

## Das Vertretungsrecht der Kirchen in Nordrhein-Westfalen – Grundbuch- und Beurkundungsverfahren

*Notarassessorin Hanna Bamberger, Bonn*

- A. Einleitung
- B. Aufbau und Rechtsfähigkeit der Kirchen
  - I. Struktureller Aufbau
    - 1. Katholische Kirche
    - 2. Evangelische Kirche
  - II. Körperschaftsstatus
    - 1. Verfassungsrechtlicher Hintergrund
    - 2. Katholische Kirche
      - a) Kirchengemeinden, Fondsvermögen, Gemeindeverbände
      - b) Diözesen, Bischöflicher Stuhl, Domkapitel
      - c) Orden, Rendanturen, Dekanate
    - 3. Evangelische Kirche
- C. Kirchliches Regelwerk in seiner Anwendung
  - I. Normgefüge der katholischen Kirche
    - 1. Anwendungsbereich und personelle Anforderungen
      - a) Kirchengemeinde und Fondsvermögen
      - b) Gemeindeverband
      - c) Diözese, Bischöflicher Stuhl, Domkapitel
    - 2. Formelle Anforderungen
    - 3. Genehmigungserfordernisse
      - a) Genehmigung der Staatsbehörde
      - b) Genehmigung der kirchlichen Behörden
        - aa) Genehmigung der bischöflichen Behörde
          - (1) Genehmigungstatbestände
          - (2) Form und Zuständigkeit
          - (3) Bezugspunkt der Genehmigung
        - bb) Genehmigung des Heiligen Stuhls
  - II. Normgefüge der evangelischen Kirchen
    - 1. Anwendungsbereich und personelle Anforderungen
      - a) Evangelische Kirche im Rheinland
      - b) Evangelische Kirche von Westfalen
      - c) Lippische Landeskirche
    - 2. Formelle Anforderungen
    - 3. Genehmigungserfordernisse
      - a) Genehmigung der Staatsbehörde
      - b) Genehmigung des Landeskirchenamts
        - aa) Genehmigungstatbestände
        - bb) Form und Zuständigkeit
        - cc) Bezugspunkt der Genehmigung
- D. Rechtsträgerübergreifende materiellrechtliche Fragen
  - I. Rechtsfolgen bei Form- und Genehmigungsmängeln
    - 1. Genehmigungsmängel
    - 2. Formverstöße
  - II. Bedeutung des Organbeschlusses für das vertretungsrechtliche Außenverhältnis
  - III. Unzulässigkeit einer Generalvollmacht
  - IV. § 181 BGB in kirchlichem Kontext
    - 1. Im Allgemeinen: § 181 BGB und öffentlich-rechtliche Körperschaften
    - 2. Im Besonderen: Streitstand zu den Kirchen
      - a) Beschluss des Bayerischen Obersten Landesgerichts vom 30. 11. 1973
      - b) Beschluss des Oberlandesgerichts Hamm vom 30. 5. 1974
      - c) Stellungnahme
        - aa) Katholischer Kirchenvorstand und katholischer Bischof
        - bb) Vertretungsorgane der evangelischen Kirchen und katholischer Gemeindeverband
  - 3. Zusammenfassung
  - V. Exkurs: Die Unternehmereigenschaft der Kirchen
    - 1. Streitstand
    - 2. Stellungnahme
- E. Verfahrensrecht
  - I. Prüfungspflichten
    - 1. Grundbuchverfahren
    - 2. Beurkundungsverfahren
  - II. Nachweismittel
    - 1. Grundbuchverfahren
      - a) Grundnorm des § 29 Abs. 1 GBO
      - b) Begriff der öffentlichen Urkunde im kirchlichen Kontext
      - c) Nachweiserleichterung durch § 29 Abs. 3 GBO
      - d) Schlussfolgerungen
    - 2. Beurkundungsverfahren
      - a) Normative Grundaussagen
      - b) Nachweiserleichterung
    - 3. Sonderproblem: Gesetzliche Vertretung des kirchlichen Rechtsträgers
      - a) Beidrückung des Siegels unter die notarielle Urkunde
      - b) Vertretungsbestätigung durch Eigenurkunde/durch die Aufsichtsbehörde
  - III. Zusammenfassung
- III. Zusammenfassung: Parallele Struktur des Regelwerks

## F. Schluss

## A. Einleitung

Die Kirche spielt nicht nur in der Welt des Glaubens eine tragende Rolle, sie ist auch aus dem Wirtschaftsleben nicht wegzudenken.<sup>1</sup> Ihre Rechtsvorschriften zu Vertretung, Form und Genehmigung treffen das Herzstück der notariellen Prüfungs- und Belehrungspflichten. Eine Antwort auf die sich in diesem Zusammenhang stellenden Fragen liegt nicht immer auf der Hand, da fehlendes öffentliches Register und die mit der Rechtsetzungsbefugnis der Kirchen als Körperschaften des öffentlichen Rechts verbundene Normenvielfalt den Überblick erschweren. Ziel dieser Abhandlung ist es, dem mit evangelischen oder römisch-katholischen Rechtsträgern befassten Notar eine Übersicht über das in Nordrhein-Westfalen geltende Normengerüst zu geben und seinen Blick dafür zu schärfen, wo in materieller wie verfahrensrechtlicher Hinsicht das sichere Fahrwasser endet.<sup>2</sup>

Nach einem Überblick über den organisatorischen Aufbau und über den verfassungsrechtlichen Körperschaftsstatus der Kirchen (B.) werden zunächst die in Nordrhein-Westfalen geltenden materiellrechtlichen Vertretungs-, Form- und Genehmigungserfordernisse erörtert. Hierbei wird in einem ersten Schritt das Vertretungsrecht der einzelnen Rechtsträger einschließlich der sich aus den jeweiligen Rechtsgrundlagen ergebenden Auslegungsfragen erläutert (C.). In einem zweiten Schritt werden sodann die rechtsträgerübergreifenden allgemeinen zivilrechtlichen Problemstellungen in den Fokus der Betrachtung gerückt (D.). Anschließend werden die mit dem Vertretungsrecht zusammenhängenden beurkundungs- und grundbuchrechtlichen Verfahrensfragen dargestellt (E.). Der Versuch einer vereinfachten Darstellung der wesentlichen Vertretungsregeln findet sich abschließend in einer tabellarischen Übersicht (F.).

## B. Aufbau und Rechtsfähigkeit der Kirchen

## I. Struktureller Aufbau

## 1. Katholische Kirche

Die römisch-katholische Weltkirche ist streng hierarchisch aufgebaut und im Vergleich zur evangelischen Kirche einer weitgehend einheitlichen organisatorischen und normativen Struktur unterworfen. Kirchenrechtlich verfügt sie über eine umfassende Kodifikation ihres Rechts, den Codex Iuris Canonici (CIC)<sup>3</sup>, der lediglich abhängig von dem jeweils maßgeblichen staatlichen System Modifikationen in seiner Anwendung erfährt.

Die Weltkirche ist gegliedert in Teilkirchen, die die Gesamtkirche unter Berücksichtigung der örtlichen Lebensbedingungen und Traditionen repräsentieren.<sup>4</sup> In der kirchlichen Terminologie werden diese Teilkirchen als „Diözesen“ oder „Bistümer“ bezeichnet.<sup>5</sup> In Nordrhein-Westfalen existieren insgesamt fünf Diözesen, nämlich die Diözesen Köln, Aachen, Essen, Münster und Paderborn. Jeder Diözese steht ein Bischof vor, der

nach katholischem Verständnis kraft göttlicher Einsetzung an die Stelle der Apostel getreten ist und persönlich mit umfassender gesetzgebender, richterlicher und ausführender Gewalt ausgestattet ist.<sup>6</sup> Im Bereich der ausführenden Gewalt und in der Vermögensverwaltung wird er durch den Generalvikar unterstützt.<sup>7</sup>

Die in Deutschland belegenen Bistümer haben sich zu insgesamt sieben Kirchenprovinzen zusammengeslossen (Hamburg, Köln, Paderborn, Berlin, Freiburg, Bamberg und München-Freising), denen der jeweilige Erzbischof vorsteht.<sup>8</sup> Zur Wahrnehmung von Aufgaben im rechtlichen und wirtschaftlichen Bereich sind sie ferner im „Verband der Diözesen Deutschlands“ (VDD),<sup>9</sup> dem Träger der Deutschen Bischofskonferenz, organisiert. Selbstständig neben dem Bischof und der Diözese bestehen die Domkapitel (auch Metropolitantkapitel genannt), denen einerseits die Organisation der Gottesdienste in der Domkirche obliegt und die andererseits dem Bischof beratend zur Seite stehen.<sup>10</sup>

Kleinste organisatorische Einheit innerhalb einer Diözese ist die Kirchengemeinde (staatlicher Sprachgebrauch) oder Pfarrei (kirchlicher Sprachgebrauch). Die Leitung der Kirchengemeinde übernimmt nach kirchlichem Verständnis der Pfarrer unter der Autorität des Bischofs, wobei im Bereich der Teilnahme am staatlichen Rechtsverkehr in Nordrhein-Westfalen an die Stelle des Pfarrers der Kirchenvorstand mit dem Pfarrer als Vorsitzendem getreten ist. Mit dem Ziel, die gemeinsame Seelsorge zu fördern, bilden mehrere Kirchengemeinden ein Dekanat. Sie können sich ferner zu Gemeindeverbänden zusammenschließen, sei es unter Gesichtspunkten der Gebietseinteilung, sei es zu einem bestimmten Zweck.<sup>11</sup> Die Finanz- und Vermögensverwaltung mehrerer Kirchengemeinden übernehmen meist übergeordnete Organisations- und Beratungseinheiten, sogenannte Rendanturen.<sup>12</sup>

1 Nach Schätzungen verfügen die Kirchen über rund 8 251 000 000 m<sup>2</sup> Grundbesitz (Hochrechnungen bezogen auf das Jahr 1990 nach Frerk, Finanzen und Vermögen der Kirchen in Deutschland, 3. Aufl. 2004, S. 210).

2 Zur Vertretungssituation in Bayern: Seeger, MittBayNot 2003, 361 (evangelische Kirche) und Eckert/Heckel, MittBayNot 2006, 471 (katholische Kirche); allg. Überblick zum Vertretungsrecht der Kirchen: Riggers, JurBüro 1967, 698; Scheffler, NJW 1977, 740 (evangelische Kirchen); Busch, Die Vermögensverwaltung und das Stiftungsrecht im Bereich der katholischen Kirche, HdbStKirchR, Bd. 2, 2. Aufl. 1994, 947, 971 ff. (katholische Kirche).

3 In der Fassung von 1983, abrufbar unter [www.vatican.va](http://www.vatican.va).

4 De Wall/Muckel, Kirchenrecht, 3. Aufl. 2012, S. 130.

5 Die Begriffe „Diözese“ und „Bistum“ werden deckungsgleich verwendet.

6 De Wall/Muckel, a.a.O. (Fn. 4), S. 131, 142.

7 Schlieff, Die Organisationsstruktur der katholischen Kirche, HdbStKirchR, Bd. 1, 2. Aufl. 1995, 347, 372 f.; de Wall/Muckel, a.a.O. (Fn. 4), S. 142, 144.

8 Der Erzbischof wird auch als Metropolit bezeichnet. Das Bistum des Erzbischofs wird Erzbistum genannt, die weiteren Bistümer der Kirchenprovinz heißen Suffraganbistümer.

9 Schlieff, a.a.O. (Fn. 7), 365.

10 Schwendenwein, Die katholische Kirche – Aufbau und rechtliche Organisation, 2003, S. 428 f.; de Wall/Muckel, a.a.O. (Fn. 4), S. 142 (zur Beratungsfunktion).

11 Im pastoralen Sprachgebrauch werden die Kirchengemeindeverbände auch „Pfarreiengemeinschaft“ genannt.

12 Vgl. zu all dem: Schlieff, a.a.O. (Fn. 7), 347, 374 ff.; de Wall/Muckel, a.a.O. (Fn. 4), S. 142; Emsbach/Seeburger, Rechte und Pflichten des Kirchenvorstandes, 11. Aufl. 2012, Rn. 8.

## 2. Evangelische Kirche

Im Gegensatz zum hierarchisch geprägten Aufbau der katholischen Kirche ist wesentliches Organisationsmerkmal der evangelischen Kirche ihre pfarrkirchliche, von der kleinsten organisatorischen Einheit ausgehende Grundstruktur.<sup>13</sup> Eine einheitliche Kodifikation des Kirchenrechts existiert nicht; jede der einzelnen evangelischen Kirchen verfügt über eine eigene Rechtsordnung.

Auf nationaler Ebene haben sich die lutherischen, reformierten und unierten Landeskirchen zur Evangelischen Kirche in Deutschland zusammengeschlossen.<sup>14</sup> In Nordrhein-Westfalen existieren (geographische Randbereiche nicht mitgezählt) insgesamt drei Landeskirchen, namentlich die Evangelische Kirche im Rheinland, die Evangelische Kirche von Westfalen und die Lippische Landeskirche.<sup>15</sup> Die Leitung der Landeskirche obliegt dem Präsidium (Rheinland, Westfalen) bzw. dem Landeskirchenrat (Lippe) im Auftrag der jeweiligen Landessynode. Der Kirchenleitung steht der Präses (Rheinland, Westfalen) bzw. der Landessuperintendent (Lippe) vor. Unterstützt wird die Kirchenleitung durch das Landeskirchenamt, das die allgemeine Verwaltung der Landeskirche übernimmt.

Ebenso wie in der katholischen Kirche ist die kleinste Einheit innerhalb der Landeskirche die Kirchengemeinde. Das Leitungsorgan, dem der Pfarrer vorsteht, heißt nur in der Lippischen Landeskirche „Kirchenvorstand“. Im Rheinland und in Westfalen wird das Leitungsorgan als „Presbyterium“ bezeichnet. Zwischen Landeskirche und Kirchengemeinden existiert auch in den evangelischen Kirchen eine organisatorische Zwischenebene: Mehrere Kirchengemeinden bilden im Rheinland und in Westfalen einen Kirchenkreis und in Lippe eine Klasse. Organ der Zwischenebene ist der Kreissynodalvorstand (Rheinland, Westfalen) bzw. der Klassenvorstand (Lippe) mit dem Superintendenten an der Spitze. Zum Zwecke der Zusammenarbeit können Kirchengemeinden und Kirchenkreise einen kirchlichen Verband bilden.

