat dem ein im vor dem Landgericht Osnabrück geführten Verfahren 11 O 2597/17 durch den Facharzt für Neurologie, Psychiatrie und Psychotherapie Prof. Dr. med. M. unter dem 3. Dezember 2017 erstelltes schriftliches Sachverständigen Gutachten und eine ergänzende Stellungnahme dieses Sachverständigen vom 19. Juni 2018 entgegengesetzt.

[12] Durch den angefochtenen Beschluss vom 7. August 2018, auf den Bezug genommen wird, hat das Familiengericht den Antrag zurückgewiesen.

[13] Mit ihrer Beschwerde verfolgt die Antragstellerin ihren erstinstanzlichen Antrag unverändert weiter.

[14] Der Antragsgegner bittet um Zurückweisung der Beschwerde.

Aus den Gründen:

II.

[15] Die Beschwerde der Antragstellerin ist gemäß §§ 58 ff., 117 FamFG zulässig; insbesondere greift die Gegenrüge des Antragsgegners – es fehle an einer Beschwerde der Antragstellerin – nicht durch. Denn zum einen genügt – wie im Senatstermin angesprochen – für die Annahme einer Beschwerdebefugnis auf Seiten eines Antragstellers auch eine lediglich formelle Beschwerde, da dieser zum Zivilprozess entwickelte und althergebrachte Grundsatz auf Familienstreitsachen wie die vorliegende entsprechend anzuwenden ist (siehe dazu nur Zöller/Feskorn, ZPO, 32. Aufl., § 59 FamRG, Rz. 14). Eine solche Beschwerde liegt daher bereits in der Abweisung des Antrags. Zum anderen liegt – ohne dass es auf die von der Antragstellerin vorgetragene Begründung ihrer Beschwerde ankommt – auf der Hand, dass die Antragstellerin auch materiell beschwert ist, weil sich die von der Antragstellerin erstrebte Feststellung der Unwirksamkeit der in Rede stehenden Verfügungen auf den Bestand des Nachlasses des Erblassers auswirkte, dessen Alleinerbin die Antragstellerin ist.

[16] In der Sache bleibt das Rechtsmittel ohne Erfolg.

[17] Der bereits aufgrund des rechtskräftigen Zwischenbeschlusses (§ 113 Abs. 1 S. 2 FamFG i. V. m. § 280 Abs. 2 S. 1 ZPO) zulässige Feststellungsantrag der Antragstellerin ist unbegründet. Denn weder ist der Erblasser am 30. Juni 2014 bzw. am 4. November 2015 geschäftsunfähig gewesen noch sind seine an diesen Tagen getroffenen Vermögensverfügungen genehmigungspflichtig gewesen, sodass die weiteren von der Antragstellerin mit der Beschwerde und vom Antragsgegner mittels Gegenrügen aufgeworfenen Fragen keiner Erörterung bedürfen.

Im Rahmen des § 104 Nr. 2 BGB gibt es keine relative Geschäftsunfähigkeit

[18] Gemäß § 104 Nr. 2 BGB ist geschäftsunfähig, wer sich in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit befindet, sofern nicht der Zustand seiner Natur nach ein vorübergehender ist.

[19] Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung, welcher sich der Senat anschließt, liegt ein Ausschluss der freien Willensbestimmung im Sinne dieser Norm vor, wenn jemand nicht imstande ist, seinen Willen frei und unbeeinflusst von der vorliegenden Geistesstörung zu bilden und nach zutreffend gewonnenen Einsichten zu handeln. Abzustellen ist dabei darauf, ob eine freie Entscheidung nach Abwägung des Für und Wider bei sachlicher Prüfung der in Betracht kommenden Gesichtspunkte möglich ist oder ob umgekehrt von einer freien Willensbildung nicht mehr gesprochen werden kann, etwa weil infolge der Geistesstörung Einflüsse dritter Personen den Willen übermäßig beherrschen (BGH FamRZ 2017, 1149; NJW 1996, 918). Eine sog. relative Geschäftsunfähigkeit – als Unterkategorie der partiellen Geschäftsunfähigkeit –, bei der eine Person allgemein für alle schwierigeren Rechtsgeschäfte geschäftsunfähig, für alle anderen einfacheren Rechtsgeschäfte dagegen geschäftsfähig sein kann, ist in diesem Zusammenhang abzulehnen (BGH NJW 1970, 1680; NJW 1953, 1342). Die Darlegungs- und Beweislast für die Geschäftsunfähigkeit trifft denjenigen, der sie geltend macht (BGH FamRZ 2018, 1193; Palandt/Ellenberger, BGB, 77. Aufl., § 104, Rz. 8 m. w. N.).

Die Geschäftsunfähigkeit des Erblassers ist nicht nachgewiesen

[20] An diesen Maßstäben gemessen hat die Antragstellerin den ihr obliegenden Beweis einer Geschäftsunfähigkeit des Erblassers zu jenen beiden Zeitpunkten nicht geführt, wobei dahingestellt bleiben kann, dass das Familiengericht sogar – überschießend – festgestellt hat, dass nachgewiesen sei, dass der Erblasser zu den beiden genannten Zeitpunkten nicht geschäftsunfähig gewesen ist.

[21] Wie im Senatstermin eingehend erörtert, stützt sich der Senat dabei – mit dem Familiengericht – auf das überzeugende Gutachten der Sachverständigen Dr. B.

[22] Der Senat hat das verschriftete Gutachten sowie die Erläuterungen der Sachverständigen in ihrer mündlichen Anhörung im Erörterungstermin vom 15. Juni 2018 überprüft. Ihre schriftlichen und mündlichen Ausführungen lassen an keiner Stelle sachfremde Erwägungen erkennen (siehe dazu BVerfG FamRZ 2015, 112) und geben auch hinsichtlich ihrer wissenschaftlichen Begründung, inneren Logik und Schlüssigkeit (siehe dazu BGH FamRZ 2013, 288 und 1648) keinen Anlass zu Beanstandungen.

[23] Das – vom Familiengericht in prozessualer Hinsicht rügefrem als Privatgutachten verwertete – Gutachten des Sachverständigen Prof. M. stellt das von der Gerichtsgutachterin gefundene Ergebnis weder in Frage noch gibt es Anlass zur Einholung eines Obergutachtens.

Würdigung des Sachverständigengutachtens

[24] Das Familiengericht hat überzeugend – und auch insoweit auf die diesbezüglichen Ausführungen der Sachverständigen Dr. B. gegründet – dargelegt, weshalb der Schluss des Sachverständigen Prof. M. auf eine Geschäftsunfähigkeit des Erblassers – im Übrigen nur am 4. November 2015 – nicht überzeugend ist; hierauf wird vollinhaltlich Bezug genommen. Gleiches gilt für die Erwägungen, mit denen das Familiengericht die ergänzende Stellungnahme des Sachverständigen Prof. M. als nicht nachvollziehbar und außerdem auch als rechtlich nicht tragfähig angesehen hat. Der Senat macht sich diese Beurteilung zu eigen, zumal der Sachverständige Prof. M. erkennbar eine relative Geschäftsunfähigkeit festgestellt hat, welche nach den dargestellten höchstgerichtlichen Maßstäben aus Rechtsgründen gerade nicht die Annahme einer Geschäftsunfähigkeit im Sinne von § 104 Nr. 2 BGB ermöglicht. Denn er unterscheidet etwa auf S. 13 seiner ergänzenden Stellungnahme vom 19. Juni 2018 zwischen der Geschäftsfähigkeit zum Abschluss eines Vertrags über eine Aufnahme in ein Krankenhaus zur stationären psychiatrischen Behandlung und einem Geschäftsvertrag wie dem hier streitgegenständlichen. Außerdem weist das Familiengericht insbesondere zu Recht auf die zutreffende Feststellung der Gutachterin Dr. B. hin, dass auch in der über den Erblasser seitens der ...klinik E. während seines dortigen Aufenthalts vom 19. November bis 3. Dezember 2015 geführten Krankenakte durchgehend von Geschäftsfähigkeit des Erblassers ausgegangen worden war, die dort auch genau dokumentiert sei. Der Senat teilt schließlich auch die Beurteilung des Familiengerichts, dass die Feststellung des Sachverständigen Prof. M., die krankhafte Störung der Geistestätigkeit des Erblassers infolge einer schweren Depression habe teils psychotisches Ausmaß gehabt, nicht nachvollziehbar sei. Der Schluss des Privatgutachters auf psychotisches Erleben des Erblassers ist weder in tatsächlichen Feststellungen verankert noch sonst nachvollziehbar.

[25] Die Hinweisverfügung der 4. Zivilkammer des Landgerichts Osnabrück vom 15. Februar 2019 steht der Überzeugungsbildung des Senats nicht im Wege, zumal darin lediglich eine vorläufige Einschätzung enthalten ist und er auf einer schmaleren Erkenntnisgrundlage fußt als derjenigen, die der Senat im vorliegenden Verfahren zu gewinnen vermocht hat.

[26] Nachdem die gutachterlichen Ausführungen des Sachverständigen Prof. M. bereits nicht überzeugend sind, hat das Familiengericht schließlich auch mit zutreffender – im Lichte der zu (§ 113 Abs. 1 S. 2 FamFG i. V. m.) § 412 Abs. 1 ZPO entwickelten Grundsätze (siehe dazu nur BGH NJW 2011, 852; VersR 1980, 533) die Billigung des Senats findender – Begründung ausgeführt, weswegen es der Einholung eines weiteren Gutachtens nicht bedarf.

[27] Soweit die Antragstellerin nunmehr sogar behauptet, der Erblasser sei bereits seit dem 1. Oktober 2013 geschäftsunfähig gewesen, entbehrt der sich dem Senat darbietende Sach- und Streitstand jedweder Anhaltspunkte hierfür und ist ihr diesbezügliches Vorbringen auch greifbar unsubstantiiert. Nicht jede – aus Sicht der Antragstellerin – fragwürdige wirtschaftliche Entscheidung des Erblassers deutet darauf hin, dass er im Zeitpunkt ihrer Vornahme geschäftsunfähig gewesen sein könnte.

Ein Verstoß gegen § 1365 BGB liegt nicht vor

[28] Die Verfügungen des Erblassers sind ferner nicht genehmigungspflichtig gewesen.

[29] Nach § 1365 Abs. 1 BGB kann sich ein Ehegatte nur mit Einwilligung des anderen Ehegatten verpflichten, über sein Vermögen im Ganzen zu verfügen, und – wenn er sich ohne dessen Zustimmung verpflichtet hat – die Verpflichtung nur erfüllen, wenn dieser einwilligt; verweigert der andere Ehegatte die Genehmigung, so ist der Vertrag unwirksam (§ 1366 Abs. 4 BGB).

Zustimmungspflichtig ist eine Verfügung über einzelne Vermögensgegenstände, wenn sie mehr als 85 % (bei kleineren Vermögen) und mehr als 90 % (bei größeren Vermögen) des Vermögens ausmachen

[30] Die Vorschrift des § 1365 BGB greift nicht nur dann ein, wenn das Geschäft auf die Übertragung des gesamten Vermögens als solches gerichtet ist, sondern auch, wenn ein einzelner Vermögensgegenstand veräußert wird, der im Wesentlichen das ganze Vermögen des Veräußerers darstellt. Eine Verfügung über das Vermögen im Ganzen kann dann vorliegen, wenn der Ehegatte mit einem oder mehreren Einzelgegenständen bei kleineren Vermögen mehr als 85 % und bei größeren Vermögen mehr als 90 % seines Vermögens überträgt (BGH FamRZ 2015, 121; 2013, 607 und 948; 1991, 669). Denn wird § 1365 BGB schon – in erweiternder Auslegung der Vorschrift – auf Geschäfte angewandt, die nicht das Vermögen im Ganzen, sondern nur einzelne Vermögensgegenstände betreffen, kann dem Familienschutz kein Vorrang gegenüber dem Schutz des Rechtsverkehrs eingeräumt werden. Im Zeitpunkt des Abschlusses von nach dieser Vorschrift zu beurteilenden Rechtsgeschäften ist die mögliche Ausgleichsforderung des anderen Ehegatten vielfach kaum abschätzbar; die Sicherheit des Rechtsverkehrs verlangt indessen nach überschaubaren Anhaltspunkten für die von dem Zustimmungserfordernis erfassten Fälle, um Unklarheiten zu vermeiden oder wenigstens in engen Grenzen zu halten. Die 10 %-Grenze erscheint bei größeren Vermögen als solcher Anhaltspunkt geeignet; sie stellt auch einen annehmbaren Ausgleich zwischen den Belangen des Familienschutzes und der Verkehrssicherheit dar (so BGH FamRZ 1991, 669 unter Offenlassung, ob bei außergewöhnlich großen Vermögen die Grenze noch tiefer angesetzt werden kann, etwa wenn im Einzelfall dem Verfügenden nach der Verkehrsanschauung wesentliche Werte verbleiben).

Im Rahmen des § 1365 BGB kommt es nur auf das Aktivvermögen des Ehegatten an; die Gegenleistung bleibt außer Betracht

[31] Für die Beurteilung, ob eine Verfügung im Wesentlichen das ganze Vermögen des Ehegatten erfasst, ist die Vermögenslage vor und nach der Verfügung zwar im Rahmen einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise (BGH FamRZ 2012, 116) zu vergleichen. Weil Vermögen im Sinne des § 1365 BGB jedoch allein das Aktivvermögen ist, bleiben bei der Prüfung, ob das Vermögen im Ganzen übertragen worden ist, persönliche Verbindlichkeiten ebenso außer Betracht wie die Gegenleistung, die für die Veräußerung vom Erwerber erbracht wird (BGHZ 43, 174). Denn § 1365 BGB stellt nicht auf den wirtschaftlichen, sondern auf den gegenständlichen Erhalt des Vermögens ab und schützt die Ehegatten daher auch vor jeglichen einseitig beschlossenen Umschichtungen des Gesamtvermögens (BGHZ 35, 135; Müko-BGB/Koch, 7. Aufl., § 1365, Rz. 23). Etwas anderes gilt nach der Rechtsprechung lediglich für dingliche Belas-

tungen von Vermögensgegenständen; hier ist im Rahmen des § 1365 BGB bei der Veräußerung eines belasteten Gegenstands der Wert des veräußerten Vermögensguts um die auf ihm ruhenden dinglichen (valuierten) Belastungen zu vermindern (BGH FamRZ 2013, 607; 2012, 116; 1996, 792; 1980, 765).

Bei Verfügungen über einzelne Vermögensgegenstände muss der Vertragspartner die Umstände kennen, aus denen sich die Anwendung des § 1365 BGB ergibt

[32] Wird ein einzelner Vermögensgegenstand veräußert, der im Wesentlichen das ganze Vermögen des Veräußerers darstellt, muss außerdem der Vertragspartner dies wissen oder zumindest die Verhältnisse kennen, aus denen sich dies ergibt, damit § 1365 BGB eingreift (grundlegend BGHZ 43, 174; ebenso BGH FamRZ 2015, 121; 2013, 607 und 948; 1993, 1302; 1990, 970; 1983, 1101; WM 1965, 341). Dabei liegt lediglich bei engen Verwandten, sofern sie in Kontakt miteinander stehen, eine entsprechende Kenntnis nahe (BGH FamRZ 2013, 948). Hiernach kann ein Vertragspartner, der beim Abschluss des Verpflichtungsgeschäfts nicht weiß, dass nahezu das ganze Vermögen betroffen ist, darauf vertrauen, durch den Abschluss des Vertrages einen rechtsbeständigen Erfüllungsanspruch zu erwerben; eine andere Sicht bedeutete, das Regel-Ausnahme-Verhältnis zwischen § 1364 und § 1365 BGB umzukehren. In diesem Fall bedarf (auch) das Erfüllungsgeschäft keiner Zustimmung des anderen Ehegatten; eine inzwischen erlangte Kenntnis schadet nicht (BGH FamRZ 1990, 970; 1989, 475).

Darlegung- und beweisbelastet ist, wer sich auf die Unwirksamkeit nach § 1365 BGB beruft

[33] Die Darlegungs- und Beweislast für die Voraussetzungen des § 1365 BGB trägt derjenige, der sich auf die Unwirksamkeit beruft (BGH FamRZ 1990, 970). Dies gilt auch hinsichtlich der Kenntnis des Dritten von den relevanten Umständen (BGHZ 43, 174; BGH FamRZ 2015, 121; 1993, 1302).

Die Einbringung eines Einzelunternehmens in eine OHG kann unter § 1365 BGB fallen

[34] In Ansehung dieser Maßstäbe vermag der Senat zwar der Rechtsauffassung des Familiengerichts, dass nicht bereits der Abschluss des Gesellschaftsvertrages, der den Erblasser zur Einbringung seines einzelkaufmännischen Unternehmens S.-Apotheke in das Vermögen der neu gegründeten OHG verpflichtet hatte, als Gesamtvermögensgeschäft anzusehen sei, nicht beizutreten.

[35] Denn zu Recht macht die Antragstellerin geltend, dass die vom Familiengericht herangezogene Entscheidung BGH FamRZ 2013, 607 – in der es um die Frage gegangen ist, inwieweit bei Veräußerung eines Grundstücks ein vom Veräußerer ausbedungenes dingliches Wohnrecht am selben Grundstück bei der im Rahmen von § 1365 BGB gebotenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise eine abzusetzende valuierte Belastung darstellt – für die vorliegenden Konstellation der Einlage von Gesellschaftsvermögen in ein Unternehmen nicht aussagekräftig ist. Soweit das Familiengericht die Vergleichbarkeit beider Konstellationen damit gerechtfertigt hat, dass die S.-Apotheke gleichsam in anderer rechtlicher Form – nämlich der dem Erblasser zunächst in Höhe von 100 % zustehenden OHG-Anteile – in dessen Vermögen vorhanden geblieben sei und dem gleichen unternehmerischen Risiko unterlegen habe, vermischt dies in unzulässiger Weise den dinglichen Schutz des Wohnrechtsinhabers mit dem lediglich obligatorischen

Schutz des Veräußerers von Gesellschaftsvermögen, der dadurch Anteile an einer neuen Gesellschaft erwirbt.

Dies entspricht der ganz überwiegenden Auffassung

[36] Mit Blick darauf – und in Ansehung der dargestellten Unbeachtlichkeit der Gegenleistung für die Veräußerung – entspricht es vom Senat geteilter, nahezu einhelliger Meinung in Rechtsprechung und Literatur, dass bereits der Abschluss eines Gesellschaftsvertrages mit einer Einbringungsverpflichtung ein Gesamtvermögensgeschäft im Sinne von § 1365 BGB darstellt (siehe nur Bamberger/Roth/J. Mayer, BGB, 3. Aufl., § 1365, Rz. 19; Müko-BGB/Koch, a. a. O., § 1365, Rz. 69; NK-BGB/Gruber, 3. Aufl., § 1365, Rz. 34; Soergel/Czeguhn, 13. Aufl., § 1365, Rz. 14; Staudinger/Thiele, Neubearbeitung 2017, § 1365, Rz. 59; Gernhuber/Coester-Waltjen, Familienrecht, 6. Aufl., § 35, Rz. 47, jeweils m. w. N.; vgl. auch OLG Köln NJW 1962, 2109). Denn dass die Übertragung lediglich einen Wechsel von der Alleinzuständigkeit des einbringenden Ehegatten zur gesamthänderischen Zuständigkeit am Gesellschaftsvermögen herbeiführt, ist nicht von Belang, weil die Mitberechtigung an letzterem eine nicht zu berücksichtigende Gegenleistung ist und nichts daran ändert, dass der Gesellschafter-Ehegatte sein Alleineigentum aufgeben und seine Vermögenssubstanz – umschichtend – geschmälert hat (zutreffend Müko-BGB/Koch, a. a. O.; ebenso Soergel/Czeguhn, a. a. O.). Dies gilt umso mehr, als der Erblasser vorliegend aufgrund § 13 des Gesellschaftsvertrages vom 30. Juni 2014 – anders als zur Zeit seiner Alleininhaberschaft an der S.-Apotheke – Gefahr gelaufen ist, seine Gesellschaftsanteile durch Ausschließung aus der OHG zu verlieren, was der Antragsgegner im Übrigen ausweislich der Ausschließungserklärung vom 20. Juni 2016 anstrebt. Dem entspricht im Übrigen, dass der Bundesgerichtshof die Veräußerung eines Gesellschaftsanteils sogar dann als zustimmungsbedürftig im Sinne von § 1365 Abs. 1 BGB ansieht, wenn der Veräußerer hieran lediglich ein Anwartschaftsrecht innehat (BGH FamRZ 1996, 792).

[37] Die vom Antragsgegner verteidigte Gegenmeinung (Staub/Fischer, HGB, 3. Aufl. 1973, § 105, Anm. 25 d; Reinicke, BB 1960, 1002; Fischer, NJW 1960, 937; Tiedau, Deutscher Notartag 1961, S. 97; Müller-Freienfels, FS Maridakis 1963, Band II, S. 357) ist veraltet und hat sich – insbesondere in der höchstrichterlichen Rechtsprechung – nicht zu behaupten gewusst. Vielmehr liegt ihr gerade diejenige wirtschaftliche Betrachtungsweise zugrunde, die reine Vermögensumschichtungen ausnehmen will, welche der Bundesgerichtshof indessen bereits seit 1961 in ständiger Rechtsprechung verwirft (BGHZ 35, 135).

Dem Antragsgegner war bekannt, dass der Erblasser bei Einbringung über sein gesamtes Einzelunternehmen verfügte

[38] Nach den oben vorgestellten Rechtsmaßstäben genügt es außerdem, dass der Erwerber die Verhältnisse kennt, aus denen sich die Gesamtvermögensverfügung ergibt. Daher ist bei der in Rede stehenden Frage nicht – wie vom Antragsgegner erstrebt – darauf abzustellen, dass der Antragsgegner nur mit 50 % an der OHG beteiligt worden ist. Denn dem Antragsgegner ist ausweislich § 5 des zwischen dem Erblasser und ihm am 30. Juni 2014 geschlossenen Gesellschaftsvertrages bekannt gewesen, dass der Erblasser seine gesamten Geschäftsaktivitäten gemäß der Präambel zu diesem Vertrag – also alle vom Erblasser bis dahin unter der Firma S.-Apotheke betriebenen Einrichtungen usw. – als Sacheinlage in die OHG einbringt. Er hat also – worauf

es allein ankommt – gewusst, dass der Erblasser über die gesamte S.-Apotheke verfügt hat.

[39] Dies vorausgeschickt, kann dennoch letztlich dahinstehen, ob die S.-Apotheke im Zeitpunkt ihrer Einbringung am 30. Juni 2014 – wie die Antragstellerin wenig nachvollziehbar behauptet – einen Wert von mindestens 20 Millionen EUR hatte.

Jedenfalls nicht bewiesen ist die Kenntnis des Antragsgegners, dass der Erblasser bei Einbringung über mehr als 90 % seines Vermögens verfügt hat

[40] Denn der Senat teilt – wie im Senatstermin ausführlich dargelegt – die Beurteilung des Familiengerichts, dass die insoweit darlegungs- und beweisbelastete Antragstellerin jedenfalls nicht bewiesen hat, dass der Antragsgegner die Verhältnisse gekannt hat, aus denen sich ergeben hätte, dass der Antragsgegner im Zeitpunkt der – unterstellten – Gesamtvermögensverfügung davon ausgegangen ist, dass der Erblasser über mehr als 90 % seines Vermögens verfügt hat.

[41] Nachdem der Antragsgegner – insoweit unstreitig – zum Stichtag davon ausgegangen ist, dass sich im Privatvermögen des Erblassers jedenfalls eine Forderung aus dem Verkauf der Hirsch-Apotheke in (vom Antragsgegner vorgestellter) Höhe von 1.000.000 EUR sowie eine Kapitalanlage von 300.000 EUR bei der Crédit Suisse befunden hat, setzt die erforderliche Kenntnis des Antragsgegners vorliegend voraus, dass er angenommen haben müsste, die eingebrachte S.-Apotheke habe zum Zeitpunkt der Einbringung am 30. Juni 2014 einen Verkehrswert von über $(1.300.000 \cdot 9 =)$ 11.700.000 EUR gehabt.