## II. Körperschaftsstatus

### 1. Verfassungsrechtlicher Hintergrund

Den organisatorischen Aufbau der Kirchen vor Augen stellt sich die Frage, welchen Einheiten Rechtsfähigkeit im staatlichen Sinne zukommt und inwieweit die kirchliche Binnenorganisation Wirkung auch für den allgemeinen Zivilrechtsverkehr entfaltet. Wer den Mechanismus von Rechtsfähigkeit und Rechtsquellen innerhalb der Kirchen verstehen möchte, kommt an einer Auseinandersetzung mit den verfassungsrechtlichen Grundentscheidungen nicht vorbei. Denn der aus Art. 140 GG i.V.m. 137 Abs. 5 WRV abzuleitende Körperschaftsstatus der Religionsgesellschaften bewirkt unabhängig von den Vorschriften des bürgerlichen Rechts die Rechtsfähigkeit der jeweiligen Einheit für die gesamte staatliche Rechtsordnung.<sup>16</sup> Ferner ermächtigt er dazu, Rechtsnormen mit verbindlicher Wirkung für den staatlichen Rechtsverkehr zu schaffen,<sup>17</sup> insbesondere also auch das Vertretungsregime mit Außenwirkung zu regeln.<sup>18</sup>

Religionsgesellschaften, die bereits vor Inkrafttreten der Weimarer Reichsverfassung Körperschaften des öffentlichen Rechts waren, bleibt der Körperschaftsstatus nach Art. 137 Abs. 5 WRV erhalten (sogenannte altkorporierte, vorkonstitutionelle oder geborene Körperschaften). Anderen Religionsgesellschaften sind auf Antrag die gleichen Rechte zu gewähren, wenn sie durch ihre Verfassung und die Zahl ihrer Mitglieder die Gewähr der Dauer bieten (sogenannte neukorporierte oder gekorene Körperschaften).<sup>19</sup> Den übrigen Religionsgesellschaften verbleiben die allgemeinen Organisationsformen des bürgerlichen Rechts, insbesondere die Organisationsform des Vereins.

„Religionsgesellschaften“ i. S. d. Weimarer Reichsverfassung sind bei wörtlicher Begriffsfassung nur die bestehenden Gesamtkirchen (also die katholische Weltkirche und die evangelischen Landeskirchen).<sup>20</sup> Es ist gleichwohl anerkannt, dass auch die territorialen Untergliederungen der Kirchen selbstständige Körperschaften des öffentlichen Rechts sein können.<sup>21</sup> Ferner besteht die Befugnis, neue Untergliederungen oder Zusammenschlüsse zu errichten und bestehende Einheiten zu ändern oder aufzuheben.<sup>22</sup> Sollen nach Inkrafttreten der Verfassung neu gebildete Untergliederungen bzw. Zusammenschlüsse auch nach *staatlichem* Recht über Rechtspersönlichkeit verfügen, bedarf es jedoch einer (konstitutiven) staatlichen Mitwirkung.<sup>23</sup>

### 2. Katholische Kirche

#### a) Kirchengemeinden, Fondsvermögen, Gemeindeverbände

Es versteht sich von selbst, dass es in der Praxis weder möglich noch erforderlich ist, den Entstehungsprozess eines jeden Rechtsträgers nachzuverfolgen und zu

13 Hammer, Die Organisationsstruktur der evangelischen Kirche, HdbStKirchR, Bd. 1, 1974, 327.

14 Hammer, a.a.O. (Fn. 13), 328.

15 Vgl. zum Aufbau: www.ekd.de. Neben den in der EKD zusammengeschlossenen Kirchen existieren weitere freie evangelische Kirchen (z. B. die Selbstständige Evangelisch-Lutherische Kirche). Diese werden an dieser Stelle nicht besprochen.

16 Friesenhahn, Die Kirchen und Religionsgemeinschaften als Körperschaften des öffentlichen Rechts, HdbStKirchR, Bd. 1, 1974, 545, 554; Sachs/Ehlers, 6. Aufl. 2011, Art. 140 GG Rn. 21.

17 Meyer, Vermögensverwaltung und das Stiftungsrecht im Bereich der evangelischen Kirche, HdbStKirchR, Bd. 2, 2. Aufl. 1994, 907, 919; Magen, Körperschaftsstatus und Religionsfreiheit, 2004, S. 105.

18 Marx, Staatskirchenrechtliche Bestimmungen zum Kirchenvermögens- und Stiftungsrecht im Bereich der katholischen Kirche, HdbStKirchR, Bd. 2, 1975, 117, 129 f.; Eckert/Heckel, MittBayNot 2006, 471, 472; Bauer/v. Oefele/Bauer, 3. Aufl. 2013, GBO AT I Rn. 59.

19 Eine Übersicht über die anerkannten Körperschaften findet sich auf der Internetseite des Bundesministeriums des Innern unter www.ciec-deutschland.de/CIEC/DE/Aktuelles/aktuelles\_node.html.

20 Jurina, Der Status von Kirchen und Religionsgemeinschaften als Körperschaften des öffentlichen Rechts im Alltag, FS Rübner, 2003, 381, 383 f.; ähnlich auch: Rübner, Die Gründung juristischer Personen des öffentlichen Rechts durch die Kirchen, FS Listl, 1999, 431.

21 Jurina, a.a.O. (Fn. 20), 383 f.

22 Muckel, Der Staat 1999, 569, 576; Dreier/Morlok, Bd. 3, 2. Aufl. 2008, Art. 137 WRV Rn. 93.

23 Rübner, a.a.O. (Fn. 20), 433; Albrecht, Die mittelbare Kirchenverwaltung, FS Listl, 1999, 449, 454; Quaas, NVwZ 2009, 1400, 1404.



überprüfen, ob es sich um eine vorkonstitutionelle Körperschaft oder um eine nachkonstitutionelle Körperschaft nach staatlicher Anerkennung handelt. Wenn dem Notar keine anderen Anhaltspunkte vorliegen, darf er davon ausgehen, dass katholische Kirchengemeinden und Gemeindeverbände Körperschaften des öffentlichen Rechts sind.<sup>24</sup>

Innerhalb der Kirchengemeinden existieren ferner selbstständige Vermögensmassen, die über eine eigene, von der Gemeinde zu unterscheidende Rechtspersönlichkeit auch im staatlichen Sinne verfügen. Die Bezeichnungen für die Vermögensmassen variieren. Kirchenrechtlich zu unterscheiden sind der Fabrikfonds (im Wesentlichen das Kirchengebäude), das traditionell der Versorgung der Kirchendiener dienende sogenannte Stellenvermögen (auch Pfründenvermögen, Pfründenstiftung, Pfarrfonds, Vikariefonds, Küstereifonds genannt) und das sich aus Schenkungen und testamentarischen Verfügungen speisende Stiftungsvermögen (auch Stiftungsfonds genannt).<sup>25</sup> Mangels Mitgliedern wird man diese Vermögensmassen nicht als Körperschaften qualifizieren können.<sup>26</sup> Gleichwohl steht nach Maßgabe des in Nordrhein-Westfalen geltenden Gesetzes über die Verwaltung des katholischen Kirchenvermögens vom 24. Juli 1924 (KVVG)<sup>27</sup> fest, dass sie keine bloßen Verwaltungseinheiten, sondern eigenständige Rechtsträger sind.<sup>28</sup> Hintergrund hierfür ist, dass im Recht der katholischen Kirche traditionell nicht der Kirchengemeinde, sondern ausschließlich einzelnen Vermögensmassen Rechtspersönlichkeit zukam. Erst Ende des 19. Jahrhunderts wurde die Kirchengemeinde in Preußen als Rechtsträgerin eingeführt, ohne jedoch die kirchenrechtlich bestehenden selbstständigen Vermögensmassen zu verdrängen.<sup>29</sup>

Für die notarielle Praxis folgt aus der Selbstständigkeit des Fondsvermögens zweierlei: Erstens muss darauf geachtet werden, welche der erwähnten Rechtspersönlichkeiten Vertragspartner wird. So sollte aus dem Rubrum der Urkunde und aus dem Grundbuch ersichtlich sein, ob die Kirchengemeinde oder die Vermögensmasse in der Kirchengemeinde der kontrahierende Rechtsträger ist. Jedenfalls ist ein die Vermögensmasse kennzeichnender Zusatz aufzunehmen,<sup>30</sup> der dann allerdings nicht in Klammern, sondern in Parenthese gesetzt werden sollte. Denn ein Klammerzusatz kennzeichnet gemäß § 15 Abs. 2 GBV lediglich den Teil des Vermögens, zu dem das Grundstück oder Recht gehört, bzw. bringt die Zweckbestimmung des Grundstücks zum Ausdruck. Er macht jedoch nicht hinreichend deutlich, dass eine eigene Rechtspersönlichkeit vorliegt.<sup>31</sup> Es sollte folglich nicht heißen: „St. Andreas Gemeinde in Musterstadt (Pfarrfonds)“, sondern etwa „Pfarrfonds der St.-Andreas-Kirche der Kirchengemeinde St. Andreas in Musterstadt“ oder „St. Andreas Gemeinde in Musterstadt – Pfarrfonds der St.-Andreas-Kirche“. Die genaue Bezeichnung des Rechtsträgers ist bei den Beteiligten zu erfragen.

Zweitens bedarf es aufgrund der rechtlichen Eigenständigkeit zur Verschiebung von innergemeindlichem Immobilienvermögen (von Kirchengemeinde auf Fondsvermögen oder umgekehrt) eines Übertragungsvertrages mit Auflassung.

## b) Diözesen, Bischöflicher Stuhl, Domkapitel

Ebenfalls Körperschaften des öffentlichen Rechts sind die einzelnen Diözesen (= Bistümer)<sup>32</sup> und – von ihnen zu unterscheiden – die Bischöflichen Stühle<sup>33</sup>, der Verband der Diözesen Deutschlands (kraft Anerkennung)<sup>34</sup> und die Domkapitel.<sup>35</sup>

## c) Orden, Rendanturen, Dekanate

Orden und Kongregationen sind in Nordrhein-Westfalen in aller Regel nicht körperschaftlich strukturiert.<sup>36</sup> Auch den Rendanturen und Dekanaten kommt keine Körperschaftsqualität im staatlichen Sinne zu.<sup>37</sup>

## 3. Evangelische Kirche

Das Bild der evangelischen Körperschaftslandschaft stellt sich weniger bunt dar. Im Wesentlichen ist die Evangelische Kirche in Deutschland (EKD) selbst anzutreffen, die ebenso wie ihre Gliedkirchen – die Landeskirchen – Körperschaft des öffentlichen Rechts ist.<sup>38</sup> Über Körperschaftsstatus verfügen in allen drei Landeskirchen zudem die Kirchengemeinden<sup>39</sup> und die kirchlichen Verbände.<sup>40</sup> Ebenso sind im Rheinland und in Westfalen die Kirchenkreise körperschaftlich strukturiert.<sup>41</sup> Die Klassen der Lippischen Landeskirche sind hingegen lediglich innerkirchlich selbstständige Mittelinstanzen ohne Korporationsqualität.<sup>42</sup> Mit dem ka-

24 Körperschaftsstatus der Gemeinden: Marx, a.a.O. (Fn. 18), 132 ff.; Bauschke, Der Kirchenvorstand im Erzbistum Paderborn, 2000, S. 25. – Körperschaftsstatus der Gemeindeverbände: Pree/Primetshofer, Das kirchliche Vermögen, seine Verwaltung und Vertretung, 2. Aufl. 2010, S. 46.

25 Zu alldem Emsbach/Seeberger, a.a.O. (Fn. 12), Rn. 69 ff.

26 Busch, a.a.O. (Fn. 2), 972: „rechtsfähige Stiftungen des öffentlichen Rechts“.

27 PrGS. S. 585/SGV NRW 222, abrufbar unter [www.recht.nrw.de](http://www.recht.nrw.de). – „Der Kirchenvorstand verwaltet das Vermögen in der Kirchengemeinde. Er vertritt die Gemeinde und das Vermögen.“ (§ 1 Abs. 1 KVVG, Hervorhebung durch Verf.).

28 OLG Düsseldorf RNotZ 2012, 461; LG Düsseldorf MittRhNotK 1981, 167; OLG Hamm Rpfleger 1974, 310; Marx, a.a.O. (Fn. 18), 134; Bauschke, a.a.O. (Fn. 24), S. 25; Pree/Primetshofer a.a.O. (Fn. 24), S. 38.

29 Emsbach/Seeberger, a.a.O. (Fn. 12), Rn. 6.

30 Emsbach/Seeberger, a.a.O. (Fn. 12), Rn. 6.

31 Vgl. zur Bezeichnung im Grundbuch: LG Düsseldorf MittRhNotK 1981, 167, 168.

32 Pree/Primetshofer, a.a.O. (Fn. 24), S. 33.

33 Busch, a.a.O. (Fn. 2), 960; Pree/Primetshofer, a.a.O. (Fn. 24), S. 35.

34 Schlieff, a.a.O. (Fn. 7), 365. – Die Deutsche Bischofskonferenz als solche ist hingegen nach staatlichem Recht nicht rechtsfähig.

35 Marx, a.a.O. (Fn. 18), 132; Pree/Primetshofer, a.a.O. (Fn. 24), S. 36. – Teilweise ist auch die Domkirche selbst ein eigener Rechtsträger (Stichwort: „Der Dom gehört sich selbst“), vgl. Heimerl/Pree, Handbuch des Vermögensrechts der katholischen Kirche, 1993, S. 358.

36 Marx, a.a.O. (Fn. 18), 133; Ruffner, a.a.O. (Fn. 20), 442. – In anderen Bundesländern (z. B. in Bayern) können Ordensgemeinschaften körperschaftlich strukturiert sein.

37 Vgl. Busch, a.a.O. (Fn. 2), 960, der die Körperschaften in staatlichem Sinne umfassend aufzählt; Schlieff, a.a.O. (Fn. 7), 375 (zum Dekanat).

38 Wasse, Die Werke und Einrichtungen der evangelischen Kirche, 1954, S. 2.

39 Sachs/Ehlers, Art. 137 WRV Rn. 27 ff.; de Wall/Muckel, a.a.O. (Fn. 4), S. 281.

40 Vgl. die Verbandsgesetze der jeweiligen Landeskirche (abrufbar unter [www.kirchenrecht-ekir.de](http://www.kirchenrecht-ekir.de); [www.kirchenrecht-ekvw.de](http://www.kirchenrecht-ekvw.de); [www.kirchenrecht-lippe.de](http://www.kirchenrecht-lippe.de)).

41 Hammer, a.a.O. (Fn. 13), 338; Schilberg, Evangelisches Kirchenrecht in Rheinland, Westfalen und Lippe, 2003, S. 6.

42 Scheffler, NJW 1977, 740, 745; Schilberg, a.a.O. (Fn. 41), S. 6.

tholischen Fondsvermögen vergleichbare Rechtsträger existieren in der evangelischen Kirche nicht (mehr);<sup>43</sup> Vermögensmassen können jedoch als Stiftungen des öffentlichen oder privaten Rechts rechtsfähig sein.

## C. Kirchliches Regelwerk in seiner Anwendung

### I. Normgefüge der katholischen Kirche

Trotz grundsätzlich bestehender Rechtsetzungsbefugnis fehlt in der katholischen Kirche innerhalb des Landes Nordrhein-Westfalen ein kirchliches Gesetz zur Regelung des Vertretungsregimes. Zwar finden sich im CIC zahlreiche Vertretungsregeln; diese gelten im staatlichen Rechtsverkehr jedoch nur, soweit sie nicht durch speziellere staatliche Gesetze verdrängt werden. Eine solche spezialgesetzliche Regelung existiert für die Vertretung der Kirchengemeinden und Gemeindeverbände in dem Gesetz über die Verwaltung des katholischen Kirchenvermögens vom 24. Juli 1924<sup>44</sup> (KVVG). Dieses Gesetz wurde der katholischen Kirche ursprünglich oktroyiert, es wird jedoch seit mittlerweile fast 90 Jahren einvernehmlich angewandt und ist weder durch das Gesetz zur Bereinigung des in Nordrhein-Westfalen geltenden preußischen Rechts vom 7. November 1961<sup>45</sup> noch – wie in anderen Bundesländern auf ehemals preußischem Staatsgebiet – durch Staatsverträge abgelöst worden.<sup>46</sup>

#### 1. Anwendungsbereich und personelle Anforderungen

##### a) Kirchengemeinde und Fondsvermögen

Das KVVG regelt die Vertretung der selbstständigen Vermögensmassen (Pfarrfonds, Fabrikfonds etc.) und der Kirchengemeinden parallel. In § 1 Abs. 1 KVVG heißt es:

*„Der Kirchenvorstand verwaltet das Vermögen in der Kirchengemeinde. Er vertritt die Gemeinde und das Vermögen.“*

Die grundsätzliche Geschäftsführungs- und Vertretungskompetenz liegt demnach beim Kirchenvorstand, der gemäß § 13 KVVG durch Beschluss entscheidet. § 14 S. 2 und 3 KVVG knüpft die Außenvertretung in bestimmten Konstellationen an ein formgemäßes Zusammenwirken dreier Mitglieder des Kirchenvorstandes:<sup>47</sup>

*„Die Willenserklärungen des Kirchenvorstandes verpflichten die Gemeinde und die vertretenen Vermögensmassen nur dann, wenn sie der Vorsitzende oder sein Stellvertreter und zwei Mitglieder schriftlich unter Beidrückung des Amtssiegels abgeben. Hierdurch wird nach außen die Ordnungsmäßigkeit der Beschlussfassung festgestellt.“*

Seinem unmittelbaren Wortlaut nach findet § 14 S. 2 KVVG lediglich Anwendung auf „Willenserklärungen“, die die Gemeinde „verpflichten“. Es stellt sich daher die Frage, wie die Vertretung bei anderen Erklärungen – etwa bei Verfügungsgeschäften, Grundbuch- und Gestaltungserklärungen – erfolgt.

Zilles/Kämper fassen einerseits auch die dem Grundbuchamt gegenüber abzugebenden Löschungsbewilligungen und Erklärungen zur Bestellung eines Grundpfandrechts unter den Anwendungsbereich der Norm, bezweifeln aber andererseits, dass die Wirksamkeit von Gestaltungserklärungen und Vollmachten bei alltäglichen Rechtsgeschäften an die Form des § 14 KVVG gebunden ist. Letztlich genüge es, wenn die Erklärung „auf den Willen des Kirchenvorstands zurückführbar“ sei, auch wenn sich aus Gründen der Rechtssicherheit eine Orientierung an § 14 KVVG empfehle.<sup>48</sup> Busch konstatiert, rechtsgestaltende Erklärungen seien keine Verpflichtungserklärungen, sodass der strenge § 14 KVVG nicht greife.<sup>49</sup>

Dem ist nur teilweise beizupflichten. Aufgrund des Sinn und Zwecks der Norm ist § 14 KVVG als umfassende, alle Rechtsgeschäfte betreffende Vertretungsregel zu verstehen. Eine wortlautgetreue Auslegung hätte – entgegen der Annahmen von Zilles/Kämper und Busch – keine erleichterte Vertretung zur Folge, sondern würde bedeuten, dass der Kirchenvorstand in seiner Gesamtheit die Kirchengemeinde vertreten müsste. Dass nur Verpflichtungserklärungen der Schriftform und der Mitwirkung mehrerer Personen bedürfen, ist aus dem Kommunalrecht hinlänglich bekannt. Dort wird die Parallelvorschrift (§ 64 GO NRW) wortlautgetreu ausgelegt.<sup>50</sup> Während im Kommunalrecht der Rechtsanwender jedoch bei Verfügungsgeschäften und Gestaltungserklärungen auf die „Grundnorm“ des § 63 GO NRW zurückfällt, nach der der Bürgermeister unbeschadet der dem Rat zustehenden Befugnisse alleinvertretungsbefugt ist, führt die Nichtanwendbarkeit des § 14 KVVG zur Grundnorm des § 1 KVVG. Dass dies nicht gewollt sein kann, liegt – insbesondere bei bloßen Vollzugsgeschäften – auf der Hand. Nach der Konzeption des KVVG soll zwar der Kirchenvorstand in seiner Gesamtheit die eigentliche Sachentscheidung treffen (nur insofern muss jede Entscheidung letztlich auf den Willen des Kirchenvorstandes zurückführbar sein); in ihrer Verkehrsfähigkeit soll die Kirchengemeinde dadurch jedoch nicht beeinträchtigt werden.

##### b) Gemeindeverband

Nach § 27 i.V.m. § 14 KVVG folgt die Vertretung des Gemeindeverbandes denselben Grundsätzen wie die Vertretung der Kirchengemeinden. Vertretungsgremium, zu dem die Kirchenvertreter gehören müssen, ist die Verbandsvertretung.<sup>51</sup> Diese kann einen Ausschuss be-

43 Andeutungsweise Meyer, a.a.O. (Fn. 17), 924.

44 A.a.O. (Fn. 27), abrufbar unter [www.recht.nrw.de](http://www.recht.nrw.de).

45 GV. NRW. 1961 S. 325/SGV. NRW. 114.

46 Kirchenrechtlich stellt das Gesetz eine sogenannte lex canonizata dar, also eine vom kirchlichen Recht übernommene Bestimmung des staatlichen Rechts. Der Hl. Stuhl hat den deutschen Diözesen im Jahr 1984 ausdrücklich eine Sondergenehmigung erteilt, die Vertretungsbestimmung des Can. 532 CIC (Vertretung der Gemeinde durch den Pfarrer) nicht anwenden zu müssen (sog. päpstliches Indult). Vgl. Bauschke, a.a.O. (Fn. 24), S. 18 f., bei dem das Indult auch abgedruckt ist, S. 181.

47 Vgl. zum Verhältnis von Beschluss und Außenhandlung im Einzelnen unten D. II.

48 Zilles/Kämper, NVwZ 1994, 109, 112 f.

49 Busch, a.a.O. (Fn. 2), S. 947, 963.

50 Neumeyer RNotZ 2001, 249, 257 m. w. N.

51 Emsbach/Seebacher, a.a.O. (Fn. 12), Rn. 10.

stellen, der dann den Verband „vertritt“ und „das Vermögen nach Maßgabe der Beschlüsse der Verbandsvertretung“ „verwaltet“ (§ 26 KVVG). Außenverbindliche Erklärungen des Gemeindeverbandes werden vom Vorsitzenden gemeinsam mit zwei Mitgliedern der Verbandsvertretung bzw. des Ausschusses unter Beidrückung des Amtssiegels abgegeben.

### c) Diözese, Bischöflicher Stuhl, Domkapitel

Die Vertretung der Diözese, des Bischöflichen Stuhls und des Domkapitels ist im KVVG nicht geregelt. § 28 KVVG, der auf „die Vermögensstücke der Bischöflichen Stühle, Bistümer (und) Kapitel“ Bezug nimmt, verweist lediglich auf die Genehmigungserfordernisse (§§ 15–17 KVVG), aber gerade nicht auf die Vertretungsnorm des § 14 KVVG. Zur Anwendung kommen daher die Regelungen des CIC: Diözese und Bischöflicher Stuhl werden durch den Bischof vertreten (Can. 393 CIC).<sup>52</sup> Der Bischof seinerseits lässt sich üblicherweise von dem Generalvikar vertreten. Diesem kommt kraft Amtes in der ganzen Diözese die ausführende Gewalt zu. Seine Erklärungen verpflichten und berechtigen den Bischof,<sup>53</sup> es liegt folglich eine Art gesetzlicher Untervertretung vor.

Das Domkapitel wird vom Domprobst vertreten.<sup>54</sup>

## 2. Formelle Anforderungen

Während die Vertretung der Diözesen, Bischöflichen Stühle und Domkapitel an keine besonderen formellen Anforderungen geknüpft ist, können im Namen der Kirchengemeinden, des Fondsvermögens und der Gemeindeverbände bindende Erklärungen nur schriftlich und in gesiegelter Form abgegeben werden. Uneinigkeit besteht in der kirchlichen Literatur darüber, welche Art von Siegel der Erklärung beizudrücken ist. Unzureichend ist jedenfalls das sogenannte Pfarrsiegel, das etwa für kirchenamtliche Bescheinigungen verwendet wird.<sup>55</sup> Ob aber die Erklärungen mit dem Siegel des Kirchenvorstands oder dem Siegel der Kirchengemeinde zu versehen sind, ist streitig.<sup>56</sup> Da das KVVG lediglich von „Amtssiegel“ spricht, wird man die vertretungsrechtlichen Anforderungen weit verstehen können, sodass es in der notariellen Praxis ausreichend sein dürfte, wenn die Erklärung mit einem der beiden letztgenannten Siegel versehen ist.

## 3. Genehmigungserfordernisse

Bekanntlich hängt die Wirksamkeit vieler kirchlicher Rechtsgeschäfte von der Erteilung einer Genehmigung ab.<sup>57</sup> Die Genehmigungserfordernisse in der katholischen Kirche in Nordrhein-Westfalen ergeben sich aus einem Zusammenspiel der Can. 1291 ff. CIC, den von der Deutschen Bischofskonferenz dazu erlassenen Ausführungsvorschriften<sup>58</sup> und des § 21 KVVG i. V. m. Art. 7 der Geschäftsanweisung für die Verwaltung des Vermögens in den Kirchengemeinden und Gemeindeverbänden (Geschäftsanweisungen)<sup>59</sup>. Systematisch ist zwischen staatlichen Genehmigungserfordernissen und Genehmigungserfordernissen zugunsten kirchlicher Instanzen zu unterscheiden. Nicht vertieft werden an dieser Stelle die sogenannten Beispruchrechte, die bei bischöflichen Rechtsgeschäften existieren. Es sei nur da-

rauf hingewiesen, dass der Bischof in bestimmten Fällen auf die Zustimmung anderer Gremien angewiesen ist. Bei Akten von größerer Bedeutung oder der außerordentlichen Verwaltung ist die Anhörung oder Zustimmung des Vermögensverwaltungsrates und des Konsultatorenremiums erforderlich (Can. 1277 CIC).<sup>60</sup> Eine Verletzung dieser Beispruchrechte soll ebenso wie die Missachtung der nachfolgend dargestellten Genehmigungserfordernisse Einfluss auf die Wirksamkeit des staatlichen Rechtsgeschäfts haben.<sup>61</sup>

### a) Genehmigung der Staatsbehörde

Das dem § 15 KVVG zu entnehmende Erfordernis einer staatlichen Genehmigung ist in der Praxis zu vernachlässigen, wenn auch der Wortlaut der Norm anderes vermuten ließe. Sehr weit gefasst ist insbesondere § 15 Abs. 1 Nr. 3 KVVG, nach dem die „Verwendung des Kirchenvermögens zu anderen als den bestimmungsmäßigen Zwecken“ der Genehmigung der Staatsbehörde bedarf. Da eine Überprüfung der bestimmungsgemäßen Verwendung von Kirchenvermögen nach heutigem Verständnis wohl kaum dem Staate obliegt und insofern bei strenger Auslegung der Norm ein nicht zu rechtfertigender Eingriff in das kirchliche Selbstbestimmungsrecht im Raum stünde, üben die staatlichen Behörden richtigerweise bei der Anwendung von § 15 KVVG Zurückhaltung.<sup>62</sup>

### b) Genehmigung der kirchlichen Behörden

Eine wesentliche Rolle im notariellen Alltag spielen hingegen die Genehmigungen durch die kirchlichen Behörden. Einzuholen ist einerseits in vielen Fällen die Genehmigung der bischöflichen Behörde (bei Überschreiten sogenannter Untergrenzen). Zu beachten ist andererseits das Genehmigungserfordernis zugunsten des Heiligen Stuhls bei Rechtsgeschäften, die einen Wert von 5 Millionen Euro überschreiten (sogenannte Obergrenze).

52 Riggers, JurBüro 1967, 697; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 3672; Bauer/v. Oefele/Schaub, GBO AT VII Rn. 374; Busch, a.a.O. (Fn. 2), S. 960.

53 De Wall/Muckel, a.a.O. (Fn. 4), S. 144.

54 Schöner/Stöber, a.a.O. (Fn. 52), Rn. 3672; Bauer/v. Oefele/Schaub, GBO AT VII Rn. 375; Busch, a.a.O. (Fn. 2), 960; vgl. auch § 7 der Statute des Metropolitankapitels Köln vom 1. Januar 2010, abrufbar unter [www.koelner-dom.de](http://www.koelner-dom.de).