Anhaltspunkte, die auf einen niedrigen Verkehrswert des Unternehmens schließen lassen

[42] Der Antragsgegner hat hierzu durchgehend vorgetragen, er sei im Zeitpunkt der Einbringung des einzelkaufmännischen Vermögens des Erblassers in Form der S.-Apotheke in die zeitgleich gegründete offene Handelsgesellschaft S. OHG davon ausgegangen, dass jenes einzelkaufmännische Vermögen einen Wert von 0 EUR gehabt habe.

[43] Soweit die Antragstellerin behauptet, der Antragsgegner sei auf der Grundlage des zum 31. August 2014 erstellten Wirtschaftsprüferberichts zum Stichtag davon ausgegangen, die S.-Apotheke habe einen Verkehrswert von 28.500.000 EUR gehabt, weil dort trotz der bis dahin entstandenen Verluste bei der „going-concern-Prämisse“ der Unternehmensfortführung Überschüsse von 967.000 EUR im Jahr 2015, von 2.638.000 EUR im Jahr 2016 und von 3.245.000 EUR im Jahr 2017 erwartet worden seien, verkennt dies den Stichtagsbezug der Bewertung des eingebrachten Unternehmens. Denn aus dem Bericht der am 22. April 2015 beendeten Prüfung geht hervor, dass die S.-Apotheke für das Rumpfgeschäftsjahr 1. Januar bis 31. August 2014 nach einem Anfangskapital von 866.000 EUR ein negatives Eigenkapital zum 31. August 2014 von -975.000 EUR ausgewiesen hat, der aus dem Fehlbetrag aus dem negativen Ergebnis von 1.440.000 EUR sowie aus Entnahmen in Höhe von 401.000 EUR resultiert. Auch nach Umwandlung in die B. S.-Apotheken oHG wurde im anschließenden Rumpfgeschäftsjahr vom 1. September bis 31. Dezember 2014 ein Verlust von rund 1.296.000 EUR erwirtschaftet; das Eigenkapital betrug rund -2.158.000 EUR. In 2014 hat der Fehlbetrag rund 2.736.000 EUR betragen. Auch der für 2015 zuletzt in Höhe von 967.000 EUR erwartete Überschuss wurde verfehlt; er hat lediglich rund 317.000 EUR betragen. Dies bedeutet, dass sich die Gesellschaft in der entscheidenden, stichtags-

nahen Phase defizitär entwickelt hatte und auch das Eigenkapital stark rückläufig war.

[44] Die von der Antragstellerin ins Feld geführten Gewinnprognosen sind daher – und ausweislich des Prüfberichts – lediglich Hoffnungen gewesen, welche die systematische Ausnutzung von strukturellen Wachstumspotentialen, Um- und Restrukturierungen sowie ein Kostensenkungsprogramm vorausgesetzt haben, wozu die Antragstellerin ebenfalls nichts Belastbares vorgetragen hat. Dementsprechend wird im Bericht ausdrücklich darauf hingewiesen, dass der zukünftige wirtschaftliche Erfolg der Gesellschaft maßgeblich davon abhängen werde, dass sich die in der Planung zugrunde gelegten Annahmen erwartungsgemäß verwirklichen lassen. Darüber hinaus sei das Unternehmen dringend auf die Aufrechterhaltung der aktuell bestehenden Kreditlinien und auf Eigenkapitalmaßnahmen des Unternehmers bzw. der Gesellschafter der B. S.-Apotheken oHG auch für 2015 und 2016 angewiesen. Bislang sei noch nicht sichergestellt, wie die Mittel für die Rückführung der bis 31. Dezember 2015 eingeräumten Kreditlinie der Sparkasse O. von 8.000.000 EUR auf 3.500.000 EUR aufgebracht werden solle. Im Prüfbericht ist schließlich festgehalten, dass wegen der negativen Geschäftsergebnisse und der kurzen Geschäftshistorie des vom Erblasser eingebrachten Einzelunternehmens keine Ausgleichsansprüche bezüglich der eingebrachten Aktiva (inkl. Firmenwert) bzw. Passiva oder dem Haftungseintritt beständen. In diesem Kontext ist allerdings zu berücksichtigen, dass der Erblasser die S.-Apotheke nicht – wie die Antragstellerin durchgehend, indes nicht ansatzweise nachvollziehbar vorträgt – „ohne jede Gegenleistung“ des Antragsgegners in die B. S.-Apotheken oHG eingebracht hat. Denn der Antragsgegner hat unstreitig die Mithaftung für die betrieblichen Verbindlichkeiten von rund 9.300.000 EUR – unter Verzicht auf diesbezügliche Innenausgleichsansprüche – übernommen.

[45] Hinzu kommt, dass der Erblasser unstreitig den Umsatz der S.-Apotheke, der vor dem Insolvenzverfahren 600.000.000 EUR p.a. betragen hatte, im Rumpfgeschäftsjahr 1. April bis 31. Dezember 2013 um rund 90 % auf ca. 60.000.000 EUR reduziert hatte. In den Jahren 2014 und 2015 – Umsatz jeweils rund 79.500.000 EUR – war ihm kaum eine nennenswerte Umsatzsteigerung gelungen und hat er unstreitig durchgehend hohe Verluste – in Höhe von über 1.500.000 EUR im Rumpfgeschäftsjahr 2013 und von über 2.700.000 EUR im Jahr 2014 – erzielt.

[46] Wie der Antragsgegner zuletzt mit Schriftsatz vom 19. November 2018 zutreffend ausführt, ergäbe auch eine bloße – selbstredend alternative, nicht kumulative – Substanzwertbewertung kein der Antragstellerin günstigeres Ergebnis. Denn der Lager- und Forderungsbestand der S.-Apotheke war – was unstreitig und durch das Schreiben der Sparkasse O. an den Erblasser vom 25. April 2013 belegt ist – an diese finanzierende Bank sicherungsübereignet bzw. sicherheitshalber abgetreten worden, nachdem der Erblasser beim Erwerb jenes Einzelunternehmens aus der Nachlassinsolvenz ein Darlehen über ursprünglich bis zu 10.800.000 EUR als Betriebsmitteldarlehen und weitere 3.700.000 EUR als Kaufpreisdarlehen aufgenommen hatte.

[47] Zu berücksichtigen ist ferner, dass der Antragsgegner unbestritten vorgetragen hat, dass der Erblasser im Oktober 2013 die Kernmarken und Domains des Unternehmens im Wege eines Sale-and-Lease-Back-Geschäfts auf die Mercator GmbH übertragen hatte, um kurzfristig die Bilanz zu stabilisieren. Dies hat allerdings – worauf der Prüfbericht

zum 31. August 2014 zutreffend abhebt – zugleich zur Folge, dass die zuvor erzielten Nutzungsentgelte nicht mehr dem Einzelunternehmen zugeflossen sind. Auch mit Blick darauf hat die Antragstellerin keinesfalls nachgewiesen, sondern liegt vielmehr stichtagsbezogen äußerst fern, dass der Antragsgegner davon ausgegangen ist, das eingebrachte Unternehmen habe einen auch nur annähernd in Reichweite der genannten 11.700.000 EUR kommenden Verkehrswert gehabt, zumal zum Stichtag ersichtlich die notwendigen Restrukturierungsmaßnahmen gerade noch nicht eingeleitet worden waren. So ist aus dem Prüfbericht zum 31. August 2014 ersichtlich, dass die Zahl der Beschäftigten von durchschnittlich 236,50 im Jahre 2013 lediglich auf durchschnittlich 233,15 im Jahre 2014 reduziert worden war.

[48] Dies wird letztlich auch durch die vom Antragsgegner vorgelegten, vom Erblasser und der Antragstellerin selbst per 28. Februar 2014 und 16. März 2015 angefertigten Vermögensübersichten indiziell bestätigt. Darin ist der Wert der S.-Apothekes zum Stichtag 28. Februar 2014 mit 7.825.000 EUR und – inzwischen unstrittig als weitere Rubrik – betriebliches Vermögen mit Dritten in Höhe von 8.540.000 EUR angegeben, denen betriebliche Verbindlichkeiten von 7.250.000 EUR gegenüberstehen; zum Stichtag 16. März 2015 ist der Wert der S.-Apothekes mit insgesamt 10.400.000 EUR und sind die Verbindlichkeiten mit 8.800.000 EUR beauskunftet. Zu Recht – und in Übereinstimmung mit der allgemeinen Lebenserfahrung – weist der Antragsgegner in diesem Zusammenhang darauf hin, dass die Antragstellerin und der Erblasser im Zweifel eher eine zu positive Darstellung ihres Vermögens gewählt haben werden, nachdem die Vermögensübersichten dem Zweck gedient haben, in den Genuss günstiger Kreditkonditionen, großzügiger Überziehungsraten etc. zu gelangen.

Auch aus sonstigen Umständen lässt sich keine Kenntnis des Antragsgegners vom Vorliegen der Merkmale des § 1365 BGB herleiten

[49] Soweit die Antragstellerin auf die Äußerung des Zeugen D. abhebt, der zu Rechtsanwalt C. am 2. Mai 2016 gesagt habe, „100 Millionen? Wir wären froh, wenn wir einen Käufer für 30 Millionen hätten“, kommt es nicht darauf an, dass der Antragsgegner die Äußerung etwas anders dargestellt hat – nämlich, dass Rechtsanwalt C. die Apotheke für 30 Mio. EUR haben könne, aber auch diesen Betrag keiner zahlen würde. Denn eine solche Äußerung ließe ungeachtet dessen keine Rückschlüsse auf die Vorstellungen des Antragsgegners vom Wert des eingebrachten Einzelunternehmens zum 31. August 2014 zu, nachdem die Äußerung fast zwei Jahre nach dem in Rede stehenden Stichtag gefallen sein soll und zudem nicht vom Antragsgegner selbst stammt. Soweit die Antragstellerin dem Antragsgegner vorgehalten hat, er habe dem Erblasser bereits seit März 2016 Kenntnis über alle finanziell wichtigen Vorgänge der B. S.-Apothekes oHG verweigert, kann hieraus ebenfalls bereits aufgrund der Stichtagsferne nicht der Schluss gezogen werden, dass das Bestreiten des Antragsgegners unsubstantiiert ist.

[50] Die Behauptung der Antragstellerin, der Antragsgegner habe den Erblasser massiv unter Druck gesetzt, endlich einen Ehevertrag zu schließen, um den Schutz des § 1365 BGB auszuschließen, da diese Vorschrift den Plänen des Antragsgegners im Wege gestanden habe, was ebenfalls zeige, dass er der S.-Apothekes den von ihr behaupteten Wert beigemessen habe, hat der Antragsgegner bestritten; insoweit ist die Antragstellerin beweisfällig. Im Übrigen zielt die Klausel in § 16 des Gesellschaftsvertrags vom 30. Juni 2014 – dass jeder Gesellschafter sich verpflichtet, mit sei-

nem Ehegatten güterrechtliche Vereinbarungen zu schließen, die sicherstellen, dass der Anteil des Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen bei Beendigung der Ehe von eventuellen Ausgleichsansprüchen des Ehegatten ausgenommen wird – zum einen nicht auf § 1365 BGB ab, sondern insbesondere auf eine Herausnahme des Gesellschaftersanteils aus dem zugewinnausgleichsrechtlichen Endvermögen, zum anderen stellt sie senatsbekannt eine völlig übliche Vereinbarung in Gesellschaftsverträgen dar.

Auch zum Zeitpunkt der Übertragung weiterer 45 % an der OHG lag jedenfalls keine für den Antragsgegner schädliche Kenntnis vor

[51] Auch die spätere Entwicklung, die zur Übernahme weiterer 45 % Anteile an der B. S.-Apothekes oHG am 4. November 2015 geführt hat und entgegen der Darstellung der Antragstellerin gerade negativ war, hat die im Prüfbericht zum Ausdruck gebrachten Hoffnungen nicht bestätigt. Denn unstrittig hatte die Sparkasse O. die Kündigung der Kreditlinie von 8.000.000 EUR angekündigt, wenn nicht mindestens eine Einlage von 2.000.000 EUR erfolge. Der Antragsgegner hat sodann bei der Sparkasse Neunkirchen ein Darlehen über 2.500.000 EUR aufgenommen und diese Valuta in die B. S.-Apothekes oHG eingebracht.

[52] Nach Maßgabe dessen fehlt es auch nicht nur zum Stichtag 31. August 2014, sondern allemal zum Stichtag 4. November 2015 an der notwendigen Kenntnis des Antragsgegners, nachdem zum letzteren Stichtag außerdem noch der dem Erblasser damals verbliebene Anteil von 5 % an der B. S.-Apothekes oHG als außerhalb der Vermögensverfügung verbliebenes Restvermögen zu berücksichtigen wäre.

[53] Hiernach ist der Senat insbesondere eines Eingehens auf die Frage enthoben, ob die Antragstellerin die streitgegenständlichen Vermögensverfügungen in der Nachfolge nicht zumindest konkludent genehmigt hat.

[54] Nach alledem bewendet es bei dem angegangenen Erkenntnis.

[55] Die Kostenentscheidung folgt aus § 113 Abs. 1 FamFG i. V. m. § 97 Abs. 1 ZPO.

[56] Die Anordnung der sofortigen Wirksamkeit beruht auf § 116 Abs. 3 S. 2 FamFG.

[57] Die Zulassung der Rechtsbeschwerde ist nicht veranlasst (§ 70 FamFG). ■

6. Handels-/Gesellschaftsrecht – Zur Zulässigkeit des Rechtsformwechsels von einer Kommanditgesellschaft in eine Partnerschaftsgesellschaft

(*OLG Hamm*, Beschluss vom 12.7.2018 – 27 W 24/18)

PartGG §§ 1, 2 Abs. 1 S. 1, 7 Abs. 1

HGB §§ 1, 24 Abs. 2

UmwG §§ 190 Abs. 2, 200 Abs. 1, 214 Abs. 1

Die Umwandlung einer Kommanditgesellschaft in eine Partnerschaft ist aufgrund der identischen gesellschaftsrechtlichen Struktur ohne Rückgriff auf eine gesetzliche Regelung möglich. Der Rechtsformwechsel erfolgt durch bloße Änderung des Gesellschaftsvertrags, Abmeldung zum Handelsregister und Anmeldung zum Partnerschaftsregister.

(RNotZ-Leitsatz)

Aus den Gründen:

[1] Die nach §§ 382 Abs. 4 S. 2, 58 FamFG zulässige Beschwerde der Beteiligten gegen die Zwischenverfügung vom 18.12.2017 ist begründet.

Der Eintragung der Partnerschaft steht weder entgegen, dass ein Wechsel aus der KG in die Partnerschaft nicht möglich wäre, noch, dass sich der Name der Partnerschaft von dem der Vorgänger-KG unterscheiden müsste.

I.

[2] Nachdem die Beteiligten ausweislich der Ausführungen des Amtsgerichts im Rahmen des Nichtabhilfebeschlusses vom 9.2.2018 einen Teil der im Rahmen der angefochtenen Zwischenverfügung aufgeführten Eintragungshindernisse behoben haben, ist das Amtsgericht weiterhin der Auffassung, der angemeldeten Eintragung stehe entgegen, dass ein Rechtsformwechsel von einer Kommanditgesellschaft in eine Partnerschaftsgesellschaft nicht möglich sei und sich der angemeldete Name der Partnerschaft nicht hinreichend von der Firma der Kommanditgesellschaft unterscheide. Beide Aspekte rechtfertigen es hingegen nicht, die Anmeldung vom 1.12.2017 nicht zu vollziehen.

[3] 1. Die Umwandlung der bisherigen Kommanditgesellschaft in eine Partnerschaft begegnet keinen rechtlichen Bedenken.

Eine KG kann nicht aufgrund Formwechsels nach dem UmwG in eine Partnerschaft umgewandelt werden.

[4] a) Zwar können Personenhandelsgesellschaften aufgrund eines Formwechselbeschlusses nach dem Umwandlungsgesetz nur die Rechtsform einer Kapitalgesellschaft oder eingetragenen Genossenschaft erlangen, § 214 Abs. 1 UmwG. Eine Umwandlung nach diesem Gesetz kommt danach – was das Amtsgericht zutreffend erkannt hat und mit der Beschwerde auch nicht angegriffen wird – nicht in Betracht.

Die Umwandlung ist aber nach allgemeinem Zivilrecht ohne Rückgriff auf eine gesetzliche Regelung möglich. Sie erfolgt durch bloße Änderung des Gesellschaftsvertrags, Abmeldung zum Handelsregister und Anmeldung zum Partnerschaftsregister.

[5] b) Der Wortlaut des § 214 Abs. 1 UmwG macht allerdings deutlich, dass den Personenhandelsgesellschaften eine Umwandlung in andere Rechtsformen nach Vorschriften außerhalb des Umwandlungsgesetzes nicht verwehrt ist (vgl. Kallmeyer, Kommentar zum Umwandlungsgesetz, 6. Aufl. 2017, § 214 Rn. 3). Insofern lässt das Umwandlungsgesetz die Möglichkeit, die Rechtsform nach allgemeinem sonstigen Zivil- und Handelsrecht zu wechseln, ausdrücklich unberührt, § 190 Abs. 2 UmwG (vgl. dazu auch Streck/Mack/Schwedhelm, GmbHR 1995, 161, 171). Dementsprechend kann z. B. eine OHG durch Aufnahme eines beschränkt haftenden Gesellschafters zur Kommanditgesellschaft oder durch Aufgabe des betriebenen Gewerbes ihren vollkaufmännischen Charakter verlieren und zur Gesellschaft bürgerlichen Rechts werden (vgl. Münchner Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2017, § 1 PartGG, Rn. 32; Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht, 1. Aufl. 2002, 171. Lieferung, Stand 1.12.2013, § 214 UmwG, Rn. 10 ff.).

[6] Die Umwandlung einer GbR, OHG oder KG in eine Partnerschaft ist aufgrund der identischen gesellschaftsrechtlichen Struktur und ihrer damit einhergehenden Austauschbarkeit (vgl. dazu auch Karsten Schmidt, Gesell-

schaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 44 III 1. (S. 1305)) ohne Rückgriff auf eine gesetzliche Regelung im Wege des identitätswahrenden Rechtsformwechsels möglich (vgl. Henssler, Kommentar zum PartGG, 3. Aufl. 2018, § 1 Rn. 36). Dieser Rechtsformwechsel erfolgt aufgrund der Durchlässigkeit der Rechtsformen der Personengesellschaften durch bloße Änderung des Gesellschaftsvertrags, Abmeldung zum Handelsregister und Anmeldung zum Partnerschaftsregister (vgl. Münchner Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2017, § 1 PartGG, Rn. 18; Wälzholz, DStR 2013, 2637, 2641).

Allein die vorherige Einordnung als Handelsgesellschaft ist kein hinreichender Anhaltspunkt dafür, dass es an den Voraussetzungen des § 1 PartGG fehlt. Im Überschneidungsbereich von gewerblicher und freiberuflicher Tätigkeit spricht viel für ein Wahlrecht zwischen Partnerschaft und OHG bzw. KG.

[7] Unabhängig von der Frage, ob die durch die Beteiligten bisher vorgenommene, im Übrigen seit jeher allgemein übliche (vgl. dazu BGH, Urteil v. 18.7.2011, Az. AnwZ (Brfg) 18/19, Rn. 19) Ausübung freiberuflicher Tätigkeit als Steuerberater und/oder Wirtschaftsprüfer im Gewand einer Handelsgesellschaft rechtlich zulässig ist (zur Problematik vgl. insofern Wälzholz, a. a. O.), sind hier allein mit Blick auf die Existenz der Kommanditgesellschaft an sich auch keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass es an den für die Gründung einer Partnerschaft notwendigen Voraussetzungen des § 1 PartGG fehlt. Es entspricht dem gesetzgeberischen Ziel, möglichst vielen Berufsgruppen im Grenzbereich zu § 1 HGB die Partnerschaft wahlweise neben den bereits bestehenden Gesellschaftsformen zugänglich zu machen, weshalb viel dafür spricht, Berufsangehörigen in dem Überschneidungsbereich von gewerblicher und freiberuflicher Tätigkeit ein Wahlrecht zwischen Partnerschaft und OHG bzw. KG zuzugestehen. Entscheiden sich die Beteiligten für die Partnerschaft und führen sie die Eintragung in das Partnerschaftsregister herbei, so ist die Nicht-Gewerblichkeit ihres Unternehmens ohnehin (lediglich) die Folge dieser Rechtsformwahl und nicht deren Voraussetzung (vgl. Münchner Kommentar zum BGB, a. a. O., § 1 PartGG, Rn. 18 m. w. N.).

[8] 2. Auch mit Blick auf den angemeldeten Namen der Partnerschaft besteht kein Eintragungshindernis.

Der Name der Partnerschaft darf auch nur den Namen eines bereits vor dem Rechtsformwechsel ausgeschiedenen Gesellschafters der KG enthalten.

[9] Nach § 2 Abs. 1 S. 1 PartGG hat der Name einer Partnerschaft unter anderem den Namen mindestens eines Partners zu enthalten. Die Namen anderer Personen als der Partner dürfen nach § 2 Abs. 1 S. 3 PartGG nicht in den Namen der Partnerschaft aufgenommen werden.

[10] Zwar enthält der Name der Partnerschaft hier nur den Nachnamen eines bereits vor längerer Zeit aus der Gesellschaft ausgeschiedenen Gesellschafters. Gleichwohl wird auch dieser Name den gesetzlichen Vorgaben gerecht. Die gem. § 2 Abs. 2 S. 1 PartGG entsprechend anzuwendende Regelung des § 24 Abs. 2 HGB bestimmt insofern, dass der Name eines freiberuflich tätigen Mitglieds der Gesellschaft, das bereits vor dem Rechtsformwechsel ausgeschieden und dessen Name in der Bezeichnung der Sozietät-Gesellschaft enthalten ist, mit Zustimmung des ausgeschiedenen Mitglieds auch im Namen der Partnerschaft fortgeführt werden darf. Damit soll es etwa einer Anwaltssozietät, die in der Rechtsform einer GbR betrieben wird, ermöglicht werden, den in ihrer Bezeichnung enthaltenen Wert (good will) auf

die Partnerschaft zu übertragen; die Umwandlung soll namensrechtlich nicht unnötig erschwert werden (vgl. BGH, Urteil v. 28.2.2002, Az. I ZR 195/99, Rn. 48; BayObLG NJW 1998, 1158, 1159). Gleiche Erwägungen gelten mit Blick auf die hier in Rede stehende Umwandlung der Kommanditgesellschaft in eine Partnerschaft, zumal schon die Firma der Kommanditgesellschaft mit hier vorliegender Zustimmung des ausgeschiedenen Gesellschafters weitergeführt worden ist.

Es steht der Eintragungsfähigkeit des Namens der Partnerschaft nicht entgegen, dass er mit der Firma der KG bis auf den Rechtsformzusatz identisch ist.

[11] Der Eintragungsfähigkeit des Namens der Partnerschaft steht auch nicht der Umstand entgegen, dass dieser – von der Bezeichnung der Gesellschaftsform abgesehen – mit der Firma der Kommanditgesellschaft identisch ist. Die Kommanditgesellschaft und die gem. § 7 Abs. 1 PartGG mit der Eintragung neu entstehende Partnerschaft sind identische Rechtsträger; lediglich das Rechtskleid wandelt sich (vgl. Wälzholz, a. a. O.). Vor diesem Hintergrund besteht auch nicht die Gefahr, dass der angemeldete Name der Partnerschaft sich nur durch den Rechtsformzusatz von der Kommanditgesellschaft unterscheidet, weshalb auch ein Verstoß gegen die Regelungen des § 30 HGB – hierauf weisen die Beteiligten mit der Beschwerde unter Bezugnahme auch auf die in § 200 Abs. 1 UmwG zum Ausdruck kommende Wertung zu Recht hin – nicht ersichtlich ist.

II.

[12] Die Wertfestsetzung folgt aus § 36 GNotKG.

Anmerkung:

Das Urteil des OLG Hamm bringt zwei erfreuliche Klarstellungen für die Praxis: Erstens kann eine KG durch bloße Änderung des Gesellschaftsvertrags, Abmeldung zum Handelsregister und Anmeldung zum Partnerschaftsregister zur Partnerschaft werden. Zweitens kann der Name der KG als Name der Partnerschaft fortgeführt werden, auch wenn der namensgebende Gesellschafter bereits ausgeschieden ist, also nie Partner der Partnerschaft war. Beides erleichtert den Rechtsformwechsel für Steuerberater und Wirtschaftsprüfer, die als KG organisiert sind. Das Gericht erkennt zudem einen Überschneidungsbereich zwischen gewerblicher und freiberuflicher Tätigkeit an, in dem den Beteiligten ein Wahlrecht zwischen Personenhandelsgesellschaft und Partnerschaft zusteht. Der letztgenannte Punkt birgt jedoch noch gewisse Auslegungsschwierigkeiten.