55 Bauschke, a.a.O. (Fn. 24), S. 96 f.; Emsbach/Seeberger, a.a.O. (Fn. 12), Rn. 115, 153.

56 Bauschke, a.a.O. (Fn. 24), S. 62, 96 f. (Siegel des Kirchenvorstands); Emsbach/Seeberger, a.a.O. (Fn. 12), Rn. 115, 153 (Siegel der Kirchengemeinde).

57 Vgl. zur Außenwirkung der Genehmigung und den Rechtsfolgen bei Genehmigungsmängeln im Einzelnen unten D.I.1.

58 Partikularnorm Nr. 19 der Deutschen Bischofskonferenz zu Can. 1292 § 1, 1295 und 1297 CIC vom 1. Juli 2002.

59 Bekanntmachung vom 12. November 2009 (GV. NRW 2009, S. 818/SGV NRW 222); abrufbar unter [www.recht.nrw.de](http://www.recht.nrw.de) (Stichwort: „Verwaltung des katholischen Kirchenvermögens“).

60 Pree/Primetshofer, a.a.O. (Fn. 24), S. 93 m. w. N. Die Aufgaben des Vermögensverwaltungsrates übernehmen in Deutschland der Diözesanverwaltungs-/Diözesankirchensteuerrat, die des Konsultatorenremiums übernimmt das Domkapitel, vgl. Pree/Primetshofer, a.a.O.; Schließ, a.a.O. (Fn. 7), 371.

61 Pree/Primetshofer, a.a.O. (Fn. 24), S. 93, 119, 131.

62 Busch, a.a.O. (Fn. 2), 974; Emsbach/Seeberger, a.a.O. (Fn. 12), Rn. 162 f. – In der Einschätzung anders Marx, a.a.O. (Fn. 18), 136.



### aa) Genehmigung der bischöflichen Behörde

Gemäß § 21 Abs. 2 KVVG (i. V. m. § 27 KVVG für die Gemeindeverbände) können Geschäftsanweisungen bestimmen, „in welchen Fällen ein Beschluss erst durch die Genehmigung der Bischöflichen Behörde rechtsgültig wird“. Die in Nordrhein-Westfalen belegenen Diözesen haben auf dieser Grundlage gleichlautende Geschäftsanweisungen erlassen, deren maßgeblicher Art. 7 im Gesetz- und Verordnungsblatt Nordrhein-Westfalens veröffentlicht ist.<sup>63</sup> Zahlreiche Rechtsgeschäfte der Kirchengemeinden – einschließlich ihres rechtsfähigen Vermögens – und der Gemeindeverbände bedürfen danach der bischöflichen Genehmigung.

Ihre innerkirchliche Rechtsgrundlage finden diese Geschäftsanweisungen in Can. 1292, nach dem die Bischofskonferenzen Untergrenzen festlegen können, bei deren Überschreiten die bischöfliche Genehmigung erforderlich ist. In Deutschland ist die Festlegung durch die Partikularnorm Nr. 19 vom 1. Juli 2002 der Deutschen Bischofskonferenz erfolgt, die ihrerseits wiederum von Art. 7 der Geschäftsanweisungen umgesetzt wird.

Nicht genehmigungsbedürftig sind hingegen Rechtsgeschäfte der Diözese bzw. des Bischofs selbst.<sup>64</sup>

#### (1) Genehmigungstatbestände

Der in Art. 7 der Geschäftsanweisungen normierte Genehmigungskatalog sollte grundsätzlich vor jedem Rechtsgeschäft der Kirchengemeinden und der Gemeindeverbände zu Rate gezogen werden. In Zweifelsfällen sollte sich der Notar sicherheitshalber um ein Negativattest der bischöflichen Behörde bemühen, da er sich häufig in einem subsumtionsmäßigen Graubereich befinden wird. Exemplarisch sei auf folgende für den Notar besonders relevante Genehmigungstatbestände hingewiesen:

Ohne Rücksicht auf den Gegenstandswert bedürfen Verfügungsgeschäfte im Grundstücksverkehr der Genehmigung (die Untergrenze ist folglich Null). Für den Erwerb, die Veräußerung und die Belastung von Grundstücken sowie für den Erwerb, die Änderung, Veräußerung oder Aufgabe von Rechten an Grundstücken regelt dies Art. 7 Nr. 1a der Geschäftsanweisung; für die Zustimmung zur Veräußerung, Änderung und Belastung von Rechten Dritter an kirchlichen Grundstücken sieht Art. 7 Nr. 1b der Geschäftsanweisung das Genehmigungserfordernis vor. Daneben sind Kauf- und Tauschverträge mit einem Gegenstandswert von mehr als 15 000 € nach Art. 7 Nr. 2c ebenfalls genehmigungspflichtig. Ob bereits die Bewilligung einer Vormerkung der Genehmigung bedarf, ist umstritten.<sup>65</sup> Jedenfalls dem unmittelbaren Wortlaut nach ist in Nordrhein-Westfalen ein Genehmigungserfordernis dafür nicht vorgesehen.

Außerhalb des Grundstücksverkehrs bedürfen wertunabhängig die Annahme von Schenkungen (Art. 7 Nr. 1d), die Abgabe von Bürgschaftserklärungen, die Übernahme von Fremdverpflichtungen (Art. 7 Nr. 1e) und Gesellschaftsverträge, Erwerb und Veräußerung von Geschäftsanteilen, Begründung von Vereinsmitglied-

schaften und Beteiligungsverträge jeder Art (Art. 7 Nr. 1m) der Genehmigung.

#### (2) Form und Zuständigkeit

Die Genehmigung ist durch die jeweilige bischöfliche Behörde schriftlich zu erteilen. Zwar heißt es in der Partikularnorm Nr. 19 der Deutschen Bischofskonferenz ebenso wie in Can. 1292 CIC, die Genehmigung sei durch den „Diözesanbischof“ zu erteilen. Der in Nordrhein-Westfalen im staatlichen Rechtsverkehr vorrangige § 21 KVVG spricht jedoch ebenso wie die auf seiner Grundlage erlassenen Geschäftsanweisungen der Diözesen von einer Genehmigung der „bischöflichen Behörde“. Der Bischof muss die Genehmigung folglich nicht persönlich unterzeichnen; es genügt, wenn sie der ihm unterstehenden Behörde (dem Generalvikariat) zugerechnet werden kann.

Nicht ausreichend ist hingegen eine Erklärung der Rendantur. Zwar ist diese als verwaltungsmäßige Zwischenebene zwischen Gemeinde und Diözese oftmals intern mit der Vorprüfung befasst und führt den gesamten Schriftverkehr. Über sie sollte zur Beschleunigung des Verfahrens auch die Genehmigung eingeholt werden. Die außenwirksame Erteilung der Genehmigung obliegt jedoch der bischöflichen Behörde und nicht der Rendantur.

#### (3) Bezugspunkt der Genehmigung

Es fragt sich, ob der der nach außen tretenden Erklärung meist vorausgehende Kirchenvorstandsbeschluss oder das sich anschließende Rechtsgeschäft selbst zu genehmigen ist. § 21 Abs. 2 KVVG spricht von der Genehmigungsbedürftigkeit des „Beschlusses“; die auf seiner Rechtsgrundlage erlassenen Geschäftsanweisungen legen hingegen fest, wann „Rechtsakte“ und „Rechtsgeschäfte“ genehmigungsbedürftig sind. Auch Can. 1291 CIC verlangt „zur gültigen Veräußerung von Vermögensstücken“ die Erlaubnis der zuständigen Autorität. In Literatur und Rechtsprechung wird das Problem nur am Rande behandelt. In der Tendenz gehen Schrifttum und gerichtliche Entscheidungen von einer Genehmigungsbedürftigkeit des Beschlusses aus.<sup>66</sup> Vorzugswürdig ist es gleichwohl, § 21 Abs. 2 KVVG nicht beim Wort(laut) zu nehmen. Da § 21 Abs. 2 KVVG einzig dem Schutz des kirchlichen Vermögens nach Maßgabe der kirchlichen Vorschriften dient und die kirchliche Terminologie den Bezug zum Rechtsgeschäft herstellt, sind die Vorschriften systematisch-teleologisch so auszulegen, dass das *Rechtsgeschäft* selbst zu genehmigen ist.<sup>67</sup> Wird tatsächlich allerdings der *Beschluss* genehmigt, ist hierin in aller Regel die (kon-

63 A.a.O. (Fn. 59).

64 LG Schwerin NotBZ 2002, 425.

65 Dafür: Meikel/Gziwotz, 10. Aufl. 2009, GBO Einl. Rn. J 191; Schöner/Stöber, a.a.O. (Fn. 52), Rn. 1492, 4086; dagegen: Bauer/v. Oefele/Waldner, GBO AT VIII Rn. 112.

66 OLG Hamm Rpfleger 1981, 60, 61; Zilles/Kämper, NVwZ 1994, 109, 113; Marx, a.a.O. (Fn. 18), 136; ähnlich auch Emsbach/Seeberger, a.a.O. (Fn. 12), Rn. 189.

67 Vgl. auch Busch, a.a.O. (Fn. 2), 973, der meint, die Genehmigungspflichtigkeit der Organbeschlüsse erstreckte sich „einschlussweise auch auf die darauf fußenden Willenserklärungen“.

kludente) Genehmigung auch des Rechtsgeschäfts enthalten.

### bb) Genehmigung des Heiligen Stuhls

Nach Maßgabe von Can. 1292 § 2 CIC können die einzelnen Bischofskonferenzen nicht nur Untergrenzen bestimmen, bei deren Überschreiten die bischöfliche Genehmigung erforderlich ist, sondern sie können zudem Obergrenzen festlegen, bei deren Erreichen zusätzlich zur bischöflichen Genehmigung die Genehmigung des Heiligen Stuhls eingeholt werden muss. Die Partikularnorm Nr. 19 der Deutschen Bischofskonferenz vom 1. Juli 2002 hat diese sogenannte Romgrenze auf 5 Millionen Euro festgelegt.

## II. Normgefüge der evangelischen Kirchen

Die Vertretungs- und Genehmigungsvorschriften der evangelischen Kirchen in Nordrhein-Westfalen finden sich anders als in der katholischen Kirche in jeweils eigenen Kirchengesetzen: hinsichtlich der Vertretungsregeln in den Kirchenordnungen (Rheinland, Westfalen) bzw. der Verfassung (Lippe), hinsichtlich der Genehmigungsvorschriften in den Verwaltungsordnungen der jeweiligen Landeskirche.<sup>68</sup>

### 1. Anwendungsbereich und personelle Anforderungen

#### a) Evangelische Kirche im Rheinland

Nach der im Bereich der Evangelischen Kirche im Rheinland geltenden Kirchenordnung vom 10. Januar 2003<sup>69</sup> (KiORheinl) obliegen Leitung und Verwaltung der Körperschaft stets einem aus einer Vielzahl von Personen bestehenden Gremium. Für die Kirchengemeinde ist das Presbyterium zuständig (Art. 15 KiORheinl), für den Kirchenkreis der Kreissynodalvorstand im Auftrag der Kreissynode (Art. 114 KiORheinl) und für die Landeskirche das Präsidium (sogenannte Kirchenleitung) im Auftrag der Landessynode (Art. 148 KiORheinl).

Die rechtsverbindliche Vertretung erfolgt stets durch zwei Mitglieder des zur Leitung befugten Gremiums: Die Kirchengemeinde wird vertreten durch den Vorsitzenden und ein Mitglied des Presbyteriums (Art. 29 Abs. 1 KiORheinl). Die Vertretung des Kirchenkreises übernehmen der Superintendent und ein Mitglied des Kreissynodalvorstands (Art. 119 Abs. 1 KiORheinl). Die Landeskirche selbst wird vertreten durch zwei hauptamtliche Mitglieder der Kirchenleitung (Art. 151 Abs. 1 KiORheinl). Sämtliche Erklärungen bedürfen der Schriftform; Urkunden und Vollmachten sind zusätzlich zu siegeln (Art. 29 Abs. 1, 119 Abs. 1, 151 Abs. 1 KiORheinl). Der Vorgenannte Absatz 1 der jeweiligen Vertretungsregeln gilt nach dem jeweiligen Absatz 2 nicht für Geschäfte der laufenden Verwaltung.

Der Wortlaut der KiORheinl konfrontiert den Rechtsanwender mit folgenden Auslegungsfragen, die – soweit ersichtlich – noch nicht in Literatur oder Rechtsprechung behandelt wurden.

Erstens: Wenn gemäß dem jeweiligen Absatz 2 der Vertretungsregeln (Art. 29, 119, 151 KiORheinl) die Anordnungen des jeweiligen Absatzes 1 (Vertretung durch

zwei Mitglieder, Schriftform, Siegel) nicht für Geschäfte der laufenden Verwaltung gelten – was gilt stattdessen? Anknüpfend an den Sinn und Zweck der Norm wird feststehen dürfen, dass die Vertretung bei Alltagsgeschäften erleichtert werden soll. Daher liegt es nahe, dass es bei Geschäften der laufenden Verwaltung genügt, wenn ein einziges Mitglied des Presbyteriums im Auftrag des Presbyteriums formlos handelt. Diese Lesart bestätigt ein Seitenblick auf die Rechtslage in der Lippischen Landeskirche. Deren Verfassung hält ausdrücklich fest, dass Geschäfte der laufenden Verwaltung vom Vorsitzenden, seinem Stellvertreter oder einem anderen vom Kirchenvorstand beauftragten Mitglied wahrgenommen werden (Art. 51 Abs. 2 VerfLipp).

Zweitens ist unklar, was die KiORheinl unter „Urkunden“ versteht. Eine Anknüpfung an die nach der Zivilprozessordnung ausschlaggebende „Verkörperung einer Gedankenäußerung“<sup>70</sup> ist jedenfalls nicht möglich, da eine solche Verkörperung bereits bei jeder schriftlichen Erklärung gegeben wäre, Urkunden nach der Terminologie der Kirchenordnung aber gegenüber der stets erforderlichen Schriftlichkeit ein „Mehr“ darstellen. Die in notariellem Kontext abgegebenen Erklärungen sollten vor diesem Hintergrund sicherheitshalber stets als Urkunden i. S. d. Vorschrift behandelt werden mit der Folge, dass sämtliche Erklärungen zu siegeln sind.<sup>71</sup>

#### b) Evangelische Kirche von Westfalen

Nach der in der Evangelischen Kirche von Westfalen geltenden Kirchenordnung vom 14. Januar 1999<sup>72</sup> (KiOWestf) erfolgt die Vertretung der Kirchengemeinde durch das Presbyterium (Art. 57 lit. r KiOWestf), die Vertretung des Kirchenkreises durch den Kreissynodalvorstand (Art. 106 Abs. 2 lit. h KiOWestf) und die Vertretung der Landeskirche durch die Kirchenleitung (Art. 142 Abs. 2 lit. o KiOWestf). Urkunden, durch die rechtsverbindliche Erklärungen abgegeben werden, sind für die Kirchengemeinde vom Vorsitzenden gemeinsam mit zwei Mitgliedern des Presbyteriums (Art. 70 Abs. 2 S. 1 KiOWestf), für den Kreissynodalvorstand vom Superintendenten und einem Mitglied des Kreissynodalvorstands (Art. 111 Abs. 3 S. 1 KiOWestf) und für die Landeskirche von zwei Mitgliedern der Kirchenleitung (Art. 145 S. 1 KiOWestf) zu unterzeichnen und mit dem jeweiligen Siegel zu versehen. Vollmachten werden im Rahmen der Vertretung von Kirchenkreis und Kirchengemeinde nach den Bestimmungen des Art. 70 Abs. 2 S. 1 und Art. 111 Abs. 3 S. 1 KiOWestf ebenso behandelt wie „Urkunden“ (d. h. Unterschrift zweier/dreier Personen und Siegel). In Westfalen stellen sich diesel-

68 Die Vertretung der kirchlichen Verbände ist in den Verbandsgesetzen der jeweiligen Landeskirche geregelt (alle online abrufbar unter [www.fis-kirchenrecht.de](http://www.fis-kirchenrecht.de)). Da sich die Einzelheiten in den auf der Grundlage der Verbandsgesetze erlassenen Satzungen finden, wird hier auf eine Darstellung verzichtet.

69 KABl. der Evangelischen Kirche im Rheinland 2004, S. 8; abrufbar unter [www.kirchenrecht-ekir.de](http://www.kirchenrecht-ekir.de).

70 Thomas/Putzo/Reichold, 34. Aufl. 2013, vor § 414 ZPO Rn. 1.

71 Aufgrund der Anordnung des § 67 BeurkG selbstverständlich nur die außerhalb des Beurkundungsverfahrens abgegebenen Erklärungen.

72 KABl. der Evangelischen Kirche von Westfalen 1999, S. 1.; abrufbar unter [www.kirchenrecht-westfalen.de](http://www.kirchenrecht-westfalen.de).



ben Auslegungsfragen wie bei der Evangelischen Kirche im Rheinland.

### c) Lippische Landeskirche

Nach der in der Lippischen Landeskirche geltenden Verfassung vom 17. Februar 1931 in der Fassung vom 23. November 1988<sup>73</sup> (VerfLipp) wird die Kirchengemeinde vom Kirchenvorstand vertreten (Art. 51 Abs. 1 VerfLipp). Die Geschäfte der laufenden Verwaltung werden vom Vorsitzenden, seinem Stellvertreter oder einem anderen vom Kirchenvorstand beauftragten Mitglied wahrgenommen (Art. 51 Abs. 2 VerfLipp). Urkunden, die die Gemeinde verpflichten, sowie Vollmachten sind vom Vorsitzenden und zwei weiteren Mitgliedern des Kirchenvorstandes zu unterzeichnen und zu siegeln; sie bedürfen ferner der Bestätigung durch das Landeskirchenamt (Art. 51 Abs. 3 VerfLipp).

Die Landeskirche wird vom Landeskirchenrat vertreten (Art. 109 Abs. 1 S. 1 VerfLipp). Urkunden, durch welche rechtsverbindliche Erklärungen für die Landeskirche abgegeben werden, bedürfen der Unterschrift des Vorsitzenden der Landessynode und der Mitglieder des Landeskirchenamtes sowie des Siegels der Landeskirche (Art. 109 Abs. 1 S. 2 VerfLipp). Vermögensrechtliche Verpflichtungserklärungen und Vollmachten des Landeskirchenrates sind vom Vorsitzenden oder seinem Stellvertreter sowie einem weiteren Mitglied unter Beidruck des Siegels des Landeskirchenrates zu zeichnen (Art. 109 Abs. 2 VerfLipp).

Ähnlich wie in der katholischen Kirche fehlt eine ausdrückliche Regelung in der VerfLipp, wie die Vertretung der Kirchengemeinden und der Landeskirche bei Verfügungsgeschäften und verfahrensrechtlichen Erklärungen zu erfolgen hat. Bei strikter Wortlauttreue müsste die Vertretung durch das Gesamtgremium erfolgen, also für die Gemeinde durch den Kirchenvorstand (Art. 51 Abs. 1 VerfLipp) und für die Landeskirche durch den Landeskirchenrat (Art. 109 Abs. 1 VerfLipp). Ein derart enges Normverständnis ist aufgrund des Telos der Norm jedoch nicht geboten. Wie bei den katholischen Kirchengemeinden<sup>74</sup> folgt aus dem Sinn und Zweck der Vorschriften, dass auch Verfügungs- und Vollzugsgeschäfte von den Regeln der erleichterten Außenvertretung erfasst sind.<sup>75</sup>

## 2. Formelle Anforderungen

Wie in der katholischen Kirche sind in den evangelischen Kirchen die Rechtsträger bindende Erklärungen schriftlich und in gesiegelter Form abzugeben. Zwar existieren Erleichterungen für Alltagsgeschäfte und für nichturkundliche Erklärungen. Diese sind im notariellen Bereich jedoch nicht von Relevanz.<sup>76</sup> Die Bestimmungen der Evangelischen Kirche von Westfalen sehen vor, dass der Vertretungserklärung das Siegel des jeweiligen Rechtsträgers (der Kirchengemeinde, des Kirchenkreises, der Landeskirche) beizufügen ist.<sup>77</sup> In der Lippischen Landeskirche sind die Erklärungen mit dem Dienstsiegel der Behörde zu versehen (also mit dem Dienstsiegel des Kirchenvorstandes bzw. des Landeskirchenrates).<sup>78</sup> Die näheren Bestimmungen finden sich in den Siegelrichtlinien und -ordnungen der jeweiligen Landeskirche.<sup>79</sup>

## 3. Genehmigungserfordernisse

### a) Genehmigung der Staatsbehörde

Nahezu wortgleich mit den in der katholischen Kirche geltenden Regelungen existieren auch für Rechtsgeschäfte der evangelischen Kirchen staatliche Genehmigungserfordernisse.<sup>80</sup> Diese bestehen formal fort, sind in der Praxis jedoch restriktiv anzuwenden.<sup>81</sup>

### b) Genehmigung des Landeskirchenamtes

Von entscheidender Bedeutung sind bei Rechtsgeschäften der Kirchengemeinden und der Kirchenkreise wiederum die mit Außenwirkung<sup>82</sup> ausgestatteten Genehmigungserfordernisse zugunsten der Aufsichtsbehörde, namentlich zugunsten des Landeskirchenamtes. Die evangelischen Kirchen in Nordrhein-Westfalen sehen in ihren Verwaltungsordnungen (VwORheinl, VwO-Westf, VwOLipp)<sup>83</sup> parallele Tatbestände vor, bei deren Vorliegen die Zustimmung des Landeskirchenamtes erforderlich ist. Bemerkenswert ist, dass in der Lippischen Landeskirche sämtliche Urkunden, die die Gemeinde verpflichten, und Vollmachten der Bestätigung durch das Landeskirchenamt bedürfen (Art. 51 Abs. 3 VerfLipp). Von dieser Besonderheit abgesehen, sind die Genehmigungserfordernisse in den evangelischen Kirchen insgesamt weniger weit gefasst als in der katholischen Kirche. Betroffen ist aber auch hier der Kernbereich der notariellen Tätigkeit. Die Genehmigungstatbestände gelten für Erklärungen der Kirchengemeinden und Kirchenkreise, naturgemäß jedoch nicht für Erklärungen der jeweiligen Landeskirche selbst.<sup>84</sup>

#### aa) Genehmigungstatbestände

Exemplarisch sei auf folgende notarrelevante Genehmigungstatbestände hingewiesen:

Im Grundstücksverkehr genehmigungspflichtig sind in allen drei Landeskirchen sämtliche Beschlüsse über Erwerb, Veräußerung und Belastung von Grundstücken

73 Ges. u. VOBl. der Lippischen Landeskirche Bd. 11 S. 377; abrufbar unter [www.kirchenrecht-lippe.de](http://www.kirchenrecht-lippe.de).

74 Vgl. oben C.I.1.

75 Für die Vertretung der Landeskirche dürfte dies allerdings nur im vermögensrechtlichen Bereich gelten, vgl. Art. 109 Abs. 1 VerfLipp.

76 S. bereits oben unter C.II.1.a) zu den Auslegungsschwierigkeiten.

77 Art. 70 Abs. 2 S. 2, Art. 111 Abs. 3 S. 1, Art. 145 S. 1 KiOWestf.

78 Vgl. Art. 51 Abs. 3 S. 1, Art. 109 Abs. 2 VerfLipp.

79 Abrufbar unter [www.fis-kirchenrecht.de](http://www.fis-kirchenrecht.de).

80 Art. 6 des Staatsgesetzes betreffend die Kirchenverfassungen der evangelischen Landeskirchen vom 8. April 1924, PrGS. 1924, S. 221/SGV NRW 222.

81 S. bereits oben unter C.I.3.a).

82 Vgl. hierzu im Einzelnen unten unter D.I.1.

83 Verordnung für die Vermögens- und Finanzverwaltung der Kirchengemeinden, Kirchenkreise und deren Verbände in der Evangelischen Kirche im Rheinland (Verwaltungsordnung) vom 06. Juli 2001 (VwORheinl), KABl. 2001, S. 233, abrufbar unter [www.kirchenrecht-ekir.de](http://www.kirchenrecht-ekir.de). – Verordnung für die Vermögens- und Finanzverwaltung der Kirchengemeinden, der Kirchenkreise und der kirchlichen Verbände in der Evangelischen Kirche von Westfalen (Verwaltungsordnung) vom 26. April 2001 (VwOWestf), KABl. 2001, S. 137, 239, abrufbar unter [www.kirchenrecht-westfalen.de](http://www.kirchenrecht-westfalen.de). – Ordnung für die Vermögens- und Finanzverwaltung der Kirchengemeinden der Lippischen Landeskirche (Verwaltungsordnung) vom 21. November 2005 (VwOLipp), Ges. u. VOBl. Bd. 13 S. 396, abrufbar unter [www.kirchenrecht-lippe.de](http://www.kirchenrecht-lippe.de).

84 LG Stralsund NotBZ 2006, 291 zur Evangelisch-Lutherischen Landeskirche Mecklenburg.

und grundstücksgleichen Rechten ebenso wie die – hier ausdrücklich geregelt – Bewilligung von Vormerkungen (§ 31 der jeweiligen VwO).<sup>85</sup> Auch wenn es um den Erwerb, die Aufgabe oder Inhaltsänderung von Rechten an fremden Grundstücken geht, muss die Genehmigung eingeholt werden (§ 32 der jeweiligen VwO).

Im Rheinland und in Westfalen bedürfen der Genehmigung ferner Beschlüsse über die Beteiligung an wirtschaftlichen Unternehmen, insbesondere der Beitritt zu Handelsgesellschaften, zu Gesellschaften mit beschränkter Haftung und zu Wirtschafts- und Wohnungsbaugenossenschaften (§ 15 Abs. 4 VwORheinl/Westf). Auch der Beitritt zu einem Verein ist genehmigungspflichtig (§ 15 Abs. 5 VwORheinl/Westf). Werden die Grundlagen der Beteiligung an einem wirtschaftlichen Unternehmen wesentlich geändert, ist ebenfalls eine Genehmigung erforderlich (§ 15 Abs. 7 VwORheinl/Westf). Bürgschaften und Patronatserklärungen, deren Wert den Betrag von 25 000 Euro übersteigt, dürfen im Rheinland und in Westfalen nur mit Genehmigung übernommen werden (§ 15 Abs. 9 VwORheinl/Westf).

In der Lippischen Landeskirche sind diese in § 15 festgeschriebenen Genehmigungserfordernisse nicht vorgesehen. Stattdessen bestehen jedoch Anzeigepflichten gegenüber dem Landeskirchenamt. So muss etwa der Beschluss über die Übertragung der Verwaltung kirchlichen Vermögens angezeigt werden (§ 15 Abs. 6 S. 2 VwOLipp). Ferner bedürfen – wie bereits erwähnt – sämtliche Urkunden der Bestätigung durch das Landeskirchenamt.

### bb) Form und Zuständigkeit

Zuständig für die Erteilung der Genehmigung ist jeweils das Landeskirchenamt. Bei den im Rheinland und in Westfalen geltenden Genehmigungsvorbehalten im Bereich des Gesellschaftsrechts ist der Kreissynodalvorstand vorher zu hören. Eine besondere Form der Genehmigung ist nicht vorgesehen, in der Regel wird die Genehmigung jedoch schriftlich erteilt werden.

### cc) Bezugspunkt der Genehmigung

Genehmigt wird nach dem Wortlaut der Vorschriften der Beschluss des jeweiligen Leitungsorgans (also der Beschluss des Presbyteriums/Kirchenvorstands bei den Kirchengemeinden oder der Beschluss des Kreissynodalvorstands bei den Kirchenkreisen).<sup>86</sup> Aufgrund des eindeutigen Wortlauts kommt eine teleologisch-systematische abweichende Auslegung kaum in Betracht. Entscheidet sich die Aufsichtsbehörde allerdings dafür, unmittelbar das Rechtsgeschäft zu genehmigen, ohne (explizit) auf den zugrundeliegenden Beschluss Bezug zu nehmen, ist das Genehmigungserfordernis nichtsdestotrotz erfüllt. Denn die Aufsichtsbehörde bringt hierdurch ihr umfassendes Einverständnis mit dem gesamten vertraglichen Vorgang zum Ausdruck, sodass der Schutzzweck der kirchlichen Genehmigungsvorschriften in vollem Umfang erreicht wird.