I.

Der Wechsel aus der KG in die Partnerschaft wirft insbesondere zwei Fragen auf: Ist ein solcher Wechsel ohne positive gesetzliche Regelung zulässig? Zweitens: Wie sind gewerbliche und freiberufliche Tätigkeit voneinander abzugrenzen?

Nach dem Umwandlungsgesetz ist der Formwechsel einer Personenhandelsgesellschaft in eine Partnerschaft nicht möglich, § 214 Abs. 1 UmwG. Nach dem UmwG wäre nur eine Verschmelzung auf eine neu gegründete Partnerschaft oder ein doppelter Formwechsel zunächst in eine GmbH und sodann in eine Partnerschaft möglich. Das Gericht stellt klar, dass ein Rechtsformwechsel nach Vorschriften außerhalb des UmwG dadurch nicht gesperrt ist. Für diese Zulässigkeit nach Vorschriften außerhalb des UmwG lässt das Gericht die allgemeine Durchlässigkeit der Rechtsformen genügen, ohne eine positive gesetzliche Regelung zu

fordern. Schon hier wird der am Zweck des Gesetzes orientierte, wenig positivistische Ansatz des Gerichts erkennbar, der sich durch das gesamte Urteil zieht.

Ein weiterer Problemkreis betrifft den Wechsel von einer gewerblichen in eine freiberufliche Organisationsform. Wenn Gewerbe und freier Beruf sich gegenseitig ausschließen, ist ein solcher Wechsel praktisch kaum denkbar. Das Gericht geht aber von einem möglichen Überschneidungsbereich zwischen gewerblicher und freiberuflicher Tätigkeit aus und bejaht für diesen Überschneidungsbereich ein Wahlrecht zwischen Partnerschaft und OHG bzw. KG. Damit folgt das Gericht einer in der Literatur vertretenen Ansicht (MüKoBGB/Schäfer, 7. Aufl. 2017, § 1 PartGG, Rn. 16 ff). Das ist eine pragmatische Lösung angesichts der Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen Handelsgewerbe und freiem Beruf. Der Gewerbebegriff enthält als negatives Tatbestandsmerkmal, dass es sich um keine freiberufliche Tätigkeit handeln darf. Damit ist an sich ein Exklusivitätsverhältnis in der Definition angelegt. Was unter einem freien Beruf verstanden wird, ist aber historisch gewachsen. Deshalb hat sich der Gesetzgeber in § 1 Abs. 2 PartGG statt einer Definition der Partnerschaft für eine Typusbeschreibung entschieden mit einem exemplarischen Katalog freier Berufe, der ausdrücklich auch ähnliche Berufe miteinschließt. Dadurch kann es im Einzelfall schwierig sein, eine Zuordnung zu treffen. Folgte man dennoch einem Ausschließlichkeitsdogma, dh entweder Gewerbe oder freier Beruf, wäre dies in Grenzbereichen mit Rechtsunsicherheiten für die Beteiligten verbunden: Die falsch eingetragene „freiberufliche“ KG und die „gewerbliche“ Partnerschaft wären beide möglicherweise GbRs mit unerwünschten Haftungsfolgen. Ein Wahlrecht im Überschneidungsbereich vermeidet dieses Risiko. Die Abgrenzungsfragen setzen sich allerdings fort, denn: Wo beginnt der Überschneidungsbereich?

Dass das Gericht Steuerberater und Wirtschaftsprüfer zum Grenzbereich zählt spricht dafür, dass auch die Kombination aus freiem Beruf und untergeordneter gewerblicher Tätigkeit in den Überschneidungsbereich fallen kann. Denn jedenfalls nach bisherigem Verständnis üben Steuerberater und Wirtschaftsprüfer einen klassischen freien Beruf aus, können daneben aber auch treuhänderisch und damit gewerblich tätig sein. Nur so kommt es, dass sie als Freiberufler überhaupt in einer handelsrechtlichen Personengesellschaft organisiert sein können. Ob die „seit jeher allgemein übliche“ Tätigkeit von Steuerberatern und Wirtschaftsprüfern in der KG rechtlich zulässig ist, lässt das Gericht an dieser Stelle offen. Jedenfalls sind Steuerberater und Wirtschaftsprüfer in der Partnerschaft „richtig“. Ob in der Partnerschaft generell neben der freiberuflichen Tätigkeit eine untergeordnete gewerbliche Tätigkeit zulässig ist, ist damit leider nicht geklärt.

II.

Ein zweiter wichtiger Punkt für die Praxis ist die Möglichkeit der Fortführung eines etablierten Namens. Der Name der Partnerschaft muss grundsätzlich den Nachnamen mindestens eines Partners enthalten, § 2 PartGG. Der Name kann nach dem Ausscheiden des Partners mit dessen Einwilligung fortgeführt werden, § 24 Abs. 2 HGB. Wenn eine GbR als Partnerschaft fortgeführt wird, darf der Name auch weitergeführt werden, wenn der Gesellschafter schon vor der Umwandlung in die Partnerschaft ausgeschieden ist, § 2 Abs. 2, 2. HS iVm § 24 Abs. 2 HGB. Das soll aus Sicht des Gesetzgebers ermöglichen, einen bestehenden good-will zu übertragen (BT-Drs. 12/6152, 12). Für den Wechsel aus anderen Rechtsformen fehlt eine entsprechen-

de Regelung. Dem OLG reicht ein Satz, um die Anwendung mit Verweis auf das Telos auch für die Umwandlung einer KG zu bejahen, wo „gleiche Erwägungen gelten“. Auch dies ist ein wichtiges Signal für die Praxis. Gerade bei Freiberuflern, bei denen ein seit Jahrzehnten erarbeiteter Ruf mit dem Namen eines der Gründer verbunden ist, kann die Möglichkeit, diesen Namen beizubehalten, die Frage entscheiden, ob ein – an sich gewünschter – Rechtsformwechsel überhaupt in Betracht kommt.

Insgesamt ist aus dem Urteil zu erkennen, dass das Gericht das Ziel des Gesetzgebers anerkennt und sich bei der Auslegung davon leiten lässt, möglichst vielen Freiberuflern den Weg in die Partnerschaft zu ermöglichen. Die beiden Klarstellungen im Urteil v. 12.7.2018 werden dabei helfen.

Notarassessorin Dr. Anna Zöbele, Düsseldorf ■

7. Handels-/Gesellschaftsrecht – Zur Zulässigkeit der Abkürzung „gUG (haftungsbeschränkt)“

(OLG Karlsruhe, Beschluss vom 26.4.2019 – 11 W59/18 (Wx))

FamFG §§ 38 Abs. 1 S. 1 u. Abs. 3, 59 ff., 70 ff., 84, 382 Abs. 3 u. Abs. 4

GmbHG §§ 4 S. 2, 5 a Abs. 1, 9 c Abs. 2 Nr. 1

GNotKG §§ 36 Abs. 1 u. Abs. 3, 61, 79

RPfIG § 11 Abs. 1

Die Abkürzung "gUG (haftungsbeschränkt)" ist kein zulässiger Rechtsform- und Haftungszusatz in der Firma einer gemeinnützigen Unternehmergesellschaft.

Zur Einordnung

Das OLG Karlsruhe befasst sich in diesem Beschluss mit der Zulässigkeit der Verwendung der Abkürzung „gUG (haftungsbeschränkt)“ in der Firma einer gemeinnützigen Unternehmergesellschaft.

§ 4 S. 1 GmbHG verlangt, dass die Firma einer GmbH die Bezeichnung „Gesellschaft mit beschränkter Haftung“ oder eine allgemein verständliche Abkürzung dieser Bezeichnung enthält. Verfolgt eine GmbH ausschließlich und unmittelbar steuerbegünstigte Zwecke nach den §§ 51 bis 68 AO, ist diese gemeinnützige GmbH gemäß dem 2013 durch das Gesetz zur Stärkung des Ehrenamtes (BGBl. I 2013, 556) eingeführten § 4 S. 2 GmbHG befugt, die Abkürzung „gGmbH“ in ihrer Firma zu führen.

Für die Firmierung von Unternehmergesellschaften schreibt § 5 a Abs. 1 GmbHG vor, dass die Unternehmergesellschaft in der Firma abweichend von § 4 GmbHG die Bezeichnung „Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)“ oder „UG (haftungsbeschränkt)“ führt. Nach der Rechtsprechung ist der Rechtsformzusatz aus Gläubigerschutzaspekten aufgrund des im Vergleich zur GmbH verminderten Stammkapitals zwingend buchstabengetreu zu verwenden (BGH NZG 2012, 989 [991]; OLG Hamburg, NZG 2011, 872).

Für eine gemeinnützige Unternehmergesellschaft fehlt es an einer gesetzlichen Grundlage zur Verwendung einer die Gemeinnützigkeit ausweisenden Abkürzung. Eine ausdrückliche Regelung, wie in § 4 S. 2 GmbHG für die GmbH vorgesehen, enthält § 5 a GmbHG nicht. Es stellt sich die Frage, ob die gemeinnützige Unternehmergesell-

schaft in Anlehnung an die Abkürzung „gGmbH“ die Abkürzung „gUG (haftungsbeschränkt)“ verwenden darf. Diese Frage wird im Schrifttum uneinheitlich beantwortet. Teilweise wird davon ausgegangen, dass die Unternehmergesellschaft in ihrer Firma neben dem zwingenden Rechtsformzusatz „UG (haftungsbeschränkt)“ oder „Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)“ aufgrund der Einführung des § 4 S. 2 GmbHG die Abkürzung „gUG (haftungsbeschränkt)“ verwenden dürfe (Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, 19. Aufl. 2016, § 5 a Rn. 56; Michalski/Mock, GmbHG, § 4 Rn. 86; Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 4 Rn. 9 a; Rowedder/Schmidt-Leithoff/C. Schmidt-Leithoff, GmbHG, 6. Aufl. 2017, § 4 Rn. 59; Wachter, GmbHR 2013, R 145 [R 146]). Zudem wird darauf verwiesen, dass die Firmierung „UG (haftungsbeschränkt)“ im Rechtsverkehr inzwischen ausreichend bekannt ist und eine Verwirrung durch das Beifügen des „g“ für die Gemeinnützigkeit nicht zu befürchten sei (Scholz/Cziupka, GmbHG, 12. Aufl. 2018, § 4 Rn. 12). Dem wird entgegengehalten, dass § 5 a GmbHG im Gegensatz zu § 4 S. 1 GmbHG schon nicht die Verwendung einer allgemein verständlichen Abkürzung zulässt, sondern nur die beiden vorgenannten Rechtsformzusätze (Miras NZG 2012, 486 [489]), und keine § 4 S. 2 GmbHG entsprechende Regelung für die Abkürzung bei Gemeinnützigkeit der Unternehmergesellschaft vorsieht (MüKoGmbHG/Heinze, 3. Aufl. 2018, § 4 Rn. 18 a mwN; Roth/Altmeppen/Altmeppen, GmbHG, 9. Aufl. 2019, § 5 a Rn. 7; sa Wicke, GmbHG, 3. Aufl. 2016, § 5 a Rn. 6; DNötl-Report 2013, 181 f.; Henssler/Strohn/Schäfer, GesR, 4. Aufl. 2019, § 5 a GmbHG Rn. 13; Seebach RNotZ 2013, 261 [264]). Die Spezialregelung in § 5 a Abs. 1 GmbHG verdrängt die gesamte Regelung in § 4 GmbHG (MüKoGmbHG/Heinze, 3. Aufl. 2018, § 4 Rn. 18 a Roth/Altmeppen/Altmeppen, GmbHG, 9. Aufl. 2019, § 5 a Rn. 7). Auch das OLG Karlsruhe folgt in seinem Beschluss dieser Ansicht und hält die Verwendung der Abkürzung „gUG (haftungsbeschränkt)“ für unzulässig.

Für die notarielle Praxis erinnert die Entscheidung daran, dass bei Firmierung einer Unternehmergesellschaft ausschließlich die gesetzlich vorgegebenen Rechtsformzusätze zu verwenden sind. Eine höchstrichterliche Klärung der Zulässigkeit der Abkürzung „gUG (haftungsbeschränkt)“ steht noch aus. Das OLG Karlsruhe hat aufgrund der grundlegenden Bedeutung der Frage die Rechtsbeschwerde zugelassen, die nach Auskunft des BGH unter dem Az. II ZB 13/19 geführt wird.

Die Schriftleitung (IK)

Zum Sachverhalt:

I.

[1] Die beteiligte Gesellschaft hat ihre Eintragung in das Handelsregister mit der Firma „K. gUG (haftungsbeschränkt)“ angemeldet. Die Abkürzung „gUG“ steht dabei für „gemeinnützige Unternehmergesellschaft“.

[2] Das Amtsgericht – Registergericht – Mannheim (Rechtspfleger) wies auf die Unzulässigkeit des gewählten Rechtsform- und Haftungszusatzes „gUG (haftungsbeschränkt)“ hin und teilte mit, dass gegen einen Zusatz „gemeinnützige UG (haftungsbeschränkt)“ keine Bedenken bestünden. Die Beteiligte ging demgegenüber von der Zulässigkeit des gewählten Firmenzusatzes aus.

[3] Mit dem angegriffenen, mit einer Rechtsmittelbelehrung versehenen Schreiben vom 7.6.2018 hat das Registergericht die Anmeldung förmlich beanstandet und unter Setzung einer Nachfrist von vier Wochen Gelegenheit zum Nachweis einer Änderung der Firma und zur Vorlage einer vorläufigen Bescheinigung des Finanzamts über die Gemeinnützigkeit gegeben (Hauptband AS 11 f.). Nachfolgend hat das Registergericht darauf hingewiesen, dass es sich bei dem Schreiben um eine förmliche Zwischenverfügung handle.

[4] Gegen das ihrem Bevollmächtigten am 13.6.2018 zugestellte Schreiben richtet sich die mit Schriftsatz ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 22.6.2018 eingelegte Beschwerde der Beteiligten, mit welcher die Gemeinnützigkeitsbestätigung des Finanzamts nachgereicht und die Eintragung mit der Firma „K. gUG (haftungsbeschränkt)“ beantragt wurde (Hauptband AS 28 ff.).

[5] Das Registergericht hat der Beschwerde mit Beschluss vom 25.6.2018 teilweise abgeholfen, soweit die Vorlage der Gemeinnützigkeitsbescheinigung verlangt war, und das Verfahren unter Nichtabhilfe im Übrigen dem Oberlandesgericht zur Entscheidung vorgelegt (Hauptband AS 35 f.). Die Beteiligte hat ihre Beschwerde ergänzend begründet und sich zu der Nichtabhilfeentscheidung geäußert.

[6] Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.

Aus den Gründen:

II.

Die zulässige Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg

[7] Die statthafte und im Übrigen zulässige Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg.

[8] 1. Bei dem mit einer Rechtsmittelbelehrung versehenen und förmlich zugestellten Schreiben vom 7.6.2018 handelt es sich um eine Zwischenverfügung des Registergerichts nach § 374 Nr. 1, § 382 Abs. 4 Satz 1 FamFG, die mit der Beschwerde anfechtbar ist (§ 11 Abs. 1 RPfG i. V. m. §§ 58 Abs. 1 Halbs. 2, 382 Abs. 4 Satz 2 FamFG). Dass die Zwischenverfügung nicht in der Form eines Beschlusses ergangen ist, steht der Statthaftigkeit des Rechtsmittels nicht entgegen (vgl. OLG Stuttgart, B. v. 23.3.2010 – 8 W 139/10 -, juris Rn. 18 ff., 22).

[9] In der Gestalt der Abhilfeentscheidung vom 25.6.2018 ist die Zwischenverfügung Gegenstand der Beschwerde. Das Rechtsmittel kann im Übrigen auch nur so verstanden werden, dass es sich – was zulässig ist (vgl. BayObLGZ 1970, S. 133, 135; Krafka/Kühn, Registerrecht, 10. Aufl. 2017, Rn. 2439) – allein gegen die Beanstandung der gewählten Firma richtet, während die Zwischenverfügung in Bezug auf die nachgereichte Gemeinnützigkeitsbescheinigung hingenommen wird. Die weiteren Zulässigkeitsvoraussetzungen sind erfüllt (§§ 59 ff. FamFG).

[10] 2. Die Zwischenverfügung ist unter formellen Gesichtspunkten nicht zu beanstanden.

[11] a) Das Registergericht hat die Zulässigkeit der von der Beteiligten gewählten Firma von Amts wegen zu prüfen (§ 9c Abs. 2 Nr. 1 GmbHG, § 26 FamFG) und kann die Behebung eines insofern festgestellten Mangels im Wege der Zwischenverfügung nach § 382 Abs. 4 FamFG aufgeben (vgl. Cziupka, in: Scholz, GmbHG, 12. Aufl. 2018, § 4 GmbHG, Rn. 88). Dass hierfür ein Beschluss der Gesellschafter notwendig ist, steht dem Erlass der Zwischen-

verfügung nicht entgegen. Denn dieser dient nur der von § 382 Abs. 4 FamFG zugelassenen Korrektur einer bereits angemeldeten, registerpflichtigen Tatsache (vgl. Krafka, NZG 2019, S. 9, 10 m. w. N.).

[12] b) Dass die Zwischenverfügung nicht in der Form eines Beschlusses (§ 38 Abs. 1 Satz 1 FamFG) ergangen ist, führt ebenfalls nicht zu ihrer Aufhebung (vgl. Krafka, NZG 2019, S. 9, 11 m. w. N.; Meyer-Holz, in: Keidel, FamFG, 19. Aufl. 2017, § 38 Rn. 8; a. A. OLG Düsseldorf, NZG 2017, S. 663, 664 Rn. 14; OLG Jena, BeckRS 2016, 19872; Heinemann, in: Keidel, FamFG, 19. Aufl. 2017, § 382 Rn. 25). Denn von dem Grundsatz einer Entscheidung durch Beschluss kann gemäß § 38 Abs. 1 Satz 2 FamFG in Registersachen durch Gesetz Abweichendes bestimmt werden. Von dieser Möglichkeit hat der Gesetzgeber in § 382 Abs. 4 FamFG Gebrauch gemacht und für die Bestimmung einer Frist zur Beseitigung eines Eintragungshindernisses – anders als für die den Eintragungsantrag ablehnende Entscheidung (§ 382 Abs. 3 FamFG) – gerade nicht die Beschlussform vorgegeben (vgl. Begr. RegE des FGG-Reformgesetz v. 7.9.2007, BT-Drucks. 16/6308, S. 195; Meyer-Holz, a. a. O., § 38 Rn. 8).

Das Registergericht geht zu Recht davon aus, dass „gUG (haftungsbeschränkt)“ kein zulässiger Rechtsform- und Haftungszusatz ist

[13] 3. In der Sache geht das Registergericht zu Recht davon aus, dass „gUG (haftungsbeschränkt)“ kein zulässiger Rechtsform- und Haftungszusatz ist.

[14] a) Gemäß § 5 a Abs. 1 GmbHG muss eine Unternehmersgesellschaft im Sinn dieser Vorschrift in der Firma abweichend von § 4 GmbHG die Bezeichnung „Unternehmersgesellschaft (haftungsbeschränkt)“ oder „UG (haftungsbeschränkt)“ führen.

Bislang höchstrichterlich nicht entschieden ist, ob eine UG ihre Firma unter Verwendung der Abkürzung „gUG (haftungsbeschränkt)“ bilden darf

[15] Im Schrifttum umstritten und höchstrichterlich bislang nicht entschieden ist, ob eine Unternehmersgesellschaft, die ausschließlich und unmittelbar steuerbegünstigte Zwecke nach den §§ 51 bis 68 der Abgabenordnung verfolgt, ihre Firma auch unter Verwendung der Abkürzung „gUG (haftungsbeschränkt)“ bilden darf.

Auffassungen im Schrifttum

[16] Während eine Ansicht diese Rechtsformbezeichnung nach § 4 Satz 2 GmbHG (direkt oder analog) für zulässig erachtet (vgl. u. a. Cziupka, in: Scholz, GmbHG, 12. Aufl. 2018, § 4 Rn. 12; Fastrich, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 4 Rn. 9 a, § 5 a Rn. 9; C. Schmidt-Leithoff, in: Rowedder/Schmidt/Leithoff, GmbHG, 6. Aufl. 2017, § 4 Rn. 59; Kleindiek, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl. 2016, § 5 a Rn. 56; Vogt, in: Beck'sches Handbuch der GmbH, 5. Aufl. 2014, § 18 D. III.1 Rn. 16; Wachter, GmbHR 2013, R145, R146), lehnt die Gegenansicht sie mangels einer entsprechend klaren gesetzlichen Regelung für die Unternehmersgesellschaft ab beziehungsweise stellt sie zumindest als problematisch oder fraglich dar (vgl. u. a. Altmeppen, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, 9. Aufl. 2019, § 5 a Rn. 7; Schäfer, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2019, § 5 a GmbHG Rn. 13; C. Jaeger, in: BeckOK GmbHG, Stand 1.11.2018, § 4 Rn. 43; Heinze, in: Münchener Kommentar zum GmbHG, 3. Aufl. 2018, § 4 Rn. 18 a; Westermann, in: Scholz, GmbHG, 12. Aufl. 2018, § 5 a Rn. 14 mit Fußnote 10; Hecht, in: Gehrlein/Born/Simon, GmbHG, 3. Aufl.

2017, § 4 Rn. 35; J. Schmidt, in: Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 5 a Rn. 55; Wicke, in: Wicke, GmbHG, 3. Aufl. 2016, § 5 a Rn. 6; Mayer/Weiler, Beck'sches Notar-Handbuch, 6. Aufl. 2015, D. I. 1. Rn. 45; Deutsches Notarinstitut, Gutachten, DNotI-Report 2013, S. 181 f.).

Der Senat lehnt die Zulässigkeit einer derartigen Firmierung ab

[17] b) Der Senat schließt sich der letztgenannten Auffassung an.

§ 5 a Abs. 1 GmbHG geht als speziellere Norm dem § 4 GmbHG vor

[18] aa) § 5 a Abs. 1 GmbHG geht nach Auffassung des Senats der Regelung des § 4 GmbHG insgesamt, d. h. auch dessen Satz 2, als speziellere Norm vor, wie sich aus der Formulierung „abweichend von § 4“ ergibt (vgl. Altmeppen, a. a. O., § 5 a Rn. 7; Heinze, a. a. O., § 4 Rn. 18 a; C. Jaeger, a. a. O., § 4 Rn. 43).

Im Anwendungsbereich des § 5 a GmbHG nicht genannte Abkürzungsvarianten sind ausgeschlossen

[19] bb) Die gesetzliche Vorgabe, welcher Rechtsformzusatz ausgeschrieben oder abgekürzt in der Firma einer Unternehmergesellschaft enthalten sein darf, ist zudem zwingend sowie buchstabengetreu einzuhalten (vgl. BGH, ZIP 2012, S. 1659, 1661, Rn. 16; OLG Hamburg, B. v. 2.11.2010 – 11 W 84/10 –, juris Rn. 3). Als mögliche Abkürzung hat der Gesetzgeber dabei allein den Zusatz „UG (haftungsbeschränkt)“, nicht hingegen wie in § 4 S. 1 GmbHG die Verwendung einer sonstigen allgemein verständlichen Abkürzung zugelassen. Damit sind im Anwendungsbereich des § 5 a GmbHG nicht genannte Abkürzungsvarianten, etwa durch den Zusatz weiterer Buchstaben, ausgeschlossen (vgl. OLG Hamburg, a. a. O.; Westermann, a. a. O., § 5 a Rn. 14). Nichts anderes gilt nach dem eng gefassten Wortlaut des § 5 a GmbHG für die Firmierung einer gemeinnützigen Unternehmergesellschaft als „gUG (haftungsbeschränkt)“.

[20] cc) Für diese strenge Auslegung sprechen auch der Sinn und Zweck der Norm. Denn nach der Wertung des Gesetzgebers sollte mit der speziellen und zwingend vorgegebenen Firmierung sichergestellt werden, dass die Geschäftspartner – als unverzichtbarer Bestandteil des Gläubigerschutzes – erkennen können, mit welcher Art von Gesellschaft sie es zu tun haben, um sich entsprechend darauf einstellen zu können (vgl. Begr. RegE des MoMiG v. 25.7.2007, BT-Drucks. 16/6140, S. 31, 74).