### III. Zusammenfassung: Parallele Struktur des Regelwerks

Aufgrund der mit dem Körperschaftsstatus der Kirchen verbundenen Rechtsetzungsbefugnis und der historisch tradierten Rechtsquellen finden sich allein in Nordrhein-Westfalen die Vertretungs- und Genehmigungsregeln in zahlreichen unterschiedlichen Rechtsgrundlagen. Gleichwohl folgen sie stets demselben Muster: Die eigentliche Sachentscheidung über das zu tätige Rechtsgeschäft obliegt einem mit einer Vielzahl von Personen besetzten Gremium, das in Beschlussform entscheidet. Nach außen werden die Erklärungen durch ein Zusammenwirken mehrerer Mitglieder eben dieses Gremiums bewirkt, wobei die Erklärungen schriftlich und in gesiegelter Form abzugeben sind.<sup>87</sup> Auf Gemeinde-, Kreis- bzw. Gemeindeverbandsebene ist in zahlreichen Fällen ein Genehmigungserfordernis zugunsten der Aufsichtsbehörde vorgesehen.

Aufgrund der parallelen Konzeption der kirchlichen Rechtsgrundlagen stellt sich übergreifend die Frage, wie Organbeschluss, Form- und Genehmigungserfordernisse dogmatisch einzuordnen sind. Diese und andere sich bezüglich aller Rechtsträger stellende Problemkreise werden im nachfolgenden Abschnitt erörtert.

### D. Rechtsträgerübergreifende materiell-rechtliche Fragen

#### I. Rechtsfolgen bei Form- und Genehmigungsmängeln

##### 1. Genehmigungsmängel

Es entspricht der einhelligen Auffassung, dass die kirchlichen Genehmigungserfordernisse Außenwirkung entfalten und somit Wirksamkeitsvoraussetzung für das im staatlichen Bereich getätigte Rechtsgeschäft sind.<sup>88</sup> Im Bereich der katholischen Kirche folgt dies für die bischöfliche Genehmigung aus § 21 Abs. 2 KVVG und kann für die Genehmigungserfordernisse zugunsten des Heiligen Stuhls aus Can. 1292 § 2 CIC abgeleitet werden.<sup>89</sup> Obwohl im Recht der evangelischen Kirche eine derart ausdrückliche Anordnung fehlt, wird die Außenwirkung einhellig anerkannt.<sup>90</sup>

<sup>85</sup> In der VwOLipp sind zusätzlich die zur Veräußerung etc. erforderlichen Vollmachten genehmigungsbedürftig, vgl. § 31 Abs. 1 S. 1 VwOLipp.

<sup>86</sup> Zilles/Kämper, NVwZ 1994, 109, 113; Becker, Kirchenordnung der Evangelischen Kirche im Rheinland mit Erläuterungen, Art. 105 lit. j. Rn. 1 [Stand: 2000].

<sup>87</sup> Abweichend geregelt ist die Vertretung der katholischen Diözese bzw. des Bischöflichen Stuhles, die durch den Bischof oder Generalvikar alleine vertreten werden.

<sup>88</sup> OLG Schleswig NJOZ 2013, 969, 870; OLG Hamm Rpfleger 1981 60, 61; Marx, a.a.O. (Fn. 18), S. 117, 136; Pree/Primetshofer, a.a.O. (Fn. 24), S. 131.

<sup>89</sup> „(. . .) bedarf es zur Gültigkeit der Veräußerung außerdem der Erlaubnis des Heiligen Stuhls.“

<sup>90</sup> OLG Schleswig, NJOZ 2013, 969, 970 (zu den Genehmigungserfordernissen in der Evangelisch-Lutherischen Kirche in Norddeutschland); Meyer, a.a.O. (Fn. 17), 926 f.; Schöner/Stöber, a.a.O. (Fn. 52) Rn. 4085 ff.

Die überwiegende Auffassung in Literatur und Rechtsprechung ordnet die Genehmigungsvorschriften dogmatisch als Vertretungsregeln ein,<sup>91</sup> wobei sie teilweise kumulativ auf § 134 BGB rekurriert<sup>92</sup>. Ein ohne die erforderliche Genehmigung getätigtes Rechtsgeschäft ist mithin lediglich schwebend unwirksam (bei einem einseitigen Rechtsgeschäft nur nach Maßgabe des § 180 S. 2 und 3 BGB<sup>93</sup>). Selbst die abweichende Auffassung, die die Genehmigungsvorschriften als Formvorschriften behandelt,<sup>94</sup> stimmt mit der herrschenden Meinung in der Rechtsfolge (schwebende Unwirksamkeit) teilweise ausdrücklich überein<sup>95</sup>.

Eine nachträgliche Genehmigung ist auch im Bereich der Evangelischen Kirche im Rheinland und der Evangelischen Kirche von Westfalen zulässig. Zwar sieht deren jeweiliger § 31 Abs. 3 S. 3 VwO vor, dass der Beschluss dem Landeskirchenamt vor Abschluss des Vertrages vorzulegen ist. Diese Anordnung wird man jedoch als lediglich interne Anweisung lesen dürfen, das Landeskirchenamt möglichst frühzeitig in die Entscheidungsprozesse einzubeziehen. Eine unheilbare Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts soll ein Verstoß gegen die Anordnung nicht nach sich ziehen.

## 2. Formverstöße

Das in den kirchlichen Vorschriften vorgesehene Schriftlichkeits- und Siegelerfordernis bewirkt, dass eine nicht in der entsprechenden Form abgegebene Erklärung den kirchlichen Rechtsträger nicht bindet. Wie im Kommunalrecht ordnen Rechtsprechung und Literatur die kirchlichen Formvorschriften ganz überwiegend als Regeln des Vertretungsrechts ein.<sup>96</sup> Dem Landesgesetzgeber sei gemäß Art. 55 EGBGB der Erlass privatrechtlicher Formvorschriften verwehrt. Auch dort, wo nicht der Landesgesetzgeber, sondern der Körperschaftsgesetzgeber tätig geworden sei – also im Bereich der evangelischen Kirche – dürfe nichts anderes gelten, da dem Körperschaftsgesetzgeber nicht mehr Kompetenzen als dem Landesgesetzgeber zustünden.<sup>97</sup> Folge eines Formverstößes ist danach wie beim Fehlen einer erforderlichen Genehmigung nicht die Nichtigkeit gemäß § 125 BGB, sondern die schwebende Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts (bei einseitigen Rechtsgeschäften ist wiederum § 180 BGB zu beachten).

Im notariellen Beurkundungsverfahren muss der Notar freilich nicht darauf bestehen, dass die kirchlichen Vertreter der Niederschrift das kirchliche Siegel beidrücken. Gemäß § 67 BeurkG wird die bundes- oder landesrechtlich vorgeschriebene Beidrückung des Dienstsigels bei Erklärungen juristischer Personen des öffentlichen Rechts durch die öffentliche Beurkundung ersetzt. In den Fällen, in denen sich das Siegelerfordernis – wie für die katholische Kirche in Nordrhein-Westfalen – bereits aus einer landesgesetzlichen Anordnung ergibt, entfällt die Verpflichtung zur Setzung des Siegels daher schon aufgrund des Wortlauts der Vorschrift. Auch in den Fällen, in denen nicht der Landesgesetzgeber, sondern – wie bei den evangelischen Kirchen – der Körperschaftsgesetzgeber die Beidrückung des Siegels anordnet, kommt nach allgemeiner Meinung § 67 BeurkG ebenfalls zur Anwendung.<sup>98</sup>

## II. Bedeutung des Organbeschlusses für das vertretungsrechtliche Außenverhältnis

Wenn nach Vorgesagtem klar ist, dass die kirchenaufsichtliche Genehmigung ebenso wie die festgeschriebenen Formerfordernisse als Vertretungsregeln mit Außenwirkung zu qualifizieren sind, stellt sich die Frage, inwieweit auch der in den kirchlichen Vorschriften festgeschriebene Organbeschluss das vertretungsrechtliche Außenverhältnis bestimmt.

Die kirchlichen Vorschriften lassen terminologisch vermuten, dass die rechtsverbindliche Vertretung allein durch die Unterschriften der Vorstands-/Presbyteriumsmitglieder bewirkt wird.<sup>99</sup> Auch die Literatur zitiert als für die Außenvertretung maßgebliche Vorschriften die Bestimmungen, die das formgemäße Zusammenwirken Mehrerer festschreiben.<sup>100</sup> Es liegt daher nahe, dem zugrundeliegenden Beschluss keinerlei Bedeutung für das vertretungsrechtliche Außenverhältnis beizumessen, sondern ihn als bloße Anweisung im Innenverhältnis zu begreifen<sup>101</sup>. Weder dürfte der Rechtsverkehr das Fehlen oder gar die Verfahrensfehlerhaftigkeit des Beschlusses rügen, noch könnte die Kirche aus diesen Gründen von dem getätigten Rechtsgeschäft Abstand nehmen.

Diese an sich plausible strukturelle Differenzierung läuft jedoch Gefahr, an Überzeugungskraft zu verlieren, rückt man die Rechtslage im Zusammenhang mit der aufsichtsbehördlichen Genehmigung ins Blickfeld der Betrachtung: Denn dort steht zum einen fest, dass den Genehmigungserfordernissen Außenwirkung zukommt. Zum anderen gilt (jedenfalls in der evangelischen Kirche<sup>102</sup>), dass Bezugspunkt der Genehmigung der Beschluss ist. Zusammengeführt bedeutet dies: Der Be-

91 Marx, a.a.O. (Fn. 18), 136; Peglau, NVwZ 1996, 767, 768 ff.; Meikel/Grziwotz, GBO Einl. J. Rn. 191; Emsbach/Seeberger, a.a.O. (Fn. 12), Rn. 171; Bauer/v. Oefele/Waldner, GBO AT VIII Rn. 112.

92 BayObLG NJW-RR 1990, 476, 477; OLG Braunschweig Rpfleger 1991, 452, 453; Knüllig, ZevKR 1966, 116, 127; Pree/Primetshofer, a.a.O. (Fn. 24), S. 131; Meyer, a.a.O. (Fn. 17), 926 f.

93 OLG Braunschweig Rpfleger 1991, 452, 453: Nichtigkeit einer nicht genehmigten einseitigen Willenserklärung.

94 OLG Hamburg NJW-RR 1988, 467; ArbG Bochum NJW-RR 1993, 1143, 1144; Scholz, NJW 1950, 81, 83.

95 ArbG Bochum NJW-RR 1993, 1143, 1144.

96 Ausdrücklich zu kirchlichen Formvorschriften: OLG Frankfurt a. M. NVwZ 2001, 958; Peglau NVwZ 1996, 767; Becker, a.a.O. (Fn. 86), Art. 125 Rn. 1 [Stand: 1999]; Seeger, MittBayNot 2003, 361, 362. – Zu Formvorschriften im Kommunalrecht: BGH NJW 1960, 1805, 1807; NJW 1980, 117, 118; NJW 1995, 3389, 3390. – Nach a. A. sind Schriftform und Siegelung als „öffentlich-rechtliche Formvorschriften“ einzuordnen, Zilles/Kämper, NVwZ 1994, 109, 115.

97 Peglau, NVwZ 1996, 767.

98 Neumeyer, RNotZ 2001, 249, 268; Seeger, MittBayNot 2003, 361, 362; Armbrüster/Preuss/Renner/Rezori, 6. Aufl. 2013, § 67 BeurkG Rn. 4 (allg. zur Anwendbarkeit von § 67 BeurkG auf die Kirchen).

99 Ganz deutlich in der evangelischen Kirche: Art. 29, 119, 151 KiORheinl. Vgl. auch: § 14 KVVG (Durch das formgemäße Zusammenwirken mehrerer wird „nach außen die Ordnungsmäßigkeit der Beschlussfassung festgestellt“) und Art. 30 KiORheinl, Art. 71 Abs. 3 S. 3 KiOWestf (In Eilfällen kann die getroffene Entscheidung dem Presbyterium erst zur Nachgenehmigung vorgelegt werden. „Wird die Genehmigung verweigert, so behalten bereits ausgeführte Maßnahmen Dritten gegenüber ihre Gültigkeit.“).

100 Neumeyer, RNotZ 2001, 249, 267; Zilles/Kämper, NVwZ 1994, 109, 111.

101 So: Zilles/Kämper, NVwZ 1994, 109, 111.

102 S. hierzu oben unter C.II.3.b)cc).



schluss wirkt jedenfalls über die Genehmigung in das vertretungsrechtliche Außenverhältnis hinein und hat Einfluss auf dieses.

Hieraus kann allerdings lediglich abgeleitet werden, dass genehmigter Beschluss und Rechtsgeschäft deckungsgleich sein müssen. Weitere Konsequenzen für das vertretungsrechtliche Außenverhältnis bestehen nicht. Die eigentliche verbindliche Willenserklärung liegt allein in der schriftlichen Erklärung der nach außen auftretenden Kirchenvertreter und gerade nicht in dem Beschluss.<sup>103</sup> Eine weitere, mit dem Bezugspunkt der Genehmigung argumentierende Auslegung würde weder der Konzeption der Vorschriften noch dem Schutz des Rechtsverkehrs gerecht. Dem Vertragspartner kann nicht zugemutet werden, bei jeder Vertretungshandlung die internen Vorgänge des kirchlichen Rechtsträgers zu überprüfen. Auch das kirchliche Selbstbestimmungsrecht verlangt Restriktion: Nur dort, wo die Kirche interne Vorgänge in den Rechtsverkehr trägt und ausdrücklich zum Gegenstand des vertretungsrechtlichen Außenverhältnisses macht, muss sie eine Auseinandersetzung mit diesen innerkirchlichen Vorgängen dulden. Dies bedeutet, dass der Rechtsverkehr das Vorliegen eines kongruenten Beschlusses prüfen darf, wenn die Aufsichtsbehörde nur den Beschluss genehmigt. Genehmigt sie dagegen das Rechtsgeschäft selbst, ist für das vertretungsrechtliche Außenverhältnis völlig unerheblich, ob das Rechtsgeschäft auf einer ordnungsgemäßen Beschlussgrundlage beruht.

### III. Unzulässigkeit einer Generalvollmacht

Eine Frage, die sich rechtsträgerübergreifend immer wieder stellen kann, ist die Frage nach der Zulässigkeit von Vollmachten. Selbstverständlich steht es den kirchlichen Rechtsträgern wie allen anderen Rechtssubjekten grundsätzlich frei, rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht zu erteilen.<sup>104</sup> Zulässig ist nicht nur die Erteilung einer Vollmacht für den konkreten Einzelfall. Auch für einen bestimmten Kreis von Rechtsgeschäften erteilte Gattungsvollmachten sind nicht zu beanstanden.<sup>105</sup> Vorsicht ist jedoch bei Generalvollmachten geboten. Diese werden gemeinhin als unzulässig angesehen.<sup>106</sup> Hintergrund ist, dass das originäre Vertretungsorgan verpflichtet ist, die ihm obliegenden Aufgaben in eigener Verantwortung auszuüben, und seine Kompetenzen nicht umfassend auf Dritte verlagern darf.

### IV. § 181 BGB in kirchlichem Kontext

Wie bei anderen juristischen Personen des öffentlichen oder des privaten Rechts stellt sich auch bei den Kirchen die Frage, ob die für sie handelnden Vertreter von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit sind. Kann etwa die Kirchengemeinde dem Vorsitzenden ihres Kirchenvorstandes unter seiner Mitwirkung ein Grundstück verkaufen (Verbot des Selbstkontrahierens)? Wie „funktioniert“ die Vertretung, wenn zwei Rechtsträger miteinander kontrahieren, für die – wie etwa bei katholischer Kirchengemeinde und Pfarrfonds innerhalb der Kirchengemeinde – dasselbe Vertretungsorgan zuständig ist (Verbot der Mehrfachvertretung)? Kann ein rechtsgeschäftlich bevollmächtigter Vertreter mit

sich selbst oder als Vertreter zweier Vertragsparteien rechtsverbindliche Erklärungen abgeben, wenn er in der Vollmacht zwar von § 181 BGB befreit wird, die die Vollmacht zeichnenden gesetzlichen Vertreter selbst aber nicht von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit sind (Befreiung von § 181 BGB durch einen nicht befreiten Vertreter)? Und schließlich: Kann im Fall der vollmachtlosen Vertretung denn jedenfalls eine vom Verbot des Inschlaggeschäfts befreiende Nachgenehmigung erteilt werden?

Die Varianten des Selbstkontrahierens und der Mehrfachvertretung *ohne* Zwischenschaltung eines rechtsgeschäftlich bestellten Vertreters mögen in der Praxis nur vereinzelt auftauchen. Die Frage der Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB im Rahmen einer rechtsgeschäftlichen Vollmacht oder Genehmigung stellt sich im notariellen Alltag dagegen häufig, da Mitarbeitervollmacht unter Befreiung von § 181 BGB oder vollmachtlose Vertretung durch die andere Vertragspartei nicht selten Mittel der Wahl zur erleichterten Beurkundung und Vertragsabwicklung sind.

### 1. Im Allgemeinen: § 181 BGB und öffentlich-rechtliche Körperschaften

Es ist allgemein anerkannt, dass § 181 BGB für jede Art der Vertretung gilt, insbesondere auch für die organ-schaftliche Vertretung öffentlich-rechtlicher Körperschaften.<sup>107</sup> Die traditionelle Auffassung geht davon aus, dass ein Organ bei Erteilung einer rechtsgeschäftlichen Vollmacht nur dann von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit könne, wenn es selbst befreit sei.<sup>108</sup> Dasselbe gelte entsprechend im Fall der Nachgenehmigung: Auch auf die vollmachtlose Vertretung sei § 181 BGB anwendbar,<sup>109</sup> sodass auch hier das genehmigende Organ von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit sein müsse.<sup>110</sup> Lässt sich also beispielsweise eine GmbH im Beurkundungsverfahren vollmachtlos durch ihren Vertragspartner vertreten, kann ihr Geschäftsführer nach dieser Auffassung die abgegebenen Erklärungen nur genehmigen, wenn er selbst von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit ist.

103 Vgl. Zilles/Kämper, NVwZ 1994, 109, 111.

104 Dies gilt trotz fehlender ausdrücklicher Anordnung auch im Rahmen der Vertretung der evangelischen Landeskirchen.

105 Emsbach/Seeberger, a.a.O. (Fn. 12), Rn. 157.

106 Bauschke, a.a.O. (Fn. 24), S. 63; Emsbach/Seeberger, a.a.O. (Fn. 12), Rn. 155; Marx, a.a.O. (Fn. 18), S. 135.

107 Vgl. nur Palandt/Ellenberger, 73. Aufl. 2014, § 181 BGB Rn. 3.

108 Ausdrücklich: BayObLG MittBayNot 1993, 150; LG Stuttgart BWNotZ 1995, 166; PWW/Frensch, 7. Aufl. 2012, § 181 BGB Rn. 14; Fröhler, BWNotZ 2003, 14, 16; Schmitt, WM 2009, 1784, 1788. – Ähnlich und ohne nähere Diskussion im Zusammenhang mit der Befreiung durch GbR-Gesellschafter: BGH NJW 2010, 861, 862. – Zur Gestattung durch einen (rechtsgeschäftlich bestellten) Hauptvertreter gegenüber dem Untervertreter: Staudinger/Schilken, AT I, Neubearbeitung 2009, § 181 BGB Rn. 49; HK-BGB/Dörner, 7. Aufl. 2012, § 181 BGB Rn. 9; NK-BGB/Stofels, Bd. 1, 2. Aufl. 2012, § 181 BGB Rn. 40. – Vgl. zur gesamten Problematik Ising, NZG 2011, 841 und Auktor, MittBayNot 2012, 377, 378 m. w. N.

109 BayObLG MittBayNot 1986, 68; OLG Düsseldorf MittBayNot 1999, 470; LG Saarbrücken MittBayNot 2000, 433; Fröhler, BWNotZ 2003, 14, 18 f. und BWNotZ 2006, 97, 103; Münch-Komm/Schramm, 6. Auflage 2012, § 181 BGB Rn. 14 (bei Mehrfachvertretung); Palandt/Ellenberger, § 181 BGB Rn. 3.

110 Fröhler, BWNotZ 2003, 14, 21.

Zwar mehren sich die Stimmen, die der Anwendbarkeit des § 181 BGB auf die vollmachtlose Vertretung entgegenstehen<sup>111</sup> oder die eine Genehmigung bzw. Vollmacht unter Befreiung von § 181 BGB durch ein nicht befreites Organ dann zulassen, wenn es sich bei der Genehmigung nicht selbst um ein Insichgeschäft handelt.<sup>112</sup> Da eindeutige höchstrichterliche Rechtsprechung in diesem Bereich jedoch fehlt, verwundert es nicht, dass die Praxis der In-Sich-Vertretung im Kontext kommunaler Gebietskörperschaften zurückhaltend entgegnet. Da die kommunalrechtlichen Rechtsgrundlagen in der Regel keine Befreiung vorsehen, meidet der Notar das sich hieraus ergebende Glatteis. Fraglich ist, ob bei kirchlichen Rechtsträgern ähnliche Zurückhaltung geboten ist.

## 2. Im Besonderen: Streitstand zu den Kirchen

Im Schrifttum wird die Problematik des § 181 BGB mit Blick auf die Kirchen bislang stiefmütterlich behandelt. Die Literatur reißt die Frage allenfalls an: Teilweise wird vertreten, die Zulässigkeit eines Insichgeschäfts richte sich nach denselben Grundsätzen wie im Kommunalrecht und sei deswegen mit denselben Problemen behaftet;<sup>113</sup> andere Autoren sehen einzelne Vertretungsorgane als von § 181 BGB befreit an.<sup>114</sup> Die Rechtsprechung war mit der Befreiung von § 181 BGB im Rahmen der katholischen Kirche in zwei Entscheidungen befasst, deren Lektüre sich trotz ihres schon älteren Datums lohnt.

### a) Beschluss des Bayerischen Obersten Landesgerichts vom 30. 11. 1973

In einer Entscheidung vom 30. 11. 1973 hatte das BayObLG<sup>115</sup> darüber zu entscheiden, ob einem katholischen Bischof die Möglichkeit zusteht, im Rahmen einer Vollmacht von den Beschränkungen des § 181 BGB zu befreien. Konkret ging es um die Bevollmächtigung eines Prälaten, der zwei unter der Amtsgewalt des Bischofs stehende Rechtssubjekte vertreten sollte (das Knabenseminar und den Erzbischöflichen Stuhl). Das BayObLG war der Auffassung, dass sich aus dem gemäß Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 WRV zu beachtenden Kirchenrecht unmittelbar die Befugnis des Bischofs zum Selbstkontrahieren ergebe. Die kirchenrechtlich umfassende bischöfliche Amtsgewalt beinhalte bereits begrifflich die Befugnis zum Selbstkontrahieren. Neben dem Bischof bestehe kein anderes Organ, das der umfassenden Amtsgewalt des Bischofs Grenzen setzen könne. Eines besonderen Nachweises in grundbuchmäßiger Form bedürfe es nicht, weil der Umfang der bischöflichen Amtsgewalt sich unmittelbar aus dem Kirchengesetz ableite und damit „offenkundig“ i. S. d. § 29 GBO sei.

Die Entscheidung wurde überwiegend unkommentiert übernommen,<sup>116</sup> teilweise nur auf die Mehrfachvertretung bezogen<sup>117</sup> und vom Landgericht Stuttgart sogar auf den Bürgermeister einer politischen Gemeinde ausgedehnt.<sup>118</sup> Sie ist jedoch auch auf Ablehnung gestoßen. Nur weil eine zur Genehmigung befugte Person nicht vorhanden sei, könne dem Gesetz keine der Rechtstellung innewohnende Befreiung von § 181 BGB entnommen werden.<sup>119</sup>

### b) Beschluss des Oberlandesgerichts Hamm vom 30. 5. 1974

In eine ähnliche Richtung wie die Entscheidung des BayObLG geht eine Entscheidung des OLG Hamm<sup>120</sup> vom 30. 5. 1974, in der über die organschaftliche Mehrfachvertretung zu entscheiden war. Das OLG Hamm befand, der Kirchenvorstand einer katholischen Kirchengemeinde sei als gemeinschaftliches Organ bei einem Grundstückstauschvertrag zwischen Kirchengemeinde und einem selbstständigen Rechtsträger innerhalb der Kirchengemeinde von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit. Die Befugnis des Kirchenvorstands zum Selbstkontrahieren ergebe sich aus der gesetzlich geregelten umfassenden Amtsgewalt und Vertretungsmacht. Hierin liege eine stillschweigende gesetzliche Gestattung. Ein anderes Organ, das dem Kirchenvorstand die Gestattung zum Selbstkontrahieren erteilen könne, existiere nicht. Vielmehr würden die kirchlichen Belange durch die erforderliche Genehmigung der bischöflichen Behörde gewahrt.

Auch diese Entscheidung ist von der Kommentarliteratur ohne nähere Diskussion übernommen worden.<sup>121</sup>

### c) Stellungnahme

Die Gerichte begründen ihre Entscheidungen im Wesentlichen mit einer Auslegung des Kirchenrechtes. Aufgrund der in den Rechtsquellen vorgesehenen umfassenden Amtsgewalt der Kirchenvertreter und den kircheneigenen Schutzmechanismen (sprich: der aufsichtsbehördlichen Genehmigung) gestatte das Gesetz dem Bischof bzw. dem Kirchenvorstand die Vornahme von Insichgeschäften.

Klar ist, dass sich eine Gestattung von Insichgeschäften nicht ipso iure aus dem verfassungsrechtlichen Körperschaftsstatus ergibt, der zwar zahlreiche verfassungs-

111 Lichtenberger, MittBayNot 2000, 434; Vollhardt, DNotZ 2000, 309, 310; Neumeyer, RNotZ 2001, 249, 265 f.; Schneeweiß, MittBayNot 2001, 341, 342; Schöner/Stöber, a.a.O. (Fn. 52), Rn. 3559 a. – Offen gelassen: OLG Zweibrücken MittBayNot 2012, 377, 378, das aber jedenfalls die Nachgenehmigung durch ein nicht befreites Organ zulässt.

112 Genehmigung durch nicht befreites Organ zulässig: OLG Zweibrücken MittBayNot 2012, 377, 378; Tebben, DNotZ 2005, 173; Auktor, MittBayNot 2012, 378, 379 f. – Auch eine Vollmacht durch nicht befreites Organ zulässig: LG München NJW-RR 1989, 997; Ising, NZG 2011, 841, 844; Bamberger/Roth/Valenthin, Bd. 1, 3. Aufl. 2012, § 181 BGB Rn. 34.

113 Für eine ausdrückliche Gleichbehandlung spricht sich aus: Neumeyer, RNotZ 2001, 249, 268.

114 Soergel/Leptien, Bd. 2, 13. Aufl. 1999, § 181 BGB Rn. 40; Staudinger/Schilken, § 181 BGB Rn. 60; MünchKomm/Schramm, § 181 BGB Rn. 37; jurisPK/Gehrlein/Weinland, 6. Aufl. 2012, § 181 BGB Rn. 10; Bamberger/Roth/Valenthin, § 181 BGB Rn. 37; Palandt/Ellenberger, § 181 BGB Rn. 16.

115 BayObLG Rpfleger 1974, 65.

116 Soergel/Leptien, § 181 BGB Rn. 40; Staudinger/Schilken, § 181 BGB Rn. 60; MünchKomm/Schramm, § 181 BGB Rn. 37; jurisPK/Gehrlein/Weinland, § 181 BGB Rn. 10; Bamberger/Roth/Valenthin, § 181 BGB Rn. 37; Palandt/Ellenberger, § 181 BGB Rn. 16.