[21] dd) Zudem hat der Gesetzgeber mit dem Gesetz zur Stärkung des Ehrenamtes vom 21.3.2013 (Ehrenamtsstärkungsgesetz, BGBl. I S. 556) zwar für eine gemeinnützige GmbH die Abkürzung „gGmbH“ in dem neuen § 4 Satz 2 GmbHG geregelt, § 5 a Abs. 1 GmbHG indes nicht entsprechend ergänzt. Dass dies lediglich auf ein redaktionelles Versehen zurückzuführen ist, erscheint angesichts des zuvor auch um die Zulässigkeit der Abkürzung „gGmbH“ in Rechtsprechung und Literatur geführten Streits (zusammenfassend: Deutsches Notarinstitut, a. a. O., S. 182) fernliegend. Zwar heißt es in den Gesetzesmaterialien zu § 4 Satz 2 GmbHG, bei der Abkürzung „gGmbH“ handle es sich nicht um einen besonderen Rechtsformzusatz, der auf eine besondere Form der GmbH hinweise (vgl. Entwurf eines Gesetzes zur Entbürokratisierung des Gemeinnützigkeitsrechts v. 6.11.2012, BT-Drucks. 17/11316, S. 17). Dieses Argument kann jedoch auf die abschließende, für

andere als die dort vorgegebenen Rechtsformzusatzvarianten nicht offene Vorschrift des § 5 a Abs. 1 GmbHG nicht übertragen werden.

[22] ee) Schließlich greift der Einwand der Beschwerde nicht durch, dass die Unternehmergesellschaft zwischenzeitlich im Rechtsverkehr etabliert sei und der Zusatz „gUG (haftungsbeschränkt)“ bereits vielfach verwendet werde. Selbst wenn dies zuträfe, wäre es Sache des Gesetzgebers, den insofern geänderten Bedürfnissen der Rechtspraxis mit einer Erweiterung des Katalogs zulässiger Rechtsformzusätze in § 5 a Abs. 1 GmbHG Rechnung zu tragen.

Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen

[23] 4. Die Beschwerde ist daher mit der Kostenfolge aus § 84 FamFG zurückzuweisen. Die Rechtsbeschwerde wird wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache zugelassen (§ 70 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 FamFG). Die Festsetzung des Geschäftswerts beruht auf §§ 36 Abs. 1 und 3, 61, 79 GNotKG. ■

8. Steuerrecht – Zur Grunderwerbsteuerlichen Behandlung eines Vermächtnisses

(BFH, Urteil vom 16.1.2019 – II R 7/16)

BGB §§ 133, 157

ErbStG § 3 Abs. 1 Nr. 1

GrEStG § 1 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 2, 3 Nr. 2

1. Erwirbt der Bedachte durch Vermächtnis das Recht, von dem Beschwerten den Abschluss eines Kaufvertrags über ein zum Nachlass gehörendes Grundstück zu fordern, unterliegt der Kaufvertrag der Grunderwerbsteuer.
2. Eine Steuerbefreiung nach den Bestimmungen für Erwerbe von Todes wegen scheidet aus. Rechtsgrund des Übereignungsanspruchs ist der Kaufvertrag und nicht das Vermächtnis.
3. Ob ein Vermächtnis einen Anspruch auf Übereignung oder ein Recht auf Abschluss eines Kaufvertrags gewährt, ist durch Auslegung des Vermächtnisses zu ermitteln.

Zur Einordnung

Die nachfolgend abgedruckte Entscheidung des BFH befasst sich mit der Frage, inwieweit die Erfüllung eines Vermächtnisses, das sich auf eine Immobilie bezieht, von der Grunderwerbsteuer befreit sein kann.

Hat der Erblasser jemandem durch Verfügung von Todes wegen ein Grundstück vermacht, vermittelt dieses Grundstücksvermächtnis demjenigen einen gegen die Erben gerichteten Anspruch auf Übereignung (vgl. § 2174 BGB). Soweit der Vermächtniserfüllungsvertrag keine abweichenden Regelungen enthält, gelten für das Verhältnis zwischen Erben und Vermächtnisnehmer die gesetzlichen Vorschriften des Vermächtnisrechts, insbesondere ist eine Sachmängelhaftung regelmäßig ausgeschlossen (vgl. Palandt/Weidlich, BGB, 78. Aufl. 2019, § 2182 Rn. 1; MüKoBGB/Rudy, 7. Aufl. 2017, § 2182 Rn. 1). Gegenstand eines Vermächtnisses kann aber auch das Recht sein, vom Erben den Abschluss eines Kaufvertrages über ein Nachlassgrundstück zu verlangen oder ein Ankaufsrecht am betreffenden Grundstück (sog. Kaufrechtsvermächtnis,

vgl. BGH DNotZ 2001, 805; MüKoBGB/Rudy, 7. Aufl. 2017, Vorb. § 2147 Rn. 3).

Steuerrechtlich kann das grundstücksbezogene Vermächtnis in zweierlei Hinsicht relevant werden. Einerseits unterliegt der Anfall des Vermächtnisses der Erbschaftsteuer (§§ 3 Abs. 1 Nr. 1, 9 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG). Außerdem ist jedenfalls die Auflassung im Vermächtniserfüllungsvertrag grunderwerbsteuerbar (§ 1 Abs. 1 Nr. 2 GrEStG). Zur Vermeidung einer Doppelbesteuerung (vgl. BVerfG NJW 1984, 2514 [2515]) bestimmt § 3 Nr. 2 GrEStG, dass der Grundstückserwerb von Todes wegen isd Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetzes von der Grunderwerbsteuer befreit ist. Diese Befreiungsvorschrift hat der BFH in der Vergangenheit auch dann als anwendbar angesehen, wenn jemandem ein Erwerbsrecht gegen Zahlung eines festgelegten Ausgleichsbetrages an die Erben vermacht wurde. In der gleichen Entscheidung wurde offen gelassen, ob dies anders sein kann, wenn das Vermächtnis keinen Zuwendungscharakter, sondern nur instrumentale Bedeutung hat (BFH BeckRS 1993, 22010777). Damit sind Fälle gemeint, in denen dem Vermächtnisnehmer das Recht eingeräumt wird, das Grundstück zum Verkehrswert zu erwerben (vgl. BFH RNotZ 2009, 123). In der Literatur wird insoweit die Anwendbarkeit des § 3 Nr. 2 GrEStG verneint, weil das Vermächtnis mangels Bereicherung des Bedachten erbschaftsteuerlich nicht relevant ist (Boruttau/Meßbacher-Hönsch, GrEStG, 19. Aufl. 2019, § 3 Rn. 165; Hofmann/Hofmann, GrEStG, 10. Aufl. 2014, § 3 Rn. 12; Pahlke, GrEStG, 5. Aufl. 2014, § 3 Rn. 80; Lippross/Seibel/Zöllner, Basiskommentar Steuerrecht, Stand 06/2013, § 3 GrEStG Rn. 8).

Der BFH möchte nunmehr die Anwendbarkeit der Befreiungsvorschrift nach dem Inhalt des Vermächtnisses beurteilt wissen. § 3 Abs. 2 S. 1 GrEStG ist demnach nur beim Grundstücksvermächtnis, nicht jedoch beim Kaufrechtsvermächtnis einschlägig. Maßgebliches Indiz für das Vorliegen eines Grundstücksvermächtnisses soll die Festlegung eines bestimmten Kaufpreises sein. Für ein Kaufrechtsvermächtnis sollen dagegen das Fehlen eines bestimmten oder die Festlegung eines bloß bestimmbaren Kaufpreises sprechen.

Soll der Anfall von Grunderwerbsteuer durch die spätere Vermächtniserfüllung vermieden werden, so ist darauf zu achten, dass das wirtschaftliche Ziel des Erblassers anders als durch ein Kaufrechtsvermächtnis erreicht wird. Hierzu wird bspw. vorgeschlagen, den Vermächtnisnehmer zum Erben zu berufen und die Zuweisung des Grundstücks durch Teilungsanordnung (grunderwerbsteuerbefreit nach § 3 Nr. 3 S. 1 GrEStG) sicherzustellen oder als Vermächtnisgegenstand ausdrücklich das Grundstück selbst zu bezeichnen. Im letzten Fall ist allerdings zu berücksichtigen, dass der BFH nach der hier mitgeteilten Entscheidung eine Verpflichtung des Vermächtnisnehmers zur Zahlung des Verkehrswertes als Indiz für ein Kaufrechtsvermächtnis betrachtet (vgl. zum Ganzen *Litzenburger ZEV* 2019, 499 f.).

Die Schriftleitung (TH)

Zum Sachverhalt:

I.

[1] Die Schwester (S) des Klägers und Revisionsklägers (Kläger) erwarb als Alleinerbin nach dem Tod des Vaters

(V) u. a. eine Eigentumswohnung und wurde als Eigentümerin im Grundbuch eingetragen. Zugunsten des Klägers hatte V u. a. folgendes Vermächtnis angeordnet: „Ich vermache meinem Sohn ein Ankaufsrecht an meiner Eigentumswohnung im Haus M. Der Ankaufspreis entspricht dem Verkehrswert der Eigentumswohnung zum Zeitpunkt der Ausübung des Ankaufsrechts.“ Mit notariell beurkundetem Vertrag vom 24. Januar 2013 (Kaufvertrag) erwarb der Kläger die Eigentumswohnung zu dem seinerzeit aktuellen Verkehrswert in Höhe von 45.000 €.

[2] Der Beklagte und Revisionsbeklagte (das Finanzamt – FA –) setzte für den Kaufvertrag gegen den Kläger mit Bescheid vom 4. Dezember 2013 Grunderwerbsteuer in Höhe von 2.250 € fest.

[3] Einspruch und Klage blieben erfolglos. Zur Begründung führte das Finanzgericht (FG) aus, der Grundstückserwerb sei nicht von der Grunderwerbsteuer befreit. Zwar sei der Erwerb durch Kaufrechtsvermächtnis nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 des Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetzes (ErbStG) i. V. m. § 3 Nr. 2 Satz 1 des Grunderwerbsteuergesetzes (GrEStG) grundsätzlich grunderwerbsteuerbefreit. Anders verhalte es sich allerdings, wenn dem Bedachten nur das Recht eingeräumt sei, das Grundstück zum Verkehrswert zu kaufen. Dann habe das Vermächtnis keinen Zuwendungscharakter, sondern nur instrumentale Bedeutung. Erbschaftsteuerrechtlich sei ein solcher Fall mangels Bereicherung des Bedachten nicht relevant. Eine Befreiung des Erwerbsvorgangs von der Grunderwerbsteuer nach § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG scheidet aus. Denn Ziel der Vorschrift sei die Vermeidung der Doppelbesteuerung desselben Lebenssachverhalts mit Erbschaftsteuer und mit Grunderwerbsteuer. Das Urteil ist in Entscheidungen der Finanzgerichte (EFG) 2016, 831 veröffentlicht.

[4] Mit seiner Revision rügt der Kläger eine Verletzung des § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG. Ob der Erwerb von Todes wegen Erbschaftsteuer auslöse, sei für die grunderwerbsteuerrechtliche Betrachtung ohne Belang.

[5] Der Kläger beantragt, die Vorentscheidung, den Grunderwerbsteuerbescheid vom 4. Dezember 2013 und die Einspruchsentscheidung vom 10. Februar 2014 aufzuheben.

[6] Das FA beantragt, die Revision als unbegründet zurückzuweisen.

Aus den Gründen:

II.

[7] Die Revision ist unbegründet und wird nach § 126 Abs. 4 der Finanzgerichtsordnung (FGO) zurückgewiesen. Der Erwerb des Grundstücks durch den Kläger von S aufgrund des ihm von V vermachten Ankaufsrechts ist nicht nach § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG von der Grunderwerbsteuer befreit. Eine Steuerbefreiung ist ebenso wenig nach § 3 Nr. 3 Satz 1 GrEStG oder § 3 Nr. 6 Satz 1 GrEStG gegeben.

[8] 1. Erwirbt der Bedachte durch Vermächtnis das Recht, von dem Beschwerten den Abschluss eines Kaufvertrags zum Erwerb eines Grundstücks zu fordern, unterliegt der Kaufvertrag nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG der Grunderwerbsteuer.

[9] a) Nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG unterliegt der Grunderwerbsteuer ein Kaufvertrag oder ein anderes Rechtsgeschäft, das den Anspruch auf Übereignung begründet.

[10] b) Wird durch Vermächtnis ein „Kaufrecht“ erworben, kann grunderwerbsteuerpflichtiger Erwerbsvorgang

zum einen nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG der Kaufvertrag sein, durch den der vermachte Anspruch erfüllt wird. Zum anderen kann der Steuertatbestand durch die Auflassung nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 GrEStG erfüllt werden, wenn das Vermächtnis dem Bedachten direkt einen Anspruch auf Übereignung des Grundstücks einräumt.

Wird jemandem durch Vermächtnis ein Anspruch auf Abschluss eines Grundstückskaufvertrages eingeräumt (Kaufrechtsvermächtnis), unterliegt der Kaufvertrag nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG der Grunderwerbsteuer

[11] aa) Wird durch Vermächtnis dem Bedachten ein Anspruch auf Abschluss eines Kaufvertrags über ein zum Nachlass gehörendes Grundstück eingeräumt (Kaufrechtsvermächtnis), ist der der Grunderwerbsteuer unterliegende Rechtsvorgang der Kaufvertrag, mit dem dieser Anspruch erfüllt wird. Vermachter Gegenstand nach § 2174 des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) ist in einem solchen Fall der schuldrechtliche Anspruch, den Abschluss eines Kaufvertrags über das Grundstück zu fordern (vgl. – hiervon abgrenzend – Urteil des Bundesgerichtshofs – BGH – vom 30. September 1959 V ZR 66/58, Neue Juristische Wochenschrift – NJW – 1959, 2252, BGHZ 31, 13, unter D.I.1.b). Erst durch den Abschluss des Kaufvertrags wird der Anspruch auf Übereignung des Grundstücks begründet. Dieser unterliegt dem Grunde nach der Grunderwerbsteuer nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG.

Ist das Grundstück selbst Gegenstand des Vermächtnisses, führt erst die Auflassung nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 GrEStG zur grundsätzlichen Entstehung der Grunderwerbsteuer

[12] bb) Anders verhält es sich, wenn der Bedachte durch Vermächtnis das Recht erhält, unmittelbar die Übertragung eines bestimmten Grundstücks – ggf. gegen Zahlung eines Kaufpreises – aus dem Nachlass zu fordern. In diesem Fall begründet das Vermächtnis selbst einen Übereignungsanspruch. Ist dieses Recht an eine spätere Ausübungserklärung des Bedachten geknüpft, besteht es in einem aufschiebend bedingten Auflassungsanspruch (vgl. BGH-Urteile vom 27. Juni 2001 IV ZR 120/00, BGHZ 148, 187, unter 5., und in NJW 1959, 2252, BGHZ 31, 13, unter D.I.1.b). Rechtsgrund des Übereignungsanspruchs ist in einem solchen Fall das Vermächtnis und nicht etwaige spätere Erklärungen (selbst wenn sie äußerlich in die Form eines Kaufvertrags gekleidet sind). Lediglich die Zahlungspflicht des Vermächtnisnehmers hat ihren Rechtsgrund in der kaufvertraglichen Verpflichtungserklärung, den Kaufpreis zu zahlen (vgl. BGH-Urteil in NJW 1959, 2252, BGHZ 31, 13, unter D.I.1.b; Urteil des Bundesfinanzhofs – BFH – vom 13. August 2008 II R 7/07, BFHE 222, 71, BStBl II 2008, 982, unter II. A.2.). Erfüllt wird der vermachte Anspruch auf Übertragung des Grundstücks durch Auflassung (§ 873 BGB i. V. m. § 925 BGB). Erst durch die Auflassung wird – wie bei einem Grundstücksvermächtnis – der dem Grunde nach der Grunderwerbsteuer unterliegende Rechtsvorgang (§ 1 Abs. 1 Nr. 2 GrEStG) verwirklicht (vgl. BFH-Urteil vom 21. Juli 1993 II R 118/90, BFHE 172, 118, BStBl II 1993, 765, unter II.2.).

Der Gegenstand des Vermächtnisses ist durch Auslegung zu ermitteln

[13] cc) Ob ein vermachtes Kaufrecht an einem Grundstück in einem Recht auf Abschluss eines Kaufvertrags oder in einem ggf. aufschiebend bedingten Auflassungsanspruch besteht, ist durch Auslegung des Vermächtnisses (§§ 133, 157 BGB) zu ermitteln.

[14] Soweit die frühere BFH-Rechtsprechung (Urteile in BFHE 222, 71, BStBl II 2008, 982, unter II. A.3., und vom 8. Oktober 2008 II R 15/07, BFHE 222, 93, BStBl II 2009, 245, unter II.1.a) dahingehend verstanden werden kann, dass ein derartiges Vermächtnis – ohne Auslegung seines Inhalts – dem Bedachten stets unmittelbar einen Anspruch auf Übertragung des Grundstücks nach den unter II.1.a) bb) angeführten Grundsätzen verschafft, hält der BFH hieran nicht mehr fest. Denn nach der Rechtsprechung des BGH ist bei einem Vermächtnis stets durch Auslegung zu ermitteln, was der vermachte Gegenstand ist. Die Auslegung obliegt grundsätzlich dem Tatsachengericht (vgl. BGH-Urteile in BGHZ 148, 187, unter 2., und in NJW 1959, 2252, BGHZ 31, 13, unter D. I.1.a).

Für ein Grundstücksvermächtnis spricht ein im Vermächtnis festgelegter Kaufpreis; für ein Kaufrechtsvermächtnis spricht dagegen, wenn im Vermächtnis kein fester oder nur ein bestimmbarer Kaufpreis angeführt wird

[15] Für ein vermachtes Recht – lediglich – auf Abschluss eines Kaufvertrags über das Grundstück kann sprechen, wenn in dem Vermächtnis noch kein fester Kaufpreis angeführt wird oder ein solcher nur bestimmbar ist. In einem solchen Fall müssen sich Beschwerter und Bedachter in einem weiteren Schritt erst noch über den Kaufpreis einigen, der dann als Gegenleistung im Kaufvertrag aufgeführt wird. Ebenso kann ein zeitlicher Rahmen für die Ausübung des Kaufrechts auf ein Kaufrechtsvermächtnis hindeuten, da er die Möglichkeit offen lässt, dass der Vermächtnisnehmer den Anspruch nicht ausübt. In einem solchen Falle käme es nicht mehr zu einem grunderwerbsteuerbaren Erwerbsvorgang.

[16] Ein Indiz für einen vermachten Anspruch auf Übertragung des Grundstücks hingegen kann ein bereits in dem Vermächtnis bestimmter Kaufpreis sein. In diesem Fall kann der Bedachte von dem Beschwertern direkt die Übereignung des Grundstücks gegen Bezahlung des Kaufpreises verlangen.

Nur der Grundstückserwerb bei einem Grundstücksvermächtnis ist nach § 3 Nr. 2 S. 1 GrEStG von der Steuer befreit, nicht aber der auf Grund eines Kaufrechtsvermächtnisses abgeschlossene Kaufvertrag

[17] 2. Der Kaufvertrag zum Erwerb eines Grundstücks, durch den der vermachte Anspruch auf dessen Abschluss erfüllt wird, ist nicht nach § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG von der Grunderwerbsteuer befreit.

[18] a) Nach § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG ist grunderwerbsteuerfrei der Grundstückserwerb (u. a.) von Todes wegen i. S. des ErbStG. Als Erwerb von Todes wegen i. S. des ErbStG gilt nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG auch der Erwerb durch Vermächtnis.

[19] b) Im Fall des Kaufrechtsvermächtnisses (vgl. unter II.1.a aa) ist Rechtsgrund der Übereignung – anders als in den unter II.1.a) bb) genannten Fällen – der Kaufvertrag (vgl. oben unter I.1.a aa; vgl. BFH-Urteil in BFHE 222, 93, BStBl II 2009, 245, unter II.1.b zu einem dinglichen Vorkaufsrecht). Der Erwerb von Todes wegen durch Vermächtnis erfüllt in diesem Fall noch keinen Erwerbsvorgang i. S. des § 1 GrEStG. Der Abschluss des Kaufvertrags hingegen, der den der Grunderwerbsteuer zugrundeliegenden Rechtsvorgang nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG bildet, stellt keinen Erwerb von Todes wegen i. S. des § 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG dar, sondern einen Erwerb unter Lebenden.

Als solcher ist er nicht nach § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG von der Grunderwerbsteuer befreit.

[20] c) Soweit der BFH in seinem Urteil in BFHE 172, 118, BStBl II 1993, 765 (unter II.2.) sinngemäß ausgeführt hat, jeglicher Erwerb aufgrund eines so bezeichneten Kaufrechtsvermögens sei nach § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG von der Grunderwerbsteuer befreit, hält er hieran nicht mehr fest.

[21] Eine Befreiung von der Grunderwerbsteuer nach § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG kommt nur dann in Betracht, wenn das Vermächtnis dem Bedachten einen unmittelbaren Anspruch auf Übereignung des Grundstücks einräumt. In einem solchen Fall ist Rechtsgrund des Übereignungsanspruchs das Vermächtnis (vgl. oben unter II.1.a bb). Der verwirklichte Grundstückserwerb erfolgt aufgrund des Vermächtnisses und damit von Todes wegen.

Nur im Hinblick auf das Grundstücksvermächtnis verlangt der Zweck des § 3 Nr. 2 S. 1 GrEStG (Vermeidung der Doppelbelastung mit Grunderwerb- und Erbschaftsteuer) die Steuerfreiheit

[22] Nur in einem solchen Fall ist es mit dem Ziel und Zweck von § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG – der Vermeidung der Doppelbelastung eines Lebenssachverhalts mit Erbschaft- und Schenkungsteuer sowie Grunderwerbsteuer (ständige Rechtsprechung, z. B. Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 15. Mai 1984 – 1 BvR 464/81, 1 BvR 427/82, 1 BvR 440/82, 1 BvR 605/81, BVerfGE 67, 70, BStBl II 1984, 608; BFH-Urteile vom 23. Mai 2012 II R 21/10, BFHE 237, 466, BStBl II 2012, 793, Rz 28, und vom 22. Februar 2017 II R 52/14, BFHE 257, 363, BStBl II 2017, 653, Rz 15) – vereinbar, den Erwerbsvorgang von der Grunderwerbsteuer zu befreien, da der Erwerb durch Vermächtnis bereits nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG grundsätzlich der Erbschaftsteuer unterliegt. Die Steuerbefreiung nach § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG hängt allein von dem Rechtsgrund des Erwerbs und nicht von der Höhe des gezahlten Kaufpreises ab.

[23] 3. Nach diesen Grundsätzen war im Streitfall der Erwerb des Grundstücks durch den Kläger ein steuerbarer Erwerbsvorgang nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG. Der Vorgang war weder nach § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG, § 3 Nr. 3 Satz 1 GrEStG noch nach § 3 Nr. 6 Satz 1 GrEStG von der Grunderwerbsteuer befreit.

Das Vermächtnis ist als Kaufrechtsvermächtnis auszulegen

[24] a) Der Abschluss des Kaufvertrags durch den Kläger war – wie durch das FA zu Recht angenommen – ein steuerbarer Erwerbsvorgang nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG. Das dem Kläger von V vermachte Ankaufsrecht an der Eigentumswohnung zum Verkehrswert ist dahingehend auszulegen, dass dem Kläger ein Anspruch auf Abschluss des Kaufvertrags über das Grundstück zu dem noch zu ermittelnden Verkehrswert vermacht wurde. Der BFH kann die erforderliche Auslegung des Vermächtnisses aufgrund der vom FG festgestellten Tatsachen selbst vornehmen. Das FG hat alle dafür maßgeblichen Umstände festgestellt, aber – auf der Grundlage der bisherigen Rechtsprechung des BFH – mit dem Kaufrechtsvermächtnis einen unmittelbaren Sachleistungsanspruch verknüpft.

[25] aa) Die Auslegung von Verträgen und Willenserklärungen gehört zum Bereich der tatsächlichen Feststellungen und bindet den BFH gemäß § 118 Abs. 2 FGO, wenn sie den Grundsätzen der §§ 133, 157 BGB entspricht und nicht

gegen Denkgesetze und Erfahrungssätze verstößt, d. h. jedenfalls möglich ist. Das Revisionsgericht prüft, ob das FG die gesetzlichen Auslegungsregeln sowie die Denkgesetze und Erfahrungssätze beachtet und die für die Vertragsauslegung bedeutsamen Begleitumstände erforscht und rechtlich zutreffend gewürdigt hat (BFH-Urteil vom 17. Mai 2017 II R 35/15, BFHE 258, 95, BStBl II 2017, 966, Rz. 26 f.).

[26] Das Revisionsgericht kann eine notwendige Auslegung, die das FG unterlassen hat, selbst vornehmen, wenn weitere tatsächliche Feststellungen nicht in Betracht kommen (BFH-Urteil vom 14. Januar 2004 X R 37/02, BFHE 205, 96, BStBl II 2004, 493, unter II.4.).

Für diese Auslegung spricht insbesondere die fehlende Bezifferung des Kaufpreises

[27] bb) Im Streitfall hat das FG den Inhalt des Vermächtnisses festgestellt. Das Vermächtnis spricht als Erwerbsgegenstand von einem Ankaufsrecht an einer bestimmten Eigentumswohnung aus dem Nachlass zum – bei Ausübung des Ankaufsrechts aktuellen – Verkehrswert. Der Begriff des Ankaufsrechts ist nicht eindeutig und daher auslegungsbedürftig; darunter kann einerseits das Recht auf Abschluss eines Kaufvertrags über ein Grundstück oder andererseits das Recht auf Übereignung des Grundstücks verstanden werden. Im Streitfall ist das Vermächtnis dahingehend auszulegen, dass der Kläger einen Anspruch auf Abschluss eines Kaufvertrags erwarb. Dafür spricht insbesondere, dass V im Vermächtnis den Kaufpreis für das Grundstück noch nicht bezifferte, sondern den Verkehrswert zum Zeitpunkt der Ausübung des Ankaufsrechts als Maßstab festlegte. Nach dem Willen des V war notwendig, zunächst den Verkehrswert des Grundstücks zu ermitteln und dann einen Kaufvertrag abzuschließen, in dem die Einzelheiten des Kaufs geregelt wurden. Die verschiedenen notwendigen Schritte zum Erwerb des Grundstücks sprechen dafür, dass der Kläger durch das Vermächtnis nicht ein bestimmtes Grundstück zu einem bestimmten, im Vermächtnis vorgegebenen Kaufpreis erwerben sollte, sondern das Recht auf Abschluss des Kaufvertrags.

[28] cc) Durch den Abschluss des Kaufvertrags wurde – wie durch das FA zutreffend angenommen – der der Grunderwerbsteuer unterliegende Rechtsvorgang nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG verwirklicht.

[29] b) Der Grundstückserwerb war nicht nach § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG von der Grunderwerbsteuer befreit. Rechtsgrund für den Übereignungsanspruch war nicht das Vermächtnis und damit kein Erwerb von Todes wegen. Eine Steuerbefreiung nach § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG wäre auch nach dem Sinn und Zweck der Vorschrift nicht gerechtfertigt.

Nach der Rechtsprechung des BFH ist ein Kaufvertrag, der aufgrund eines vermächtnisweise zugewendeten Vorkaufsrechts geschlossen wird, nicht von der Grunderwerbsteuer befreit

[30] aa) Zu dem Grundstückserwerb aufgrund eines dinglichen Vorkaufsrechts hat der BFH – seinerseits noch in Abgrenzung zu dem als Sachvermächtnis verstandenen Kaufrechtsvermächtnis – ausgeführt, eine Steuerbefreiung gemäß § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG entspräche nicht dem Sinn und Zweck der Vorschrift. Der in dem Grundstück verkörperte Wert sei durch den Erbfall den Erben zugeflossen; die Erwerberin habe es wie ein Dritter zu einem unter Fremden ausgehandelten Kaufpreis kaufen müssen. Die einzige Besonderheit habe darin bestanden, dass sie den Zeitpunkt

des Kaufs nicht beeinflussen und über das Ob eines Verkaufs sowie den Inhalt des Kaufvertrags nicht mitbestimmen habe können (vgl. BFH-Urteil in BFHE 222, 93, BStBl II 2009, 245, unter II.1.d).

Dies gilt erst recht für das Kaufrechtsvermächtnis

[31] bb) Das gilt erst recht, wenn – wie im Streitfall – der Kläger durch Vermächtnis das Recht erworben hat, ein bestimmtes Grundstück zum – bei Abschluss des Kaufvertrags aktuellen – Verkehrswert zu erwerben. Auch in diesem Fall fiel der Wert des Grundstücks mit dem Tod des V zunächst der S zu. Bei einem Kaufrechtsvermächtnis steht nicht fest, ob es überhaupt zum Grundstückserwerb kommt. Auch die Bedingungen des Grundstückskaufs sind nicht abschließend durch das Vermächtnis geklärt. Vielmehr musste der zum Zeitpunkt des Kaufs aktuelle Verkehrswert erst ermittelt und der Höhe nach im abgeschlossenen Kaufvertrag vereinbart werden.

Eine Nachlassteilung iSd § 3 Nr. 3 S. 1 GrEStG setzt die hier nicht gegebene Miterbenstellung des Erwerbers voraus

[32] c) Eine Steuerbefreiung des Grundstückserwerbs aufgrund Vermächtnis nach § 3 Nr. 3 Satz 1 GrEStG scheidet ebenfalls aus.

[33] aa) Von der Besteuerung ausgenommen ist gemäß § 3 Nr. 3 Satz 1 GrEStG der Erwerb eines zum Nachlass gehörigen Grundstücks durch Miterben zur Teilung des Nachlasses. Ein Vermögensgegenstand gehört, wenn der Erblasser mehrere Erben hinterlässt, zum Nachlass, wenn er den Erben in dieser Eigenschaft in gesamthänderischer Verbundenheit (vgl. § 2032 Abs. 1 BGB) zusteht (BFH-Urteil vom 25. November 2015 II R 35/14, BFHE 251, 498, BStBl II 2016, 234, Rz. 18). Die Begrenzung der Steuerbefreiung auf die Miterben, denen Gesamthandsberechtigungen an dem ererbten Gegenstand zustehen, entspricht dem Zweck der Befreiungsvorschrift (vgl. Meßbacher-Hönsch in Boruttau, Grunderwerbsteuergesetz, 19. Aufl., § 3 Rz. 301).

[34] bb) Im Streitfall findet § 3 Nr. 3 Satz 1 GrEStG keine Anwendung. Der Kläger und S wurden nicht Miterben, sondern S war Alleinerbin und der Kläger Vermächtnisnehmer. Der Kläger hatte keine Gesamthandsberechtigung an dem Grundstück. Dieses stand vor dem Kauf S allein zu.

Eine Grunderwerbsteuerfreiheit wegen Verwandtschaft in gerader Linie liegt ebenfalls nicht vor, insbesondere keine abgekürzte Übertragung seitens des Erblassers

[35] d) Der vorliegende Grundstückserwerb ist schließlich nicht nach § 3 Nr. 6 Satz 1 GrEStG von der Grunderwerbsteuer befreit.

[36] aa) Nach § 3 Nr. 6 Satz 1 GrEStG sind von der Besteuerung u. a. ausgenommen der Erwerb eines Grundstücks durch Personen, die mit dem Veräußerer in gerader Linie verwandt sind. Nach § 1589 Satz 1 BGB sind Personen, die eine von der anderen abstammen, in gerader Linie miteinander verwandt. Befreit ist daher u. a. der Grundstückserwerb durch Kinder. Für die personenbezogene Steuerbefreiung ist das Verhältnis zwischen dem Grundstücksveräußerer und dem Grundstückserwerber maßgebend (vgl. Meßbacher-Hönsch in Boruttau, a. a. O., § 3 Rz. 21; Pahlke, Grunderwerbsteuergesetz, Kommentar, 6. Aufl., § 3 Rz. 21).

[37] bb) Im Streitfall wurde der Vertrag zwischen S und dem Kläger abgeschlossen. S und der Kläger sind aber nicht

Verwandte in gerader Linie, sondern als Geschwister in der Seitenlinie verwandt (§ 1589 Satz 2 BGB).

[38] Die Steuerbefreiung für den Kauf der Eigentumswohnung unter den Geschwistern ergibt sich auch nicht aufgrund einer Zusammenschau grunderwerbsteuerrechtlicher Befreiungsvorschriften nach § 3 Nr. 6 Satz 1 GrEStG. Der Grundstückserwerb des Klägers beruht nicht auf einem abgekürzten Übertragungsweg i. S. des BFH-Urteils vom 7. November 2018 II R 38/15 (BFH/NV 2019, 490). Die Eigentumswohnung erhielt S als Alleinerbin des V. Dem Kläger wurde durch das Kaufrechtsvermächtnis lediglich die Möglichkeit eröffnet, die zum Nachlass gehörende Wohnung zu kaufen. Der zwischen den Geschwistern abgeschlossene Kaufvertrag kann wegen des Ablebens des V nicht in der Weise verstanden werden, dass dadurch zwei Zwischenerwerbe – Übertragung der Wohnung durch S auf den V und anschließend Übertragung der Wohnung vom V auf den Kläger – abgekürzt wurden.

[39] 4. Die Kostenentscheidung beruht auf § 135 Abs. 2 FGO. ■

9. Berufsrecht – Zum berechtigten Sicherungsinteresse bei einer Verwahrung

(KG, Urteil vom 14.5.2019 – Not 6/18, mitgeteilt durch RiOLG Ronny Müller)

BNotO §§ 92, 95, 96 Abs. 1 S. 1, 97, 98, 111 c Abs. 1 S. 1 Nr. 1

BeurkG §§ 17, 57

BeurkG a. F. § 54a

BDG §§ 13, 60

BGB §§ 307 Abs. 1, 307 Abs. 2 Nr. 1, 632 a Abs. 1 S. 1

Der Notar hat in eigener Verantwortung zu prüfen, ob für die Entgegennahme von Geld zur Verwahrung ein berechtigtes Sicherungsinteresse besteht. Der ihm dabei zustehende, von den Aufsichtsbehörden nur eingeschränkt nachprüfbarer Beurteilungsspielraum steht der Verhängung von Disziplinarmaßnahmen im Einzelfall nicht entgegen, auch wenn dem Notar keine regel- oder standardmäßige Verwendung von Notaranderkonten vorzuwerfen ist.

Zur Einordnung

Gegenstand dieses Urteils ist die Überprüfung von Disziplinarmaßnahmen, die gegen einen Notar aufgrund mehrerer Verstöße gegen die gesetzlichen Vorschriften zu Verwahrungsgeschäften verhängt wurden. Ihm wurde insbesondere vorgeworfen, Gelder zur Verwahrung ohne berechtigtes Sicherungsinteresse entgegengenommen zu haben.

Ein Notar darf gem. § 57 Abs. 2 S. 1 BeurkG (vormals § 54a Abs. 2 S. 1 BeurkG aF) Geld zur Verwahrung nur entgegennehmen, wenn hierfür ein berechtigtes Sicherungsinteresse der am Verwahrungsgeschäft beteiligten Personen besteht, ihm ein Antrag auf Verwahrung verbunden mit einer Verwahrungsanweisung vorliegt und er den Verwahrungsantrag und die Verwahrungsanweisung angenommen hat. Um der bis zur Einführung dieser Regelung ins BeurkG standardmäßigen Abwicklung von Grundstückskaufverträgen über Notaranderkonto entgegenzuwirken, verlangen die gesetzlichen Vorschriften für die Verwahrung von Geld auf einem Notaranderkonto insbesondere ein berechtigtes Sicherungsinteresse der

Beteiligten an der Verwahrung, das nach hL und obergerichtlicher Rechtsprechung nach objektiven Kriterien zu bestimmen ist (BT-Drs. 13/4184, 37 f.; Winkler, *BeurkG*, 19. Aufl. 2019, § 57 Rn. 10; Eylmann/Vaasen/*Hertel*, *BeurkG*, 4. Aufl. 2016, § 54 a Rn. 6; Grziwotz/Heinemann/*Grziwotz*, *BeurkG*, 3. Aufl. 2018, § 57 Rn. 5; OLG Celle BeckRS 2011, 04505; OLG Köln RNotZ 2008, 504 [505]; KG MittBayNot 2005, 430 f.; OLG Bremen MittBayNot 2005, 428 [429]; OLG Frankfurt a. M. DNotZ 2004, 203 [205]). Es steht damit nicht zur Disposition der Beteiligten, so dass der bloße Wunsch der Beteiligten, einen Kaufvertrag über Notaranderkonto abzuwickeln, nach hL nicht ausreichend ist (Eylmann/Vaasen/*Hertel*, *BeurkG*, 4. Aufl. 2016, § 54 a Rn. 6; Winkler, *BeurkG*, 19. Aufl. 2019, § 57 Rn. 10; BeckNotarHB/*Tönnies* A. I. Rn. 759; aA *Weingärtner* DNotZ 1999, 393 [395]).

Der Notar hat vor jeder Verwahrung eigenverantwortlich zu prüfen, ob ein berechtigtes Sicherungsinteresse vorliegt (Leitlinien der Notarkammer Hamm, ZNotP 2002, 137). Ein berechtigtes Sicherungsinteresse liegt vor, wenn das Geschäft nicht ebenso gut auf anderem Wege als durch die Verwahrung abgesichert werden kann (KG MittBayNot 2005, 430 [431]). Es handelt sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff (OLG Schleswig BeckRS 2014, 22795; BeckNotarHB/*Tönnies* A. I. Rn. 755), dessen nähere Ausgestaltung der Gesetzgeber der Rechtsprechung überlassen hat (OLG Celle BeckRS 2011, 04505). Bei seiner Prüfung kommt dem Notar dabei ein Beurteilungsspielraum zu, der im Disziplinarverfahren nur eingeschränkt überprüfbar ist (ausführlich hierzu *Zimmermann* DNotZ 2000, 164 [167]).

Diese Grundsätze greift das KG in seiner Entscheidung auf und weist darauf hin, dass sich die Überprüfung nicht darauf beschränkt, ob der Notar die Abwicklung von Grundstückskaufverträgen über Notaranderkonto standardmäßig vorsieht. Es kommt zu dem Ergebnis, dass in den geahndeten Fällen ein berechtigtes Sicherungsinteresse zur Absicherung ungesicherter Vorleistungen zwar vorlag, dem Notar in anderen Fällen aber zurecht zur Last gelegt worden war, dass er Gelder ohne Vorliegen einer Verwahrungsanweisung entgegengenommen und die Verwahrungsanweisung nicht wortgetreu befolgt hatte.

Für die notarielle Praxis zeigt diese Entscheidung verschiedene Amtspflichten bei notariellen Verwahrungsgeschäften und deren Überprüfbarkeit in Disziplinarverfahren auf. Eine höchstrichterliche Entscheidung könnte hierzu nun ergehen: Das KG hat die Berufung zugelassen, da es der Frage des Umfangs der dienstaufsichtsrechtlichen Nachprüfung bei der Einrichtung von Notaranderkonten grundsätzliche Bedeutung beimisst. Die Berufung wurde eingelegt und wird beim BGH unter dem Az. NotSt (Brfg) 2/19 geführt.

Die Schriftleitung (IK)

Zum Sachverhalt:

[1] Der am ... geborene Kläger wurde 1986 als Rechtsanwalt zugelassen und am ... 1996 zum Notar für den Bezirk des Kammergerichts bestellt. Sein Notariat ist überwiegend liegenschafts- und gesellschaftsrechtlich ausgerichtet. Der Geschäftsanfall lag in den Jahren 2012 bis 2016 jeweils bei mehr als 1.000 in die Urkundenrolle einzutragender Geschäfte, wobei Unterschriftsbeglaubigungen ohne Entwurf

nur einen geringen Teil ausmachten und die Zahl von Verwahrungsgeschäften rückläufig war.

[2] Der Kläger ist bislang disziplinarrechtlich einmal in Erscheinung getreten: Eine im August 2012 bei dem Kläger durchgeführte Revision gab Anlass, ihm mit Disziplinarverfügung vom 20. Dezember 2013 einen Verweis zu erteilen und zugleich gegen ihn eine Geldbuße von 8.500,00 EUR zu verhängen. Dem Kläger wurden Verstöße gegen Verwahrungsanweisungen bei ihm hinterlegender Banken bzw. Sparkassen vorgeworfen.

[3] Im Anschluss an eine am 25. und 26. Januar 2017 bei dem Kläger durchgeführte Revision leitete die Präsidentin des Landgerichts am 14. August 2017 ein weiteres Disziplinarverfahren gegen den Kläger ein. Die Revision hatte ergeben, dass der Kläger bei drei Verwahrungsgeschäften – Massen 65/15, 13/16 und 66/15 – die ihm von den Beteiligten erteilten Weisungen nicht wortgetreu befolgt hatte. Außerdem hatte der Kläger in fünf Fällen – Massen 9/16, 10/16, 11/16, 20/16 und 66/15 – Gelder der Beteiligten zur Verwahrung entgegen genommen, obwohl ihm Verwahrungsanweisungen erst in den zeitlich nachfolgenden Beurkundungen erteilt worden waren.

[4] Zu seiner UR-Nr. [52]/16 hatte der Kläger am 11. Januar 2016 einen Grundstückskaufvertrag mit Auflassung über ein in Berlin belegenes und mit einem Mehrfamilienwohnhaus bebauten Grundstück beurkundet. Von dem vereinbarten Kaufpreis in Höhe von 2.150.000,00 EUR hatte der Käufer einen ersten „Kaufpreisteilbetrag in Höhe von 300.000,00 € (...) binnen 3 Werktagen auf dem neu einzurichtenden Notaranderkonto (...) zu treuen Händen des Notars zu hinterlegen.“ Die Beteiligten wiesen den Notar an, den hinterlegten Betrag zum Zeitpunkt der Fälligkeit des Restkaufpreises an die Verkäuferin zu zahlen. Weiter heißt es unter § 2 IV. der Urkunde u. a.:

„Sofern der Verkäufer von dem Vertrag zurücktritt, weil der Käufer den Restkaufpreis auch nach Ablauf einer vom Verkäufer gesetzten Nachfrist von mindestens 5 Wochen nicht gezahlt hat, hat der Verkäufer Anspruch auf einen pauschalen – und abschließenden – Schadensersatz in Höhe von 300.000,00 €. Der Notar wird von den Vertragsparteien – einseitig nicht widerruflich – angewiesen, in diesem Fall die bei ihm hinterlegte 1. Kaufpreisteilrate in Höhe von 300.000,00 € an den Verkäufer auszukehren.“

[5] Am 21. April 2016 hatte der Kläger zu seiner UR-Nr. [393]/2016 einen Vertrag über die Veräußerung einer in Abt. III des Grundbuchs unbelasteten Eigentumswohnung nebst zweier ebenfalls in Abt. III der jeweiligen Grundbücher lastenfreier Stellplätze und einer Einbauküche zum Kaufpreis von insgesamt 780.000,00 EUR beurkundet. Die Beteiligten vereinbarten, einen ersten Kaufpreisteilbetrag „in Höhe von 50.000,00 EUR (...) binnen 14 Tagen ab Beurkundung auf dem neu einzurichtenden Notaranderkonto (...) zu treuen Händen des Notars zu hinterlegen.“ Die „Kosten des Notaranderkontos“ übernahm die Verkäuferin. Der Kläger wurde angewiesen, den bei ihm hinterlegten Betrag unter näher bestimmten Voraussetzungen innerhalb von drei Bankarbeitstagen an den Verkäufer zu zahlen. Unter § 2 III. vereinbarten die Parteien:

„Zahlt der Käufer einen Kaufpreisteilbetrag bei jeweiliger Fälligkeit nicht, kann der Verkäufer vom Kaufvertrag zurücktreten, wenn er dem Verkäufer erfolglos eine Frist von 7 Kalendertagen zur Zahlung bestimmt hat. Fristsetzungen und Rücktritt bedürfen der Schriftform. Sofern der Verkäufer aus diesem Grund von dem Vertrag zurücktritt, hat er einen Anspruch auf einen pauschalen – und abschließenden

– Schadensersatz in Höhe von 50.000,00 €. Der Notar wird von den Vertragsparteien – einseitig nicht widerruflich – angewiesen, in diesem Fall die bei ihm hinterlegte Anzahlungen an den Verkäufer auszukehren.”

[6] Zur UR-Nr. [713]/16 hatte der Kläger am 11. Juli 2016 einen Vertrag über den Kauf und die Abtretung eines (einzigsten) Geschäftsanteils an einer GmbH zu einem Kaufpreis von 4.025.000,00 EUR beurkundet. In § 2 der Urkunde heißt es u. a.:

“(2) Auf Verlangen des Verkäufers hat der Käufer den Kaufpreis bereits auf dem Notaranderkonto mit der Bezeichnung (...) zu treuen Händen des Notars hinterlegt, was der Notar hiermit bestätigt.

Der Notar wird von den Vertragsparteien unwiderruflich angewiesen, den Kaufpreis innerhalb von drei Bankarbeitstagen nach Unterzeichnung dieses Anteilskaufvertrages auf das Konto (...) auszuzahlen.”

[7] Die von ihm bestätigte Hinterlegung hatte der Kläger unter laufender Nr. 20/16 des Massenbuchs eingetragen. In § 3 der UR-Nr. [713]/16 vereinbarten die Beteiligten:

„Die Abtretung des Geschäftsanteils erfolgt aufschiebend bedingt auf den Tag der vollständigen Auszahlung des Kaufpreises vom Notaranderkonto (Übertragungstichtag).”

[8] Zwischen dem 6. August 2015 und dem 6. Oktober 2015 hatte der Kläger mehrere Verträge über die Veräußerung von Baugrundstücken nebst Miteigentumsanteilen an Gemeinschaftsflächen beurkundet und parallel hierzu jeweils sogenannte Erschließungsverträge zwischen den Käufern und einer mit der Verkäuferin verbundenen Gesellschaft. Die hier als Erschließungsnehmer (=EN) bezeichneten Käufer verpflichteten sich, das für die Erschließungsmaßnahmen vereinbarte Entgelt von jeweils 25.000,00 EUR auf einem neu einzurichtenden Notaranderkonto zu treuen Händen des Klägers zu hinterlegen. Unter anderem heißt es in den Urkunden:

„Der Notar belehrt darüber, dass der Erschließungsvertrag auch ohne Hinterlegung des Entgeltes auf einem Notaranderkonto abgewickelt werden könnte. Weil der EN ein besonderes Interesse daran hat, dass die Erschließung seines Baugrundstücks alsbald erfolgt und der EG zur Durchführung der Erschließungsleistungen nur bereit ist, wenn das Entgelt sichergestellt ist, wünschen die Parteien die Abwicklung über ein Notaranderkonto.”

[9] Die von den Erschließungsnehmern auf den Notaranderkonten hinterlegten Entgelte verbuchte der Kläger zu den Massen 51/15 (= UR-Nr. ...), 58/15 (= UR-Nr. ...), 56/15 (= UR-Nr. ...), 60/15 (= UR-Nr. ...), 62/15 (= UR-Nr. ...) und 63/15 (= UR-Nr. ...).

[10] Nach Anhörung des Klägers hat ihm die Präsidentin des Landgerichts mit am 27. April 2018 zugestellter Disziplinarverfügung vom 17. April 2018 einen Verweis erteilt und eine Geldbuße von 3.500,00 EUR verhängt. Neben der nicht wortgetreuen Beachtung ihm erteilter Verwahrungsanweisungen – Massen 65/15, 13/16 und 66/15 – und der Entgegennahme von Geldern der Beteiligten zur Verwahrung ohne vorherige Verwahrungsanweisung – Massen 9/16, 10/16, 11/16, 20/16 und 66/16 (tatsächlich 66/15) – hat die Präsidentin des Landgerichts unter Punkt I. 3. ihrer Verfügung dem Kläger vorgeworfen, mehrfach Geld zur Verwahrung entgegengenommen zu haben, obwohl hierfür kein berechtigtes Sicherungsinteresse der an den Verwahrungsgeschäften Beteiligten vorgelegen habe – UR-Nrn. .../16, ...3/16 und ...3/16 sowie Massen .../15, .../15,

61715 (tatsächlich .../15), .../15, .../15, .../15 -. Wegen der Einzelheiten wird auf die angefochtene Disziplinarverfügung, Blatt 3 bis 8 der Akte verwiesen, §§ 105 BNotO, 3 BDG, 117 Abs. 3 S. 2 VwGO.

[11] Hiergegen richtet sich die am 25. Mai 2018 eingegangene Klage vom selben Tag.

[12] Der Kläger trägt vor, die Beklagte habe im Hinblick auf die Beanstandungen unter Ziffer I. 3. der angefochtenen Disziplinarverfügung die Grenzen ihrer aufsichtsrechtlichen Kompetenzen überschritten. Außerdem habe bei den beanstandeten Fällen ein berechtigtes Sicherungsinteresse vorgelegen. Dem Notar stehe bei der Beurteilung, ob im Einzelfall ein berechtigtes Sicherungsinteresse für ein Verwahrungsgeschäft vorliege, ein Beurteilungsspielraum zu, der weder von der Notarprüfung noch im Disziplinarverfahren vollumfänglich gerichtlich überprüfbar sei. Disziplinarrechtliche Maßnahmen seien nur dann zulässig, wenn der Notar die Verwendung von Notaranderkonten immer oder regelmäßig (d.h. formularmäßig) ohne berechtigtes Sicherungsinteresse verwende. Seine, des Klägers, Standardvertragsmuster sähen generell Direktzahlungen vor. Anderkontenregelungen nehme er stets nur ausnahmsweise aufgrund der von den Parteien genannten besonderen Umstände des Einzelfalls in die Verträge auf. Das zeige das Verhältnis der Anzahl angelegter Anderkonten zu den jährlichen Urkundenrollennummern.

[13] Bei der Feststellung eines berechtigten Sicherungsinteresses an der Verwendung eines Notaranderkontos könne der Parteiwille nicht unberücksichtigt bleiben. Kostenrechtlich habe dies zur Folge, dass keine unrichtige Sachbehandlung vorliege. Dann könne auch keine Dienstpflichtverletzung angenommen werden.

[14] Im Vorfeld der Beurkundung zur UR-Nr. 393/2016 sei ihm durch die Rechtsanwältin der Verkäuferin mitgeteilt worden, die Vertragsparteien hätten sich auf eine erste Teilzahlung in Höhe von 50.000,00 EUR zur Sicherung der tatsächlichen Kaufpreiszahlung auf ein Notaranderkonto geeinigt. Die Käuferin habe angehalten werden sollen, auch den restlichen Kaufpreis zu zahlen, um nicht die Anzahlung zu verlieren. Die Verkäuferin sei es aus Russland gewohnt, dass bereits bei Vertragsschluss die Zahlung entweder direkt erfolge oder durch einen Treuhänder sichergestellt sei. Sie sei äußerst misstrauisch, wenn die Zahlung lediglich im Vertrag versprochen werde und erst zu einem noch ungewissen künftigen Zeitpunkt fällig werden solle. Es seien andere Interessenten für die Immobilie vorhanden gewesen, die sogar bereit gewesen wären, den vollen Kaufpreis zu hinterlegen. Der Käuferin sei es nur durch geschicktes Verhandeln gelungen, dass sich die Verkäuferin mit einer vorgezogenen Teilzahlung begnügt habe. Die Verkäuferin sei aber nicht bereit gewesen, den anderen Interessenten abzusagen mit der Gefahr, diese zu verlieren, wenn die Käuferin später nicht zahle. Der Vertrag wäre gescheitert, wenn die Sicherstellung dieser Teilzahlung über ein Notaranderkonto abgelehnt worden wäre. Es habe berechnete und ausverhandelte konkrete Gründe für die Nutzung des Notaranderkontos gegeben. Die Käuferin habe ein Interesse am Erwerb der Wohnung gehabt und zu dem Zweck die von der Verkäuferin geforderte vorgezogene Anzahlung leisten wollen, dies aber nur über ein Notaranderkonto, weil eine direkte Zahlung für sie eine ungesicherte Vorleistung gewesen wäre. Die Verkäuferin habe ein Interesse daran gehabt, für ihre Bindung an die Käuferin – und den damit denkbaren Verlust anderer Interessenten – eine Absicherung in Form der Anzahlung zu erhalten.

[15] Der Kaufvertrag zur UR-Nr. 52/2016 sei gleich gelagert gewesen. Im Vorfeld der Beurkundung habe er die Verkäuferseite auf die Notwendigkeit eines berechtigten Sicherungsinteresses hingewiesen. Ihm sei daraufhin das Sicherungsinteresse dargelegt worden, das demjenigen zur UR-Nr. .../2016 vergleichbar gewesen sei.

[16] Im Vorfeld der Beurkundung des Geschäftsanteilskaufvertrages zur UR-Nr. 713/2016 habe der erste Vertragsentwurf kein Notaranderkonto vorgesehen. Die Verkäuferin habe ihm dann mitgeteilt, dass sich die Parteien auf die Hinterlegung des Kaufpreises verständigt hätten, wie sie im Ergebnis auch Eingang in den Vertrag gefunden habe. Er, der Kläger, habe darauf hingewiesen, dass mit der Hinterlegung des Kaufpreises nicht unerhebliche Kosten verbunden seien und ein relevanter Sicherungszweck nicht ersichtlich sei, zumal der Kaufpreis ohnehin innerhalb von drei Bankarbeitstagen nach Beurkundung des Kaufvertrages zu zahlen sei und die Anteile erst mit Kaufpreiszahlung übergangen. Die Vertreter der Parteien hätten ihm daraufhin übereinstimmend mitgeteilt, dass der Verkäufer nicht bereit sei, den Kaufvertrag zu beurkunden, wenn nicht die Käuferin, eine mit einem weit unter dem Kaufpreis liegenden Stammkapital ausgestattete Gesellschaft, vor der Beurkundung den Kaufpreis hinterlege. Es habe nach einem mehrmonatigen Auswahlverfahren zwischen mehreren Investoren noch zwei Kaufinteressenten gegeben und der Verkäufer sei nur bereit gewesen, mit demjenigen zu beurkunden, der durch Hinterlegung des Kaufpreises die Sicherheit der tatsächlichen Kaufpreiszahlung biete. Genau dieser Punkt sei ein Umstand gewesen, der zuletzt noch zu Verzögerungen vor dem Vertragsabschluss geführt habe.

[17] Die Gestaltung der mit der Disziplinarverfügung monierten Erschließungsverträge müsse im Zusammenhang mit den jeweils geschlossenen Grundstückskaufverträgen betrachtet werden. Um die schnellstmögliche Erschließung zu ermöglichen, die von den jeweiligen Käufern gewünscht gewesen sei, damit diese ihrerseits die Grundstücke hätten bebauen können, sei in den jeweiligen Kaufverträgen ebenfalls die Zahlung des Kaufpreises über ein Notaranderkonto und eine unmittelbare Übergabe des erworbenen Grundstücks samt Nutzen- und Lastenübergang am Tag nach vollständiger Kaufpreishinterlegung vorgesehen gewesen. Die Erschließungsgeberin sei zur Durchführung der Erschließungsarbeiten nur bereit gewesen, wenn die Zahlung der Gegenleistung gesichert gewesen sei. Eine neben der Abwicklung über ein Notaranderkonto gleichwertige Sicherheit sei nicht ersichtlich gewesen; jedenfalls bestehe aber ein Auswahlmessen des Notars.

[18] Die übrigen in der Disziplinarverfügung erhobenen Vorwürfe seien zwar zutreffend, rechtfertigten für sich genommen jedoch weder die Erteilung eines Verweises noch die Verhängung einer Geldbuße.

[19] Der Kläger beantragt,

die Disziplinarverfügung vom 17. April 2018 aufzuheben.

[20] Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

[21] Sie trägt vor, den Notaren obliege es in jedem Einzelfall zu prüfen, ob ein berechtigtes Sicherungsinteresse an der Verwahrung vorliege. Bei dessen Fehlen habe der Notar die Entgegennahme von Geld zur Verwahrung abzulehnen. Eine Dienstpflichtverletzung liege nicht nur dann vor, wenn der Notar in einer Vielzahl von Fällen Verwahrungsgeschäfte initiiere, sondern auch dann, wenn er dem Wunsch der Par-

teien Folge leiste, obwohl objektiv kein berechtigtes Sicherungsinteresse bestehe und der Notar dies bei der ihm obliegenden Prüfung erkannt habe oder bei Durchführung der gebotenen Prüfung hätte erkennen müssen. Fehle ein berechtigtes Interesse, müsse ein Notar standhaft bleiben.

[22] Dem Senat lagen die folgenden Akten vor, die auch Gegenstand der mündlichen Verhandlung waren: den Kläger betreffender Personalvorgang der Justizverwaltung ..., Sonderhefte ... und ... sowie die Notariatsnebenakten des Klägers zu Masse 65/15 (= UR-Nr. ...), Masse 13/16 (= UR-Nr. ...), Masse 66/15 (= UR-Nr. ...), Masse 9/16 (= UR-Nr. ...), Masse 10/16 (= UR-Nr. ...), Masse 11/16 (= UR-Nr. ...), Masse 20/16 (= UR-Nr. ...), UR-Nr. 52/16, UR-Nr. ..., Masse 63/15 (= UR-Nr...), Masse 61/15 und 62/15 (= UR-Nr... und ...), Masse 60/15 (= UR-Nr. ...), Masse 58/15 (= UR-Nr. ...), Masse 56/15 (= UR-Nr. ...), Masse 51/15 (= UR-Nr. ...).

Aus den Gründen:

I.

Die Klage ist als Anfechtungsklage statthaft

[23] Die gegen die Disziplinarverfügung der Präsidentin des Landgerichts vom 17. April 2018 erhobene Klage ist als Anfechtungsklage statthaft, §§ 98 Abs. 1 S. 1, 96 Abs. 1 S. 1 BNotO, 3 BDG, 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO (vgl. Bormann/Hüren, in: Eylmann/Vaasen, BNotO/BeurkG, 4. Aufl., § 98 BNotO, Rn. 9).

II.

Die Anfechtungsklage ist zulässig

[24] Die Anfechtungsklage ist zulässig, insbesondere form- und fristgerecht binnen eines Monats nach Zustellung der Disziplinarverfügung bei dem Kammergericht erhoben worden, §§ 99, 96 Abs. 1 S. 1 BNotO, 52 Abs. 2 BDG, 74 Abs. 1 S. 2, 81 Abs. 1 S. 1 VwGO. Eines Vorverfahrens bedurfte es nicht, §§ 68 Abs. 1 S. 2 VwGO in Verbindung mit § 26 Abs. 6 des Gesetzes über die Zuständigkeiten in der allgemeinen Berliner Verwaltung (AZG).

[25] Die Klage richtet sich nach der mit Schriftsatz vom 31. Januar 2019 erfolgten Klarstellung durch den Kläger auch gegen die zutreffende Beklagte, das Land Berlin, §§ 96 Abs. 1 S. 1 BNotO, 3 BDG, 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO (vgl. OLG Frankfurt/Main, Urteil vom 24. Juni 2014 – 2 Not 1/13 – juris; Urteil vom 6. September 2011 – 1 Not 2/11 – juris; Zimmer, in: Diehn, BNotO, 2. Aufl., § 111 c, Rn. 2). § 111 c Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BNotO, wonach die Klage gegen die Behörde zu richten ist, die den Verwaltungsakt erlassen hat, erfasst nur verwaltungsrechtliche Notarsachen, nicht hingegen Disziplinarsachen (OLG Celle, Urteil vom 21. März 2011 – Not 20/10 – juris.)

III.

Die Klage hat in der Sache teilweise Erfolg

[26] In der Sache hat die Klage teilweise Erfolg. Nicht alle der in der angefochtenen Disziplinarverfügung gegen den Kläger erhobenen Vorwürfe amtspflichtwidrigen Verhaltens sind gerechtfertigt.

Ein durch schuldhaftes Amtspflichtverletzung begangenes Dienstvergehen kann u. a. durch Verweis oder Geldbuße geahndet werden

[27] 1. Notare, die schuldhaft die ihnen obliegenden Amtspflichten verletzen, begehen ein Dienstvergehen, § 95 BNo-

tO. Das Dienstvergehen kann u. a. durch Verweis oder Geldbuße, die auch nebeneinander verhängt werden können, geahndet werden, § 97 Abs. 1 BNotO. Diese Disziplinarmaßnahmen durch Disziplinarverfügung zu verhängen, fällt in die Zuständigkeit der Aufsichtsbehörden, § 98 Abs. 1 S. 1 BNotO.

[28] Danach kann vorliegend kein Zweifel an der grundsätzlichen Berechtigung der Präsidentin des Landgerichts zum Erlass eines Verweises und einer Geldbuße durch Disziplinarverfügung bestehen, vgl. § 92 Nr. 1 BNotO.

Dem Kläger ist es zum einen nicht gelungen, Verwahranweisungen wortgetreu zu beachten, zum anderen hat er Gelder vor Vorliegen einer Verwahranweisung entgegengenommen

[29] a) Der Kläger hat die ihm vorgeworfene – zumindest fahrlässige – nicht wortgetreue Beachtung von Verwahranweisungen bezüglich der Massen 65/15, 13/16 und 66/15 (Punkt I. 1. der Disziplinarverfügung) sowie die Entgegennahme von Geldern ohne diesbezügliche Verwahranweisung bei den Massen 9/16, 10/16, 11/16, 20/16 und 66/15 (Punkt I. 2. der Disziplinarverfügung) eingeräumt. Sie lassen sich auch den jeweiligen von dem Senat beigezogenen Notariatsnebenakten des Klägers entnehmen. Dass in der Disziplinarverfügung an Stelle der Masse 66/15 eine Masse 66/16 genannt worden war, steht der Ahndung nicht entgegen. Insoweit handelte es sich um einen offensichtlich Schreibfehler, der ohne weiteres ersichtlich war und von dem Kläger als solcher auch erkannt worden ist.

[30] Die Entgegennahme von Geld zur Verwahrung setzt hingegen u. a. voraus, dass dem Notar ein Antrag auf Verwahrung verbunden mit einer schriftlichen Verwahranweisung vorliegt, in der hinsichtlich der Masse und ihrer Erträge der Anweisende, der Empfangsberechtigte sowie die zeitlichen und sachlichen Bedingungen der Verwahrung und die Auszahlungsvoraussetzungen bestimmt sind, § 57 Abs. 2 Nr. 2 BeurkG. Die Annahme eines Treuhandantrags ohne Vorliegen einer schriftlichen Verwahranweisung mit dem erforderlichen Mindestinhalt ist ohne Verstoß gegen notarielle Amtspflichten nicht möglich (BGH, NJW-RR 2017, 1336, 1338; a. A. OLG Celle, Beschluss vom 7. Juni 1999 – Not 10/98 – juris; Blaeschke, Praxishandbuch Notarprüfung, 2. Aufl., Rn. 1683).

[31] Liegen dem Notar aber entsprechende Verwahranweisungen vor, hat er sie mit peinlicher Genauigkeit zu erfüllen (BGH, DNotZ 2014, 470, 471). Das ist dem Kläger in den ihm vorgeworfenen drei Fällen nicht gelungen.

Der Vorwurf, der Kläger habe Gelder ohne berechtigtes Sicherungsinteresse zur Verwahrung entgegengenommen, ist nicht begründet

[32] b) Der dem Kläger gemachte Vorwurf, er habe Gelder zur Verwahrung entgegengenommen, ohne dass hierfür ein berechtigtes Interesse vorgelegen habe, ist nicht begründet.

Voraussetzung für die Entgegennahme von Geld zur Verwahrung ist ein hierfür bestehendes berechtigtes Sicherungsinteresse

[33] a) Weitere Voraussetzung für die Entgegennahme von Geld zur Verwahrung durch den Notar ist ein hierfür bestehendes berechtigtes Sicherungsinteresse der am Verwahrungsgeschäft beteiligten Personen, § 57 Abs. 2 Nr. 1 BeurkG (bzw. § 54 a Abs. 2 Nr. 1 BeurkG in der zur Zeit der verfahrensgegenständlichen Beurkundungen geltenden

Fassung). Der Gesetzgeber wollte mit dieser Regelung einer formularmäßig vorgesehenen Verwahrung entgegenwirken (vgl. BT-Drs. 13/4184, S. 37 f.).

Das berechtigte Sicherungsinteresse ist nach objektiven Kriterien zu bestimmen und steht nicht zur freien Disposition der Beteiligten

[34] Das berechtigte Sicherungsinteresse ist nach objektiven Kriterien zu bestimmen. Es steht nicht zur freien Disposition der Beteiligten und fehlt regelmäßig, wenn das Geschäft – nach objektiven Kriterien – ebenso gut durch andere Mittel als die Verwahrung abgesichert werden kann (OLG Frankfurt/Main, Beschluss vom 24. Juni 2014 – 2 Not 1/13 – juris; OLG Celle, RNotZ 2011, 367, 371; Beschluss vom 18. März 2010 – Not 1/10 – BeckRS 2010, 22387; Kammergericht, 1. ZS, Beschluss vom 25. Mai 2004 – 1 W 472/01 – MittBayNot 2005, 430, 431; OLG Bremen, MittBayNot 2005, 428, 429; Hertel, in: Eylmann/Vaasen, a. a. O., § 54 a BeurkG, Rn. 6; Renner, in: Armbrüster/Preuß/Renner, BeurkG/DONot, 7. Aufl., § 54 a BeurkG, Rn. 9; Grziwotz, in: Grziwotz/Heinemann, BeurkG, 3. Aufl., § 57, Rn. 5; Winkler, BeurkG, 18. Aufl., § 54 a, Rn. 10).

Bei der Beurteilung, ob ein berechtigtes Sicherungsinteresse gegeben ist, hat der Notar nach der obergerichtlichen Rechtsprechung und der Literatur einen von den Aufsichtsbehörden nur eingeschränkt überprüfbaren Beurteilungsspielraum

[35] Bei dem “berechtigten Sicherungsinteresse” handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff. Seine Voraussetzungen hat der Notar eigenverantwortlich unter Abwägung der an ihn herangetragenen Wünsche der Beteiligten und einer Prognose der künftigen Abwicklungsmöglichkeiten im jeweiligen Einzelfall zu prüfen. Sowohl in der – veröffentlichten – obergerichtlichen Rechtsprechung als auch der Literatur besteht Einigkeit, dass dem Notar dabei ein Beurteilungsspielraum zusteht, der von den Aufsichtsbehörden nur eingeschränkt nachgeprüft werden kann (OLG Frankfurt/Main, Urteil vom 24. Juni 2014 – 2 Not 1/13 – juris; Beschluss vom 29. Oktober 2008 – 2 Not 5/08; OLG Celle, RNotZ 2011, 367, 371; OLG Rostock, Beschluss vom 13. Juli 2005 – 1 W 25/05 – juris; Renner, a. a. O., Rn. 30; Lerch, BeurkG, DONot, RL-E, 5. Aufl., § 54 a BeurkG, Rn. 3; Hertel, a. a. O., Rn. 8; ders., in: Ganter/Hertel/Wöstmann, Handbuch der Notarhaftung, 4. Aufl., Rn. 1571; Weingärtner, in: Weingärtner/Löffler, Vermeidbare Fehler im Notariat, 10. Aufl., Rn. 427; ders., in: Weingärtner/Gassen/Sommerfeldt, DONot, 13. Aufl., Vorbemerkung zu § 27, Rn. 4; Sandkühler, in: Arndt/Lerch/Sandkühler, BNotO, 8. Aufl., § 23, Rn. 52; Blaeschke, a. a. O., Rn. 1712; Zimmermann, DNotZ 2000, 164, 167; Rundschreiben Nr. 31/2000 der Bundesnotarkammer vom 4. September 2000, abgedruckt bei Weingärtner, Notarrecht, 2009, 298a-1).

Disziplinarmaßnahmen sind aber nicht auf die Fälle beschränkt, in denen der Notar die Abwicklung über Notaranderkonto immer oder regelmäßig vorsieht

[36] Entgegen der Ansicht des Klägers sind disziplinarrechtliche Maßnahmen der Aufsichtsbehörden hingegen nicht auf solche Fälle beschränkt, in denen der Notar die Abwicklung über Notaranderkonto immer oder regelmäßig ohne berechtigtes Sicherungsinteresse vorsieht. Ein solches Vorgehen verstößt gegen den klaren Willen des Gesetzgebers, formularmäßige Abwicklungen über Notaranderkonto zu vermeiden. Sieht der Notar dessen ungeachtet

die Verwahrung immer oder jedenfalls sehr häufig vor, indiziert dies bereits, dass er den ihm zukommenden Beurteilungsspielraum gar nicht nutzt, womit er zweifellos seine Amtspflichten verletzt (Hertel, in: Ganter/Hertel/Wöstmann, a. a. O.; Renner, a. a. O., Rn. 31).

[37] Das steht der Ahndung amtspflichtwidriger Verwahrung im Einzelfall auch unter Berücksichtigung eines dem Notar zustehenden Beurteilungsspielraums jedoch nicht grundsätzlich entgegen. Der Kläger übersieht, dass das berechtigte Sicherungsinteresse der Beteiligten in jedem Fall Voraussetzung für die notarielle Verwahrung ist, § 57 Abs. 2 Nr. 1 BeurkG. Zur Entgegennahme von Geld ohne ein solches Interesse ist der Notar nicht berechtigt (Winkler, a. a. O., Rn. 49). Führt er das Verwahrungsgeschäft dennoch durch, handelt er amtspflichtwidrig (OLG Celle, a. a. O.; Sandkühler, a. a. O., Rn. 58).

Ein Gleichlauf zwischen gebührenrechtlicher und disziplinarrechtlicher Rechtsprechung ist nicht anzustreben

[38] Der Senat folgt auch nicht der Auffassung des Klägers, es sei ein Gleichlauf zwischen gebührenrechtlicher und disziplinarrechtlicher Rechtsprechung anzustreben. Die Voraussetzungen, unter denen der Notar von der Erhebung von Gebühren wegen unrichtiger Sachbehandlung abzusehen hat, sind mit seinen Amtspflichten aus § 57 Abs. 2 Nr. 1 BeurkG nicht unbedingt deckungsgleich (vgl. OLG Düsseldorf, NJOZ 2017, 1566, 1567). Deshalb stellt es keinen Widerspruch dar, wenn der Notar Gebühren für eine auf ausdrücklichen Wunsch der belehrten Beteiligten erfolgte Verwahrung erheben kann, obwohl hierfür objektiv kein berechtigtes Interesse vorgelegen hat. Darüber hinaus trifft es aber auch nicht zu, dass Verstöße gegen § 57 Abs. 1 Nr. 1 BeurkG gebührenrechtlich nur dann beachtlich wären, wenn der Notar regelmäßig ohne die Prüfung eines berechtigten Interesses Verwahrungen annimmt (vgl. OLG Schleswig, Beschluss vom 29. Oktober 2014 – 9 W 196/13 – juris = notar 2015, 130, 131 mit Anmerkung Mohr; OLG Bremen, MittBayNot 2005, 428, 429).

Im Rahmen der Beurkundung eines Kaufvertrags bestand ein berechtigtes Sicherungsinteresse

[39] bb) Hingegen bestand im Rahmen der Beurkundung des Kaufvertrags zur UR-Nr. .../2016 ein berechtigtes Interesse im Sinne des § 54 a Abs. 2 Nr. 1 BeurkG a. F.

[40] (1) Der Notar soll 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, § 17 Abs. 1 BeurkG. Hat eine Vertragspartei bei einem gegenseitigen Vertrag eine ungesicherte Vorleistung zu erbringen, muss sie der Notar in zweifacher Hinsicht belehren: der Notar hat erstens über die Folgen zu belehren, die im Fall der Leistungsunfähigkeit des durch die Vorleistung Begünstigten eintreten, und zweitens Wege aufzuzeigen, wie diese Risiken vermieden werden können (BGH, MittBayNot 2012, 241, 242).

[41] Ungesicherte Vorleistungen sind nur dann gegeben, wenn dem einen Vertragsteil nach der rechtlichen Anlage des Geschäfts angesonnen wird, seine Leistung zu erbringen, ohne dass sichergestellt ist, dass er die Gegenleistung des anderen Vertragsteils erhält (Ganter, in: Ganter/Hertel/Wöstmann, a. a. O., Rn. 1049).

[42] Gegenstand der Belehrungspflicht wegen ungesicherter Vorleistungen sind typischerweise Austauschgeschäfte, in denen Leistung und Gegenleistung unmittelbar miteinander

verknüpft sind. Die Belehrungspflicht trägt hierbei dem Umstand Rechnung, dass – etwa beim Grundstückserwerb – ein Leistungsaustausch Zug um Zug naturgemäß wegen des Erfordernisses der Eintragung im Grundbuch, deren Vollzug die Parteien nur beschränkt beeinflussen können, ausgeschlossen ist, so dass sich Vorleistungspflichten für die eine oder die andere Vertragsseite ergeben können, ohne dass dies jedenfalls für den Laien eindeutig erkennbar wird (BGH, DNotZ 2006, 912, 913).

[43] Hiernach sind es grundsätzlich Hauptleistungspflichten, die ungesicherte Vorleistungen im Sinne der o.g. Rechtsprechung sein können (Krebs, DNotZ 2008, 927). Betrifft die Vorleistung dagegen bloße Nebenpflichten, scheidet eine Belehrungspflicht aus (Ganter, a. a. O., Rn. 1058).

Ein berechtigtes Sicherungsinteresse fehlt regelmäßig, wenn die Interessen der Beteiligten, keine ungesicherten Vorleistungen erbringen zu müssen, grundsätzlich auch mit direkter Kaufpreiszahlung erreicht werden

[44] (2) Beurkundet der Notar einen Kaufvertrag über ein in Abt. III des Grundbuchs unbelastetes Grundstück und werden in Abt. II eingetragene Belastungen vom Käufer übernommen, können die Interessen der Beteiligten, keine ungesicherten Vorleistungen erbringen zu müssen, bei entsprechender Vertragsgestaltung grundsätzlich auch mit direkter Kaufpreiszahlung erreicht werden (OLG Bremen, MittBayNot 2005, 428, 429; Winkler, a. a. O., Rn. 14; gemeinsame Leitlinien der Notarkammer Hamm und des Präsidents des OLG Hamm zur Auslegung des §§ 54 a Abs. 2 Ziff. 1 BeurkG, abgedruckt bei Weingärtner, Notarrecht, a. a. O., 298 b-1, im Folgenden: Leitlinien Hamm). Ein berechtigtes Sicherungsinteresse an einer Verwahrungstätigkeit des Notars fehlt dann regelmäßig (Hertel, in: Ganter/Hertel/Wöstmann, a. a. O., Rn. 1590; Renner, a. a. O., Rn. 13; Lerch, a. a. O., Rn. 6; Weingärtner, in: Weingärtner/Löffler, a. a. O., Rn. 431; Grziwotz, a. a. O., Rn. 16; Winkler, a. a. O., Rn. 32).

[45] Dementsprechend waren in der UR-Nr. 393/16 hinsichtlich des Restkaufpreises in Höhe von 730.000,00 EUR auch eine Direktzahlung nach Eintragung der Eigentumsvormerkungen und Vorlage ggf. erforderlicher Genehmigungen sowie die Bevollmächtigung von Notariatsfachangestellten, für den Fall des Rücktritts einer Partei von dem Kaufvertrag die Löschung bereits eingetragener Eigentumsvormerkungen zu bewilligen, vorgesehen (vgl. Rundschreiben der Bundesnotarkammer 1/1996 vom 11. Januar 1996, abgedruckt bei Weingärtner, a. a. O., 298-1).

Für die Anzahlungen erster Kaufpreisraten bestand ein berechtigtes Sicherungsinteresse

[46] (2) Anders ist dies hingegen, soweit sich die Beteiligten des Vertrags auf die Zahlung einer ersten Kaufpreisrate in Höhe von 50.000,00 EUR geeinigt hatten.

[47] Dabei kann es der Senat offen lassen, ob nicht auch die Sicherung von Sekundäransprüchen des Verkäufers die Verwahrung auf einem Notaranderkonto rechtfertigen kann (vgl. hierzu Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 8. Aufl., Rn. 1922 ff. und 3603 ff.). Darauf kommt es hier nicht an.

[48] Vorliegend diente die Anzahlung nicht nur der Sicherung eines pauschalierten Schadensersatzanspruchs der Verkäuferin. Vor allem sollte sie auf den vereinbarten Kaufpreis angerechnet werden. In erster Linie diente die Anzahlung damit der (Teil-)Erfüllung der Hauptleistungs-

pflicht der Käuferin, § 433 Abs. 2 BGB. Nur für den Fall eines Rücktritts der Verkäuferin wegen nicht rechtzeitiger Zahlung des Kaufpreises sollte der Verkäuferin nach erfolgloser Nachfristsetzung ein pauschalierter Schadensersatzanspruch in Höhe der Anzahlung zustehen und, sofern der Betrag bei dem Kläger hinterlegt war, an die Verkäuferin ausgezahlt werden.

[49] Hätte der Vertrag hingegen aus von der Verkäuferin zu vertretenden Gründen nicht durchgeführt werden können, wäre der Käuferin hinsichtlich der Anzahlung ein Rückzahlungsanspruch entstanden. Dieser Anspruch wäre bei Direktzahlung an die Verkäuferin ungesichert geblieben, worüber der Kläger die Beteiligten hätte belehren müssen. Nach den oben dargestellten Grundsätzen wäre er darüber hinaus verpflichtet gewesen, ihnen Wege zur Vermeidung der damit verbundenen Risiken aufzuzeigen. Dabei war es naheliegend, insoweit die Hinterlegung der Anzahlung auf einem Anderkonto des Klägers vorzusehen. Eine andere Möglichkeit, die Vorleistung der Käuferin gleichwertig zu sichern, vermag der Senat nicht zu erkennen. Eine solche hat die Beklagte auch weder in der Disziplinarverfügung noch im hiesigen Verfahren aufgezeigt.

[50] cc) Nichts anderes gilt hinsichtlich des von dem Kläger am 11. Januar 2016 zu seiner UR-Nr. 52/2016 beurkundeten Grundstückskaufvertrags.

[51] Zwar hätte auch hier der Kaufvertrag über ein mit einem Mehrfamilienhaus bebautes und in Abt. III mit zwei Grundschulden belastetes Grundstück grundsätzlich ohne Inanspruchnahme eines Notaranderkontos abgewickelt werden können (vgl. OLG Bremen, a. a. O.; Renner, a. a. O., Rn. 15). Abzulösende Gläubigerin der Grundschulden war nur eine Bank und die Finanzierung des Kaufpreises erfolgte ebenfalls lediglich durch eine Bank (vgl. Winkler, a. a. O., Rn. 20 und 23). Dementsprechend hatten die Beteiligten hinsichtlich des Restkaufpreises auch Direktzahlungen durch den Käufer vereinbart.

[52] Anders verhält es sich aber auch hier hinsichtlich der zwischen den Beteiligten vereinbarten Anzahlung. Insofern kann auf die obigen Ausführungen zur UR-Nr. 393/2016 verwiesen werden. Die Interessen der Beteiligten waren hier gleich gelagert, was der Kläger von der Beklagten unwidersprochen vorgetragen hat. Etwas anderes lässt sich auch nicht den von dem Senat beigezogenen Notarnebenakten entnehmen.

Auch beim (Unternehmens-)Kaufvertrag bestand ein berechtigtes Sicherheitsinteresse

[53] dd) Ungerechtfertigt ist der mit der angefochtenen Disziplinarverfügung erhobene Vorwurf, für die Verwahrung des Kaufpreises im Zusammenhang mit dem zur UR-Nr. 713/2016 geschlossenen (Unternehmens-)Kaufvertrag habe kein berechtigtes Sicherheitsinteresse bestanden.

[54] Die Disziplinarverfügung berücksichtigt nicht, dass sich die Verhandlungen zwischen den Beteiligten mehr als ein Jahr hinzogen und von ihnen zwischenzeitlich als "sehr schleppend" bezeichnet wurden. Dies ergibt sich ohne weiteres aus einer Auswertung der dem Senat vorliegenden Notariatsnebenakten des Klägers.

[55] Auch ist sein Einwand erheblich, die Erwerberin sei eine weit unter dem Kaufpreis von 4.025.000,00 EUR ausgestattete GmbH & Co. KG gewesen. Besteht das Risiko, dass ein beurkundeter Vertrag letztlich doch nicht durch-

geführt wird, kann dies die Annahme eines berechtigten Sicherheitsinteresses des Verkäufers an der Verwahrung des Kaufpreises rechtfertigen (Renner, a. a. O., Rn. 18).

[56] Soweit die Beklagte dem entgegenhält, der Kaufpreis habe nicht von der Erwerberin, sondern von einer hinter ihr stehenden anderen Gesellschaft aufgebracht werden sollen, setzt sie ihre Beurteilung des Risikos der Nichtabwicklung des Vertrags an die Stelle des Klägers. Damit kann sie nicht gehört werden. Die Bewertung, dass mit einer höheren Wahrscheinlichkeit der Nichtabwicklung eines Vertrags zu rechnen sei, beruht nicht unwesentlich auf den Erfahrungen und Einschätzungen des Notars (Rack, ZNotP 2008, 474, 478). Diese Bewertung unterfällt seinem Beurteilungsspielraum. Dass der Kläger diesen Spielraum hier verkannt hätte, ist nicht ersichtlich.

Bei den Erschließungsvereinbarungen bestand ebenfalls ein berechtigtes Sicherheitsinteresse

[57] ee) Schließlich kann dem Kläger nicht vorgeworfen werden, im Zusammenhang mit den von ihm beurkundeten Erschließungsvereinbarungen habe kein berechtigtes Sicherheitsinteresse für die Verwahrung der jeweiligen Werklohnforderungen der Erschließungsgeberin bestanden.

[58] (1) Allerdings ist es zutreffend, dass der Werkunternehmer hinsichtlich der ihm obliegenden Hauptleistungspflicht, der Herstellung des versprochenen Werks, § 631 Abs. 1 BGB, vorleistungspflichtig ist. Fällig wird sein Anspruch auf Zahlung des Werklohns erst mit Abnahme des vertragsgemäß hergestellten Werks, §§ 640 Abs. 1, 641 Abs. 1 S. 1 BGB. Das schließt aber ein Interesse des Unternehmers an einer Sicherung seiner Werklohnforderung nicht grundsätzlich aus. Dies hat auch der Gesetzgeber gesehen, wie sich aus den zum Zeitpunkt der Beurkundung geltenden §§ 632 a, 648 und 648 a BGB ergibt. Durch die Erbringung einer Sicherheit wird die Vorleistungspflicht des Werkunternehmers nicht berührt; die Fälligkeit seiner Werklohnforderung setzt weiterhin die Abnahme durch den Besteller voraus.

[59] (2) Der Kläger konnte davon ausgehen, dass die gesetzlichen Regelungen dem Sicherheitsinteresse insbesondere der in den Verträgen als "Erschließungsgeberin" bezeichneten Werkunternehmerin nur unvollkommen entsprochen hätten.

[60] Abschlagszahlungen hätte die Erschließungsgeberin kaum verlangen können, weil die als Erschließungsnehmer bezeichneten Besteller (= Käufer) durch ihre Leistungen einen Wertzuwachs hätten erlangt haben müssen, § 632 a Abs. 1 S. 1 BGB a. F. Ein solcher Wertzuwachs erschien hingegen zweifelhaft, solange die Erschließungsnehmer noch kein Eigentum an den Baugrundstücken bzw. Miteigentum an der Verkehrs- und der Vorgartenfläche erworben hatten (vgl. Supplet, NotBZ 2009, 114, 116).

[61] Aus diesem Grund konnte die Erschließungsgeberin auch nicht damit rechnen, für ihre Forderungen eine Sicherungshypothek an dem Baugrundstück verlangen zu können, §§ 648 BGB a. F., ungeachtet des Umstands, dass eine solche ohnehin nur unzureichend geeignet gewesen wäre, das Sicherheitsbedürfnis der Erschließungsgeberin zu erfüllen (vgl. BGH, NJW 2015, 552).

[62] Ein Sicherheitsverlangen der Erschließungsgeberin gem. § 648 a BGB a. F. hätte schließlich den Abschluss der Erschließungsvereinbarungen vorausgesetzt, wäre also

nicht vor Beginn der Erschließungsarbeiten im Rahmen der jeweiligen notariellen Verhandlungen hierzu regelbar gewesen (vgl. BGH, NJW 2010, 2272, 2273).

[63] (3) Vor diesem Hintergrund war eine vertragliche Vereinbarung zur Regelung des Sicherungsinteresses der Erschließungsgeberin naheliegend. Dass die Beteiligten hierfür jeweils die Verwahrung bei dem Kläger vorsahen, ist nicht zu beanstanden. Sie hatten hierfür ein berechtigtes Sicherungsinteresse, weil eine Abwicklung des Vertrags bei Direktzahlungen der Erschließungsnehmer an die Erschließungsgeberin nicht ebenso sicher hätte geregelt werden können (vgl. Hertel, in: Eylmann/Vaasen, a. a. O., Rn. 23).

[64] Dem kann die Beklagte nicht entgegenhalten, bei gesetzlicher Bauhandwerkersicherung habe der Unternehmer dem Besteller die üblichen Kosten der Sicherheitsleistung zu erstatten, § 648 a Abs. 3 S. 1 BGB; die Erschließungsvereinbarungen sahen demgegenüber vor, dass die Erschließungsnehmer auch die Kosten der Verwahrung zu tragen hatten. § 648 a BGB findet jedoch auf eine vertragliche Sicherungsabrede keine Anwendung (BGHZ 167, 345, 347). Eine Benachteiligung der Erschließungsnehmer im Sinne von § 307 Abs. 1 und 2 Nr. 1 BGB ist mit einer solchen vertraglichen Abrede nicht verbunden (BGH, NJW 2010, 2272, 2274).

[65] Auch die dem Kläger erteilten Auszahlungsanweisungen widersprechen dem gesetzlichen Leitbild des Werkvertrags, der die Fälligkeit der Werklohnforderung von der Abnahme des vertragsgemäß hergestellten Werks voraussetzt, §§ 641 Abs. 1 S. 1 BGB, nicht. Die Abnahme als solche wäre schon keine geeignete Bedingung für die Auszahlung durch den Kläger gewesen, weil sie von ihm nicht ohne weiteres hätte nachgeprüft werden können. Kann aber der Notar den tatsächlichen Eintritt einer Bedingung nicht prüfen, muss an ihre Stelle ein formalisierter Nachweis treten (Hertel, a. a. O., Rn. 52). Hierzu war die in den Erschließungsvereinbarungen vereinbarte Bestätigung des Verwalters oder eines Bausachverständigen über die Fertigstellung der Erschließungsleistungen geeignet. Da die Erschließungsleistungen ohnehin überwiegend auf den Gemeinschaftsflächen erfolgen sollten, war es nicht fernliegend, die Auszahlung der verwahrten Werklohnforderungen von einer Bestätigung des von der Eigentümergemeinschaft bestellten Verwalters abhängig zu machen (zur Stellung des Verwalters vgl. von Proff, in: Staudinger, BGB, 2015, § 744, Rn. 13).

Die Überprüfung beschränkt sich nicht nur auf die Rechtmäßigkeit der Disziplinarverfügung, sondern erstreckt sich auf ihre Zweckmäßigkeit

[66] 2. Die Prüfung der Disziplinarverfügung durch den Senat beschränkt sich nicht auf deren Rechtmäßigkeit, sondern auch auf ihre Zweckmäßigkeit, §§ 96 Abs. 1 S. 1 BNotO, 60 Abs. 3 BDG. Ist der dem klagenden Notar gemachte Vorwurf tatsächlich gegeben und disziplinarrechtlich als Dienstvergehen zu würdigen, hat der Senat auch darüber zu entscheiden, welches die angemessene Disziplinarmaßnahme ist. Unter Beachtung des Verschlechterungsverbot, §§ 96 Abs. 1 S. 1 BNotO, 3 BDG, 88 VwGO, muss dabei eine eigene Ermessensentscheidung ergehen. Maßgeblich hierfür sind die in § 13 Abs. 1 BDG niedergelegten Grundsätze (BGH, NJW-RR 2012, 1267).

[67] Danach kommt bei der Auswahl der Disziplinarmaßnahme und der Höhe der Sanktion in erster Linie dem objektiven Gewicht der Pflichtverletzung Bedeutung zu. Ferner sind die Dauer und Intensität der Pflichtverletzung, die

Auswirkungen auf das Ansehen des Notarberufs und des betroffenen Notars, der Grad des Verschuldens und seine bisherige Amtsführung zu berücksichtigen (OLG Celle, Urteil vom 15. Februar 2013 – Not 11/12 – BeckRS 2013, 4924).

[68] Vor diesem Hintergrund kommt die von dem Kläger angestrebte Aufhebung der Disziplinarverfügung nicht in Betracht. Verstöße gegen die Vorschriften über die notarielle Verwahrung gemäß §§ 57 ff. BeurkG betreffen den Kernbereich notarieller Pflichten und erweisen sich grundsätzlich als so schwerwiegend, dass die Verhängung von Disziplinarmaßnahmen geboten ist (vgl. BGH, DNotZ 2015, 393, 395).

[69] Nach Abwägung aller Umstände hält auch der Senat den Ausspruch eines Verweises bei gleichzeitiger Verhängung einer Geldbuße für angemessen und zweckmäßig, §§ 97 Abs. 1, 96 Abs. 1 S. 1 BNotO, 13 Abs. 1 BDG. Dabei ist jedoch die Geldbuße im Hinblick darauf, dass nicht alle in der angefochtenen Disziplinarverfügung enthaltenen Vorwürfe zutreffen, auf 2.000,00 EUR zu reduzieren.

[70] Schwer wiegen vor allem die Verstöße des Klägers gegen ihm erteilte Verwahrungsanweisungen. Peinliche Genauigkeit bei Treuhandgeschäften ist für den Notar eine grundlegende Pflicht (BGH, DNotZ 1987, 556, 557). Hinzu kommt, dass entsprechende Amtspflichtverletzungen des Klägers bereits Anlass für die gegen ihn am 20. Dezember 2013 ergangene Disziplinarverfügung waren.

[71] Weniger schwerwiegend sind die im Zusammenhang mit dem Eingang von Geldern auf Notaranderkonten verbundenen Vorwürfe. Der Kläger hat jeweils kurzfristig für die Nachholung der erforderlichen schriftlichen Verwahrungsanweisungen gesorgt. Ohnehin handelte es sich bei den Massen 9/16, 10/16 und 11/16 um im engen Zusammenhang liegende Geschäfte – Verkauf dreier Fährschiffe eines Verkäufers an drei in Verbindung stehende ... Erwerber bzw. Erwerberinnen.

[72] Insgesamt kann jedoch nicht unberücksichtigt bleiben, dass dem Kläger – selbst unter tatsächlich einheitlicher Betrachtung dieser drei Verwahrgeschäfte – immer noch eine nicht unerhebliche Anzahl von Amtspflichtverletzungen vorzuwerfen ist.

[73] Hingegen spricht für den Kläger, dass er die gegen ihn erhobenen Vorwürfe weitgehend eingeräumt und die jeweiligen Amtspflichtverletzungen jeweils nur fahrlässig begangen hat. Auch sind – soweit ersichtlich – den Beteiligten durch das Verhalten des Klägers keine materiellen Schäden entstanden.

IV.

[74] Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 96 Abs. 1 S. 1 BNotO, 77 Abs. 1 BDG, 155 Abs. 1 S. 1 VwGO. Der Anspruch zur vorläufigen Vollstreckbarkeit richtet sich nach §§ 96 Abs. 1 S. 1 BNotO, 3 BDG, 167 Abs. 2 VwGO.

V.

Die Berufung ist aufgrund grundsätzlicher Bedeutung zugelassen

[75] Die Berufung ist zuzulassen, weil die Frage des Umfangs der dienstaufsichtsrechtlichen Nachprüfung bei der Einrichtung von Notaranderkonten grundsätzliche Bedeutung hat, §§ 105 BNotO, 64 Abs. 2 BDG, 124 a Abs. 1 S. 1, 124 Abs. 2 Nr. 3 VwGO. ■

Rechtsprechung in Leitsätzen

1. Liegenschaftsrecht – Zu den Entstehungsvoraussetzungen eines Maklerprovisionsanspruchs

(BGH, Urteil vom 21.11.2018 – I ZR 10/18)

BGB § 652 Abs. 1

ZPO §§ 66 Abs. 2, 74 Abs. 1, 97 Abs. 1

Weist der Verkäufermakler seinem Kunden einen Kaufinteressenten nach und kommt der Hauptvertrag mit einem Dritten zustande, entsteht kein Provisionsanspruch gegen den Verkäufer, auch wenn zwischen dem Erwerber und dem nachgewiesenen Kaufinteressenten eine feste, auf Dauer angelegte gesellschaftsrechtliche Bindung besteht.

(Fundstellen: beck-online, Bundesgerichtshof, juris) ■

2. Liegenschaftsrecht – Zum Grundbuchverfahren bei Namensänderung nach dem Transsexuellengesetz

(BGH, Beschluss vom 7.3.2019 – V ZB 53/18)

GBV §§ 16, 17, 17 a, 21 Abs. 1, 24, 28, 30 Abs. 1, Abs. 2, 31, 36, 91 S. 2

GBO §§ 12 Abs. 1, 12 c Abs. 2 Nr. 4, 22

TSG §§ 5 Abs. 1, 10 Abs. 1, Abs. 2

BGB §§ 1758, 1767 Abs. 2 S. 1

1. Beantragt eine im Grundbuch eingetragene Person gestützt auf einen nach den §§ 1 ff. TSG ergangenen Beschluss die Richtigstellung ihres Namens, hat das Grundbuchamt die Namensänderung in dem bisherigen Grundbuchblatt zu vermerken. Anschließend ist das Grundbuch in entsprechender Anwendung der §§ 28 ff. GBV umzuschreiben, d. h., das bisherige Grundbuchblatt wird geschlossen und ein neues Grundbuchblatt wird eröffnet.

2. Die Einsicht in das wegen eines Offenbarungsverbots gemäß § 5 Abs. 1 TSG geschlossene Grundbuchblatt ist nur solchen Personen zu gestatten, die ein berechtigtes Interesse hieran, d. h. (auch) an den früheren Eintragungen dargelegt haben.

(Fundstellen: beck-online, Bundesgerichtshof, juris) ■

3. Liegenschaftsrecht – Zu den Grenzen von WEG-Beschlüssen auf Grund einer Öffnungsklausel

(BGH, Urteil vom 12.4.2019 – V ZR 112/18)

WEG §§ 10 Abs. 2 S. 2, S. 3, 13 Abs. 1, 15 Abs. 1-3, 23 Abs. 4, 46 Abs. 1 S. 2

BGB §§ 134, 138, 139, 242, 903

GG Art. 14

1. Beschlüsse, die auf der Grundlage einer allgemeinen Öffnungsklausel mit der erforderlichen Mehrheit gefasst werden, sind im Allgemeinen nur insoweit materiell überprüfbar, als das „Ob“ und das „Wie“ der Änderung nicht willkürlich sein dürfen; einer weiterrei-

chenden Kontrolle unterliegen dagegen Beschlussgegenstände, die unverzichtbare oder unentziehbare, aber verzichtbare („mehrheitsfeste“) Rechte der Sondereigentümer betreffen.

2. Zu den unentziehbaren, aber verzichtbaren („mehrheitsfesten“) Rechten eines Sondereigentümers gehört die Zweckbestimmung seines Wohnungs- oder Teileigentums; sie darf durch einen auf der Grundlage einer allgemeinen Öffnungsklausel gefassten Mehrheitsbeschluss nur mit Zustimmung des Sondereigentümers geändert oder eingeschränkt werden (Fortführung des Senatsurteils vom 10. Oktober 2014 – V ZR 315/13, BGHZ 202, 346 Rn. 13 ff.).

3. Ein auf der Grundlage einer allgemeinen Öffnungsklausel gefasster Beschluss, durch den die kurzzeitige Vermietung des Wohnungseigentums (z. B. an Feriengäste) verboten wird, ist nur dann rechtmäßig, wenn alle Wohnungseigentümer ihre Zustimmung erteilt haben.

4. Jedenfalls auf der Grundlage einer allgemeinen Öffnungsklausel kann gegen die Stimmen der Minderheit beschlossen werden, dass die Überlassung einer Wohnung an Dritte der Verwaltung anzuzeigen ist.

(Fundstellen: beck-online, Bundesgerichtshof, juris) ■

4. Liegenschaftsrecht – Zum Voreintragungsgrundsatz bei Bewilligung durch einen Testamentsvollstrecker

(OLG München, Beschluss vom 15.1.2019 – 34 Wx 400/18)

BGB §§ 2205 S. 2, S. 3, 2365, 2368 Abs. 3

GBO §§ 19, 39 Abs. 1, 40 Abs. 2

Bewilligt der Testamentsvollstrecker über den Nachlass eines Erblassers, der im Grundbuch noch als Berechtigter eingetragen ist, eine Grundbucheintragung (hier: Auflassungsvormerkung und Finanzierungsgrundschuld) und handelt er dabei in den Grenzen seiner Verfügungsbefugnis, so bedarf es unabhängig davon, ob die Übertragung oder Aufhebung des für den Erblasser eingetragenen Rechts eingetragen werden soll, verfahrensrechtlich keiner Voreintragung der Erben.

(Fundstellen: beck-online, Bayern.Recht, juris) ■

5. Liegenschaftsrecht – Zur Unzulässigkeit des Inhalts einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit

(OLG München, Beschluss vom 15.7.2019 – 34 Wx 264/17, mitgeteilt durch Ri'in OLG Edith Paintner)

GBO § 53

BGB §§ 1018, 1090

Zur (Un)Zulässigkeit einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit, die die Verpflichtung enthält, das auf einem Grundstück errichtete Wohngebäude nur zu Wohnzwecken für einen bestimmten Personenkreis zu benutzen.

(Fundstellen: beck-online, Bayern.Recht) ■

6. Erbrecht – Zur Qualifikation eines Notars als „Gericht“ im Sinne der EuErbVO

(EuGH, Urteil vom 23.5.2019 – Rs. C-658/17)

EuErbVO Artt. 3 Abs. 1 Buchst. g), Abs. 2, 39, 46, 59, 79 DVO (EU) Nr. 1329/2014 der Europäischen Kommission Art. 1 Abs. 2

1. Art. 3 Abs. 2 Unterabs. 2 der Verordnung (EU) Nr. 650/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. Juli 2012 über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Annahme und Vollstreckung öffentlicher Urkunden in Erbsachen sowie zur Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses ist dahin auszulegen, dass es für die Einstufung der Notare als „Gericht“ nicht entscheidend ist, wenn ein Mitgliedstaat nicht gemäß dieser Bestimmung mitgeteilt hat, dass die Notare gerichtliche Funktionen ausüben.
2. Art. 3 Abs. 2 Unterabs. 1 der Verordnung Nr. 650/2012 ist dahin auszulegen, dass ein Notar, der auf einstimmigen Antrag aller Beteiligten eines notariellen Verfahrens ein Schriftstück wie das im Ausgangsverfahren in Rede stehende errichtet, kein „Gericht“ im Sinne dieser Bestimmung ist; folglich ist Art. 3 Abs. 1 Buchst. g dieser Verordnung dahin auszulegen, dass ein solches Schriftstück keine „Entscheidung“ im Sinne dieser Bestimmung ist.
3. Art. 3 Abs. 1 Buchst. i der Verordnung Nr. 650/2012 ist dahin auszulegen, dass die Urkunde über die Bestätigung der Erbenstellung wie die im Ausgangsverfahren in Rede stehende, die vom Notar auf einstimmigen Antrag aller Beteiligten des notariellen Verfahrens errichtet wird, eine „öffentliche Urkunde“ im Sinne dieser Bestimmung ist, die zusammen mit dem in Art. 59 Abs. 1 Unterabs. 2 dieser Verordnung genannten Formblatt ausgestellt werden kann, das dem Formblatt in Anhang 2 der Durchführungsverordnung (EU) Nr. 1329/2014 der Kommission vom 9. Dezember 2014 zur Festlegung der Formblätter nach Maßgabe der Verordnung Nr. 650/2012 entspricht.

(Fundstellen: beck-online, Europäischer Gerichtshof, juris)

7. Erbrecht – Zum Nachweis eines vernichteten Testaments im Erbscheinsverfahren

(OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 27.12.2018 – 20 W 250/17)

BGB §§ 2231, 2247, 2259, 2267
FamFG §§ 58 Abs. 1, 352 Abs. 3
ZPO § 444

1. Grundsätzlich ist der Nachweis von Form und Inhalt eines nicht mehr vorhandenen Testaments mit allen zulässigen Beweismitteln möglich, wobei ein strenger Maßstab gilt.
2. Hat derjenige, welcher sein Erbrecht aus dem nicht mehr vorhandenen Testament herleitet, dieses selbst vernichtet, sind an den Nachweis nochmals erhöhte Anforderungen zu stellen.

(Fundstellen: beck-online, juris, Justiz Hessen)

8. Erbrecht – Zur Löschung eines Nacherbenvermerks bei auflösend befristeter Nacherbfolge

(OLG Hamm, Beschluss vom 13.3.2019 – I-15 W 364/18)

GBO §§ 22, 29, 51
BGB §§ 2065 Abs. 2, 2112, 2113 Abs. 1 u. 2, 2136

Zu den Voraussetzungen für die Löschung eines Nacherbenvermerks (§ 51 GBO) aufgrund Unrichtigkeitsnachweises (§§ 22, 29 GBO) in dem Fall, dass die Nacherbfolge unter der auflösenden Bedingung einer Verfügung des Vorerben unter Lebenden über den gesamten Nachlass gestellt worden ist (im Anschluss an Senat, 15 W 218/99)

(Fundstellen: beck-online, juris, Rechtsprechungsdatenbank NRW)

9. Erbrecht – Zur Wechselbezüglichkeit einer Schlusserbeinsetzung

(OLG Stuttgart, Beschluss vom 4.10.2018 – 8 W 423/16)

BGB §§ 2270, 2361
FamFG § 48

1. § 2361 BGB verdrängt § 48 Abs. 1 FamFG mit der Folge, dass nach Erteilung eines Erbscheins nur noch dessen Einziehung, nicht aber die Abänderung des Beschlusses über seine Erteilung in Betracht kommt.
2. Nach Errichtung eines gemeinschaftlichen Testaments kann eine inhaltlich von diesem abweichende letztwillige Verfügung des überlebenden Ehegatten, die mit der Feststellung erstellt wurde, es sei im gemeinschaftlichen Testament nicht festgelegt worden, ob der Überlebende das Testament später noch ändern und über das Vermögen frei verfügen könne, nicht als Indiz gegen die Wechselbezüglichkeit gewertet werden.

(Fundstellen: beck-online, juris)

10. Familienrecht – Zum gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes einer Leihmutter bei alsbaldiger Verbringung ins Inland

(BGH, Beschluss vom 20.3.2019 – XII ZB 530/17)

BGB §§ 1591, 1626a
EGBGB Art. 19 Abs. 1

Der gewöhnliche Aufenthalt eines im Ausland (hier: in der Ukraine) von einer Leihmutter geborenen Kindes, das entsprechend dem übereinstimmenden Willen aller an der Leihmutter beteiligt beteiligten Personen alsbald nach der Geburt rechtmäßig nach Deutschland verbracht wird, ist in Deutschland. Ein vorheriger gewöhnlicher Aufenthalt im Geburtsland bestand dann nicht.

(Fundstellen: beck-online, Bundesgerichtshof, juris)

11. Familienrecht – Zur Aufhebung einer Volljährigenadoption aus wichtigem Grund

(OLG Brandenburg, Beschluss vom 14.3.2019 – 9 UF 2/19)

FamFG §§ 58 Abs. 1, 59 Abs. 2, 63 Abs. 1, 64 Abs. 1, Abs. 2, 65 Abs. 1, 70 Abs. 2
BGB §§ 1760 Abs. 1, Abs. 2, Abs. 3, Abs. 4, Abs. 5, 1771 S. 1, S. 2
FamGKG § 42 Abs. 2, Abs. 3

1. Die Aufhebung der Volljährigenadoption aus wichtigem Grund nach § 1771 S. 1 BGB setzt einen höchstpersönlichen Antrag des Angenommenen und der Annehmenden voraus. Dies gilt auch, wenn ein Annehmender bereits verstorben ist.
2. Ein wichtiger Grund liegt nicht allein deshalb vor, weil ein Angenommener und ein Annehmender die Aufhebung der Adoption beantragen.

(RNotZ-Leitsätze)

(Fundstellen: *beck-online*, *Entscheidungsdatenbank Berlin-Brandenburg*, *juris*) ■

12. Familienrecht – Zur Übertragung der elterlichen Sorge auf einen Elternteil bei Vorliegen einer Sorgerechtsvollmacht

(OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 27.2.2019 – 8 UF 61/18)

BGB §§ 1626, 1627, 1671 Abs. 1 S. 2 Nr. 1, 1687
HGB §§ 125 Abs. 2, 150
AktG §§ 78 Abs. 4, 269 Abs. 4
GG Art. 6 Abs. 2
FamFG § 38 Abs. 3 S. 3

1. Die Übertragung der elterlichen Sorge auf einen Elternteil kann unverhältnismäßig sein, wenn der andere Elternteil ihm eine umfassende Vollmacht oder Ermächtigung bezüglich der elterlichen Sorge erteilt hat und ein zeitnahe Widerruf nicht zu befürchten ist.
2. Zur Unterscheidung zwischen Bevollmächtigung und Ermächtigung eines von zwei Gesamtvertretern durch den jeweils anderen.

(RNotZ-Leitsätze)

(Fundstellen: *beck-online*, *juris*, *Justiz Hessen*) ■

13. Handels-/Gesellschaftsrecht – Zu den Kosten der Beschwerde gegen die Ablehnung der Aufnahme einer Gesellschafterliste in den Registerordner

(BGH, Beschluss vom 7.5.2018 – II ZB 12/16)

EGGmbHG § 8
GmbHG § 40 Abs. 1 S. 1
GNotKG Anlage 1 KV Nrn. 13620, 19123
HGB § 162 Abs. 1 S. 2

Im Verfahren über eine Rechtsbeschwerde, die die Aufnahme einer Gesellschafterliste in den Registerordner zum Gegenstand hat, fällt die Gerichtsgebühr nach Nr. 19123 KV GNotKG an.

(Fundstellen: *beck-online*, *Bundesgerichtshof*, *juris*) ■

14. Handels-/Gesellschaftsrecht – Zur Vereinbarkeit der Anmeldevoraussetzungen einer Zweigniederlassung mit Unionsrecht

(BGH, Beschluss vom 14.5.2019 – II ZB 25/17)

AEUV Artt. 49, 54
HGB § 13 g Abs. 1, Abs. 2 S. 2, Abs. 3
GmbHG §§ 6 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 und Nr. 3, S. 3, 8 Abs. 3, 10 Abs. 1
RL (EU) 2017/1132 Art. 30

1. Dem Gerichtshof der Europäischen Union werden nach Art. 267 AEUV folgende Fragen zur Auslegung der Richtlinie (EU) 2017/1132 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Juni 2017 über bestimmte Aspekte des Gesellschaftsrechts (ABl. L 169 vom 30. Juni 2017, S. 46) und von Art. 49, 54 AEUV zur Vorabentscheidung vorgelegt: 1. Steht Art. 30 der Richtlinie (EU) 2017/1132 einer nationalen Regelung entgegen, nach der für die Eintragung einer Zweigniederlassung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat in das Handelsregister die Angabe der Höhe des Stammkapitals oder eines vergleichbaren Kapitalwerts erforderlich ist?
2. a) Steht Art. 30 der Richtlinie (EU) 2017/1132 einer nationalen Regelung entgegen, nach der der Geschäftsführer der Gesellschaft bei Anmeldung der Eintragung einer Zweigniederlassung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat in das Handelsregister die Versicherung abgeben muss, dass in seiner Person kein Bestellungshindernis nach nationalem Recht in Form eines gerichtlichen oder behördlichen Berufs- oder Gewerbeverbots, das mit dem Unternehmensgegenstand der Gesellschaft ganz oder teilweise übereinstimmt, oder in Form einer rechtskräftigen Verurteilung wegen bestimmter Straftaten vorliegt und dass er insoweit über seine unbeschränkte Auskunftspflicht gegenüber dem Gericht durch einen Notar, einen Vertreter eines vergleichbaren rechtsberatenden Berufs oder einen Konsularbeamten belehrt worden ist?
3. b) Falls die Frage 2 a) verneint wird: Stehen Art. 49, 54 AEUV einer nationalen Regelung entgegen, nach der der Geschäftsführer der Gesellschaft bei Anmeldung der Eintragung einer Zweigniederlassung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat in das Handelsregister eine solche Versicherung abgeben muss?

(Fundstellen: *beck-online*, *Bundesgerichtshof*, *juris*) ■

15. Handels-/Gesellschaftsrecht – Zum Anspruch eines nicht eingetragenen Gesellschafters gegen die GmbH auf Einreichung einer korrigierten Liste

(KG, Beschluss vom 10.7.2019 – 2 W 16/19)

GmbHG §§ 16 Abs. 1, 40 Abs. 1 S. 1
ZPO §§ 91 a Abs. 1 S. 1, 926 Abs. 1
AktG § 67 Abs. 2
BGB § 123
GKG § 63

1. Entsprechend der Rechtslage bei § 67 Abs. 2 AktG steht auch einem zu Unrecht nicht in die Gesellschafterliste eingetragenen Gesellschafter einer GmbH ein Anspruch auf Einreichung einer korrigierten Gesellschafterliste zu, den er im Wege der Leistungsklage gegen die Gesellschaft durchsetzen kann.
2. Ein solcher Anspruch besteht auch dann, wenn der tatsächlich eingetragene Scheingesellschafter der Einreichung einer korrigierten Gesellschafterliste widerspricht. Der Berechtigte muss sich nicht darauf verweisen lassen, die Rechtslage zunächst in einem Rechtsstreit mit dem eingetragenen Listengesellschafter (Prätendentenstreit) zu klären.
2. Das gilt auch dann, wenn zwar der Ersterwerb, nicht aber der Rückerwerb steuerbar ist.
3. Ist zwar der Rückerwerb, nicht aber der Ersterwerb steuerbar, so kann § 16 Abs. 2 Nr. 1 GrEStG nur anwendbar sein, wenn zum Zeitpunkt des Ersterwerbs das Grundstück dem damaligen Veräußerer Grunderwerbsteuerrechtlich zuzuordnen war. Dies gilt ungeachtet der Frage, ob es der Steuerbarkeit des Ersterwerbs bedarf.
4. Kommt ein Erwerbsvorgang durch einseitige Ausübung eines vertraglich begründeten Optionsrechts zustande, bezeichnet der Grunderwerbsteuerbescheid den Erwerbsvorgang in ausreichender Weise, wenn die vertraglichen Grundlagen benannt sind.

(Fundstellen: beck-online, Entscheidungsdatenbank Berlin-Brandenburg, juris)

(Fundstellen: beck-online, Bundesfinanzhof, juris)

16. Handels-/Gesellschaftsrecht – Zur Firmenidentität bei Fortführung

(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 8.3.2019 – I-3 Wx 207/18, mitgeteilt durch RiOLG a. D. von Wnuck-Lipinski)

HGB §§ 22 Abs. 1, 25 Abs. 2
FamFG §§ 59 Abs. 1, 374 Nr. 1, 382 Abs. 4 S. 2

1. Hat der Personenteil einer gemischten Sach- und Personenfirma nach der für die Beurteilung einer Firmenänderung maßgeblichen Verkehrsanschauung und aus Sicht der beteiligten Verkehrskreise als schlichter Inhaberezusatz im Sinne eines bloßen Hinweises auf den jeweiligen Inhaber (der Apotheke) keine die Firma (Sachteil „... Apotheke“) prägende Bedeutung, so stellt die Firmenänderung in Gestalt eines Wechsels des Personennamens bei einer fortgeführten Firma eine mit § 22 HGB verträgliche unwesentliche und deshalb zulässige Änderung dar.
2. Das Registergericht darf dem Antragsteller mit der Zwischenverfügung nicht die außerhalb des Vollzugs der vorliegenden Anmeldung liegende Änderung der für das erworbene Handelsgewerbe (Apotheke) vorgesehenen Firma („...“B) aufgeben, weil es davon ausgeht, dass die bisherige Firma („...A.“) unverändert fortzuführen sei.
3. Die im eigenen Namen eingelegte Beschwerde des im Rubrum genannten verfahrensbevollmächtigten, mangels Zurückweisung eines im eigenen Namen gestellten Antrages nicht in einem eigenen Recht beeinträchtigten und daher nicht beschwerdebefugten Notars steht unter der zulässigen Rechtsbedingung seiner bestehenden Beschwerdeberechtigung, weshalb eine (teilweise) Zurückweisung des eingelegten Rechtsmittels als unzulässig nicht auszusprechen ist.

(Fundstellen: beck-online, juris)

17. Steuerrecht – Zur Anwendbarkeit des § 16 GrEStG bei Beteiligungsverschiebungen an grundstückshaltenden Gesellschaften

(BFH, Urteil vom 20.2.2019 – II R 27/16)

GrEStG §§ 1 Abs. 3, 16 Abs. 2 Nr. 1

1. § 16 Abs. 2 Nr. 1 GrEStG ist auch auf Erwerbsvorgänge nach § 1 Abs. 2, 2 a und 3 GrEStG anwendbar.

18. Kostenrecht – Zum Vorrang des Kostenbeschwerdeverfahrens bei behaupteter amtspflichtwidriger Kostenerhebung

(OLG Hamm, Urteil vom 27.3.2019 – 11 U 137/18)

BNotO § 19
GNotKG §§ 19, 89, 127
BGB §§ 280 Abs. 1, 675

Ein Anspruch auf Rückzahlung von Notarkosten, die aufgrund eines amtspflichtwidrigen Verhaltens des Notars entstanden sind, kann nicht gem. § 19 BNotO, sondern nur im Beschwerdeverfahren gem. §§ 127 ff. GNotKG geltend gemacht werden.

(Fundstellen: beck-online, juris, Rechtsprechungsdatenbank NRW)

19. Berufsrecht – Zur Ablehnungspflicht des Notars bei gewichtigen Anhaltspunkten für unredliche Firmenbestattungen

(BGH, Beschluss vom 8.4.2019 – NotSt(Brfg) 5/18)

BNotO § 14 Abs. 2
BeurkG § 4

Zur disziplinarischen Ahndung der Mitwirkung an sogenannten Firmenbestattungen.

(Fundstellen: beck-online)

20. Berufsrecht – Zum Abbruch des Stellenbesetzungsverfahrens für den Anwärterdienst mangels geeigneter Bewerber

(BGH, Beschluss vom 8.4.2019 – NotZ(Brfg) 9/18)

BNotO §§ 4, 6 Abs. 1, 6 b Abs. 4, 7 Abs. 2, 7 a f., 111 b, 111 d S. 2
VwGO §§ 108 Abs. 1 S. 2, 124 Abs. 2 Nr. 1, Nr. 5, 154 Abs. 2, 162 Abs. 3

Zum Erlöschen des Bewerbungsverfahrensanspruchs eines Bewerbers um die Aufnahme in den notariellen Anwärterdienst durch Abbruch des Stellenbesetzungsverfahrens.

(Fundstellen: beck-online, Bundesgerichtshof, juris)

Happ/Groß/Möhrle/Vetter, Aktienrecht, Handbuch – Mustertexte – Kommentar, Band I, 5. Auflage 2019

Carl Heymanns Verlag, 1.519 Seiten, ISBN 978-3-452-28994-0, 169,- Euro

Das „Aktienrecht“ von *Happ* dürfte jedem mit dem Recht der Aktiengesellschaft befassten Kautelarjuristen bekannt sein. Die fünfte Auflage des Werks bringt einige Änderungen, die die Herausgeber von einem „Neuanfang“ sprechen lassen.

Dies gilt zum einen im Hinblick auf die Herausgeber. Zu *Dr. Wilhelm Happ* und *Dr. Wolfgang Groß* sind die bisherigen Autoren *Dr. Frauke Möhrle* und *Dr. Eberhard Vetter* als weitere Herausgeber hinzutreten. Als Autor wurde Herr *Dr. Lars Bohlken* aufgenommen.

Zum anderen kommt es im Zuge der Neuauflage zu inhaltlichen Verschiebungen. Bisher gab es zwei Bände des *Happ*, zum einen das „Aktienrecht“ und zum anderen das „Konzern- und Umwandlungsrecht“. Für die Neuauflage haben Verlag und Herausgeber entschieden, das Konzernrecht in das „Aktienrecht“ aufzunehmen und damit die aktienrechtlichen Materien zusammenzuführen. Dieser begrüßenswerte Schritt führt dazu, dass das „Aktienrecht“ in zwei Bände aufgeteilt wurde.

Der hier besprochene Band I umfasst insbesondere die Bereiche Satzung, Gründung, Zweigniederlassung, aktienrechtliche Urkunden, Verfügungen über sowie Änderung von Aktienrechten, Mitteilungen und Bekanntmachungen, die Organe Vorstand, Aufsichtsrat und Hauptversammlung sowie die Auflösung und Abwicklung.

Der für November 2019 angekündigte Band II behandelt u. a. Kapitalmaßnahmen, Börsenein- und -austritt, Unternehmensverträge, Aktienpool, Squeeze-out und die gerichtlichen Verfahren. Im „Umwandlungsrecht“ werden die bisher im Band „Konzern- und Umwandlungsrecht“ enthaltenen Muster zum Umwandlungsrecht und zur SE enthalten sein.

Das bewährte Konzept des Werks bestehend aus handbuchmäßigen Erläuterungen, Mustertexten und der Kommentierung der damit verbundenen Rechtsfragen wurde unverändert beibehalten. Rechtsprechung und Schrifttum wurden bis Ende Juli 2018 berücksichtigt.

Die seit der Voraufgabe erfolgten gesetzlichen Änderungen wurden sorgfältig eingearbeitet. Beispielsweise wurde die

durch die Aktienrechtsnovelle 2016 erfolgte Aufwertung der Namensaktie sowohl in die Satzungsmuster (bspw. K 1.01 Rn. 14.1 und 14.7) als auch in die Muster der aktienrechtlichen Urkunden (K 4.02 Rn. 1.1) sowie der Umwandlung von Inhaberaktien in Namensaktien und umgekehrt (K 6.02 Rn. 1.3 und K 6.03 Rn. 1.1) eingepflegt. Gleiches gilt für die Flexibilisierungen, die die Aktienrechtsnovelle 2016 für die Vorzugsaktien vorgesehen hat (vgl. etwa K 4.05 Rn. 2.1 und 4.1 zu §§ 139, 140 AktG n. F.). Ferner wurden Hinweise auf die EU-Aktionärsrechte-Richtlinie (2017/828) aufgenommen (vgl. bspw. K 8.08 Rn. 9.10 ff. zur Vorstandsvergütung).

Für Notare dürften aus dem Band I vor allem die Abschnitte Satzung, Gründung, Zweigniederlassung, Hauptversammlung sowie Auflösung und Abwicklung von Interesse sein. Die von Herrn Rechtsanwalt *Dr. Roland Pühler* bearbeiteten Satzungsmuster (M 1.01 bis 1.05) umfassen samt der umfangreichen und mit zahlreichen Alternativformulierungen versehenen Anmerkungen über 270 Seiten und gehen auf alle praxisrelevanten Fragen der Satzungs-gestaltung ein.

Besonders hervorzuheben ist das samt Anmerkungen knapp 100 Seiten umfassende von Herrn Notar *Prof. Dr. Norbert Zimmermann* verantwortete Muster einer notariellen Niederschrift über die Beschlüsse der ordentlichen Hauptversammlung einer börsennotierten AG (M 10.17). Dem Verfasser ist keine prägnantere und kenntnisreichere Zusammenfassung aller im Zusammenhang mit der Betreuung und Beurkundung einer Hauptversammlung durch den Notar relevanten Fragestellungen bekannt.

Aus notarieller Sicht sehr hilfreich sind ferner die von Herrn Notar *Dr. Peter Schmitz* verantworteten umfangreichen Hinweise zu den Kosten. Daneben hat Herr Rechtsanwalt und Steuerberater *Dr. Jochen Bahns* die Muster mit wertvollen Hinweisen zu Steuern versehen.

Für den Praktiker ist der *Happ* von unschätzbarem Wert. Die Synthese aus Handbuch, Formularbuch und Kommentar gelingt in vorbildlicher Weise. Gleiches gilt für die Balance aus Wissenschaftlichkeit und Praxisnähe. Jedem mit aktienrechtlichen Fragestellungen befassten Berater kann der erste Band von *Happs* „Aktienrecht“ wärmstens zur Anschaffung empfohlen werden.

Notarassessor Mikolaj Pogorzelski, LL.M. (Harvard), Düsseldorf ■