117 Heimerl/Pree, a.a.O. (Fn. 35), S. 334.

118 LG Stuttgart BWNotZ 1995, 166; ablehnend: Fröhler, BWNotZ 2006, 97, 115 f.

119 Joas, BWNotZ 1995, 166, 167.

120 OLG Hamm Rpfleger 1974, 310.

121 Staudinger/Schilken, § 181 BGB Rn. 60; jurisPK/Gehrlein/Weinland, § 181 BGB Rn. 10; Bamberger/Roth/Valenthin, § 181 BGB Rn. 37; Palandt/Ellenberger, § 181 BGB Rn. 16.

rechtlich gewährte Vorrechte der Kirchen begründet, im Rahmen der Teilnahme am allgemeinen Zivilrechtsverkehr aber keine Abkehr von den dort geltenden Rechtsgrundsätzen beinhaltet. Frei steht den Kirchen allerdings – insofern ist der dogmatische Ansatz der Gerichte richtig –, in ihren gesetzlichen Bestimmungen eine allgemeine Gestattung von Insichgeschäften vorzusehen. Eine solche Zulassung kann nach der hier vertretenen Auffassung jedenfalls für den katholischen Kirchenvorstand, den katholischen Bischof und für das evangelische Presbyterium im Wege der Auslegung der kirchlichen Rechtsgrundlagen ermittelt werden.

### aa) Katholischer Kirchenvorstand und katholischer Bischof

Für die Auslegung des BayObLG und des OLG Hamm, nach der die kirchlichen und gesetzlichen Vertretungsbestimmungen eine implizite Befreiung des katholischen Kirchenvorstands und des Bischofs von § 181 BGB enthalten, sprechen im Wesentlichen zwei Argumente.

Maßgeblich ist erstens, dass Kirchenvorstand und Bischof nicht nur zur umfassenden Vertretung in allen Angelegenheiten befugt sind, sondern dass sie ferner das zentrale Entscheidungs- und Willensbildungsorgan der Körperschaft sind. Ihre Rechtsstellung ist im vertretungsrechtlichen Innen- und Außenverhältnis sehr viel stärker ausgeprägt, als dies etwa aus dem Kommunal- und Gesellschaftsrecht bekannt ist: Dort gilt, dass sowohl der Bürgermeister einer politischen Gemeinde als auch der Geschäftsführer einer GmbH nicht automatisch zur Vornahme von Insichgeschäften ermächtigt sind. Beide können allerdings durch einen zusätzlichen Gestattungsakt befreit werden. Für den Bürgermeister ist dies im Wege der Hauptsatzung der Gemeinde oder durch einen befreienden Gemeinderatsbeschluss möglich, die beide dem Grundbuchamt in grundbuchmäßiger Form nachzuweisen sind.<sup>122</sup> Der Geschäftsführer einer GmbH kann durch einen entsprechenden Gesellschafterbeschluss befreit werden, der nach überwiegender Ansicht auf einer diese Möglichkeit vorsehenden Satzungsregelung beruhen muss<sup>123</sup>. Sowohl bei politischen Gemeinden als auch bei der GmbH muss die Entscheidung, den Vertreter zu befreien, also letztlich auf die vom Schutzzweck des § 181 BGB erfassten hinter der juristischen Person stehenden Personen zurückgehen.

In der katholischen Kirche existieren solche schützenswerten Personen entweder gar nicht (Diözese) oder sie treffen die Entscheidungen gerade über das auch zur Vertretung befugte Organ (Kirchengemeinde). Entscheidungsbefugnisse und Zuständigkeiten werden weder im Innen- noch im Außenverhältnis zwischen einzelnen Organen geteilt. Zwar ist der Bischof in Ausnahmefällen auf die Zustimmung des Vermögensverwaltungsrates bzw. des Konsultatorenremiums angewiesen. Diese Gremien führen aber weder die Aufsicht über den Bischof noch verfügen sie über irgendwelche über die Kompetenzen des Bischofs hinausgehenden Entscheidungsbefugnisse. Auch auf Kirchenebene ist einziges Vertretungs- und Entscheidungsorgan der Kirchenvorstand. Zwar gilt es zwischen internem Kirchenvorstandsbeschluss und nach außen

tretender Willenserklärung zu differenzieren. Diese in den kirchlichen Vorschriften angelegte Unterscheidung dient jedoch alleine dem Zweck, den Willen des Gesamtremiums auf praktikable Weise nach außen zu tragen. Die nach außen auftretenden Personen stehen namentlich nicht fest und sind daher kein von dem Kirchenvorstand unterscheidbares Vertretungsorgan im eigentlichen Sinne. Sie sind mit einem Bürgermeister oder einem Geschäftsführer nicht vergleichbar. Eine gesonderte Befreiung von § 181 BGB ist daher auch im Verhältnis „Kirchenvorstand – nach außen auftretende Person“ nicht erforderlich.

Ergänzend kann zweitens – jedenfalls auf Kirchengemeindeebene – eine Befreiung der Kirchenvertreter auf die kirchenspezifischen Schutzmechanismen zurückgeführt werden: So sind zum einen die von dem Beschluss selbst betroffenen Kirchenvorstandsmitglieder von der Abstimmung ausgeschlossen (§ 13 Nr. 3 KVVg). Einem Missbrauch beim „Transport“ der Vertretungsentscheidung nach außen – immerhin könnte ein ausgeschlossenes Mitglied gleichwohl nach außen tätig werden – wirkt das Kirchenrecht dadurch entgegen, dass nicht ein Vertreter alleine handeln kann und die Erklärung in schriftlicher, gesiegelter Form zu erfolgen hat. Hinzu kommt zum anderen, dass in ganz wesentlichen Bereichen das Rechtsgeschäft erst mit Erteilung der kirchenaufsichtlichen Genehmigung wirksam wird, sodass auf diesem Wege eine weitere Kontrolle dahingehend stattfindet, ob die Vertretungshandlung den kirchlichen Interessen entspricht.<sup>124</sup>

### bb) Vertretungsorgane der evangelischen Kirchen und katholischer Gemeindeverband

Der vorgezeichnete Argumentationsgang lässt sich trotz fehlender hierarchischer Struktur der evangelischen Kirche auf das evangelische Presbyterium (bzw. den evangelischen Kirchenvorstand in der Lippischen Landeskirche) übertragen. Auch das Presbyterium ist das entscheidende Willensbildungs- und Vertretungsorgan. Ihm alleine obliegen die interne Beratung und die Vertretung im Rechtsverkehr.<sup>125</sup> Betroffene Mitglieder sind intern von der Beschlussfassung ausgeschlossen,<sup>126</sup> eine beschlussgemäße Umsetzung nach außen wird durch das formgemäße Zusammenwirken mehrerer Presbyteriumsmitglieder gewährleistet und ist ferner über die kirchenaufsichtliche Genehmigung abgesichert.

Dünner wird das Eis, versucht man eine Befreiung der anderen kirchlichen Vertretungsorgane von den Beschränkungen des § 181 BGB herzuleiten. Zwar existiert auf katholischer Gemeindeverbands- und evangelischer Kreis- und Landeskirchenebene ebenfalls ein

122 Neumeyer, RNotZ 2001, 265; Fröhler, BWNtZ 2004, 14, 19 ff.

123 OLG Frankfurt, NJW 1983, 945; OLG Stuttgart, Rpfleger 1985, 116; OLG Hamm, NJW-RR 1998, 1193, 1194; Palandt/Ellenberger, § 181 BGB Rn. 19; Suttman, MittBayNot 2011, 1, 7 m. w. N. – Nach a. A. ist bei Mehrpersonengesellschaften keine Satzungsgrundlage erforderlich: Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, 18. Aufl. 2012, § 35 GmbHG, Rn. 52; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, 20. Aufl. 2013; § 35 GmbHG Rn. 132. – Differenzierend nach genereller Gestattung und Gestattung im Einzelfall: Schmitt, WM 2009, 1784, 1785.

124 So zu Recht OLG Hamm Rpfleger 1974, 310.

125 De Wall/Muckel, a.a.O. (Fn. 4), S. 287.

126 Art. 127 Abs. 5 KiORheinl; Art. 67 KiOWestf.



mit umfassenden Kompetenzen ausgestattetes Vertretungsorgan. Dieses ist im Innenverhältnis jedoch von der Willensbildung anderer Organe abhängig, denen die Entscheidung über eine Befreiung von § 181 BGB vorbehalten sein könnte. Der Ausschuss des katholischen Kirchengemeindeverbandes handelt nach Maßgabe der Beschlüsse der Verbandsvertretung. Der Kreissynodalvorstand leitet den evangelischen Kirchenkreis im Auftrag der Kreissynode, die die grundlegenden Beschlüsse trifft<sup>127</sup>. In den evangelischen Landeskirchen sind Kirchenleitung und Landeskirchenamt von der Landessynode abhängig.<sup>128</sup> Legt man in der Herleitung der Befreiung von § 181 BGB die Betonung auf die kircheneigenen Schutzmechanismen und sieht insbesondere die kirchenaufsichtliche Genehmigung als entscheidendes systematisches Argument für die automatische Befreiung der Kirchenvertreter an, mag man auch auf Gemeindeverbands- und Kreisebene eine Befreiung von § 181 BGB begründen können. Betont man hingegen die umfassende Entscheidungs- und Vertretungsgewalt des jeweiligen Organs, schlägt eine dahingehende Auslegung des Kirchenrechts auf Gemeindeverbands- und Kreisebene fehl. Jedenfalls für die evangelischen Landeskirchen, deren Vertreter weder über eine „umfassende Amtsgewalt“ verfügen noch an eine nachgeschaltete Genehmigung gebunden sind, geben die normativen Grundlagen keine Anknüpfungspunkte für eine implizite Befreiung von § 181 BGB her.

### 3. Zusammenfassung

Aufgrund der Vielzahl der ungeklärten und im Einzelnen strittigen Fragen im Bereich des § 181 BGB wird sich der Notar darum bemühen, Selbstkontrahieren oder Mehrfachvertretung bei Rechtsgeschäften kirchlicher Rechtsträger zu vermeiden. Lässt sich ein Insichgeschäft nicht verhindern, stehen dem Notar drei Argumentationsmuster zur Verfügung, die – je nach Fallkonstellation und betroffenem Rechtsträger – für die Zulässigkeit des Insichgeschäfts sprechen:

In Anknüpfung an die allgemeine Zivilrechtsdogmatik kann sich der Notar im Bereich der vollmachtlosen Vertretung an der neueren Literatur und Rechtsprechung orientieren, die im Bereich der vollmachtlosen Vertretung § 181 BGB für gar nicht anwendbar oder aber eine Genehmigung durch von § 181 BGB nicht befreite Organe jedenfalls in den Fällen für zulässig halten, in denen die Genehmigung nicht selbst ein Insichgeschäft ist. Weitergehend kann er sich auch im Rahmen einer Vollmacht auf neuere Literatur stützen, die bei einer Befreiung von § 181 BGB durch nicht befreite Organe fragt, ob das genehmigende Organ das Rechtsgeschäft selbst hätte tätigen können.

Kirkenspezifisch kann sich der Notar mit guten Gründen auf die Entscheidungen des BayObLG und des OLG Hamm sowie auf die diese Entscheidungen stützende Kommentarliteratur berufen, wenn es um die Befreiung des katholischen Bischofs (BayObLG) und des katholischen Kirchengemeindevorstands (OLG Hamm) geht. Dem Grundbuchamt ist die Befreiung dann wegen Offenkundigkeit nicht nachzuweisen.<sup>129</sup>

Drittens und weiterführend kann er sich der hier vertretenen Auffassung anschließen, nach der aufgrund der

Konzeption der kirchlichen Rechtsnormen nicht nur der katholische Kirchengemeindevorstand und der Bischof, sondern auch das evangelische Presbyterium von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit sind.

## V. Exkurs: Die Unternehmereigenschaft der Kirchen

Keine Vertretungsfrage, aber ein sich gleichwohl bei Verträgen mit kirchlicher Beteiligung häufig stellendes Problem ist die Qualifikation der Kirchen als Unternehmer. Aufgrund des eindeutigen Wortlauts des § 13 BGB kommt den Kirchen als juristischen Personen keine Verbrauchereigenschaft zu. Wenn sie aber – wie eingangs erwähnt – wichtige Akteure des Wirtschaftslebens sind, können sie dann unter § 14 BGB subsumiert werden?

### 1. Streitstand

Unternehmer ist eine Person, die bei Abschluss des Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Tätigkeit handelt. Gewerblich handelt, wer am Markt planmäßig und dauerhaft Leistungen gegen ein Entgelt anbietet.<sup>130</sup> Ob die Tätigkeit zusätzlich eine Gewinnerzielungsabsicht erfordert, ist strittig. Hiervon ging insbesondere die ältere Rechtsprechung aus, mit der Konsequenz, dass sie öffentliche Unternehmen nicht unter § 14 BGB subsumierte.<sup>131</sup> Unter dem Eindruck der von Seiten der Literatur geäußerten Kritik zeichnet sich jedoch ein Wandel in der Rechtsprechung ab. So ließ der BGH zuletzt die Frage offen, ob eine politische Gemeinde bei der Veräußerung von Bauland als Unternehmer handelt.<sup>132</sup> Ferner entschied er, dass jedenfalls beim Verbrauchsgüterkauf eine Gewinnerzielungsabsicht nicht erforderlich ist.<sup>133</sup>

Die herrschende Meinung im Schrifttum lässt öffentlich-rechtliche Körperschaften nicht pauschal aus dem Unternehmerbegriff fallen.<sup>134</sup> Auch Kirchen kämen als Unternehmer in Betracht.<sup>135</sup> § 14 BGB erfordere keine Gewinnerzielungsabsicht,<sup>136</sup> es genüge ein entgeltliches Tätigwerden.<sup>137</sup> Die Norm sei europarechtskonform, also gemessen an den Schutzbedürfnissen des Ver-

127 De Wall/Muckel, a.a.O. (Fn. 4), S. 361.

128 In Westfalen und im Rheinland sind die Kirchenleitung und das Landeskirchenamt nicht als eigene Organe, sondern lediglich als Hilfsorgane der Landessynode konzipiert (so de Wall/Muckel, a.a.O. [Fn. 4], S. 347); in Lippe sind Landeskirchenrat und Landeskirchenamt zwar eigenständige Organe, aber ebenfalls von der Landessynode abhängig.

129 So explizit nur das BayObLG für den Bischof.

130 Vgl. nur Palandt/Ellenberger, § 14 BGB Rn. 2.

131 BGHZ 53, 222, 223 f.

132 BGH DNotZ 2003, 341, 344.

133 BGH NJW 2006, 2250.

134 Grziwotz, ZfIR 2002, 667; Struck, MittBayNot 2003, 259, 262; Erman/Saenger, § 14 BGB Rn. 6; NK-BGB/Ring, § 14 BGB Rn. 41; Staudinger/Habermann, Einleitung und AT I, Neubearbeitung 2013, § 14 BGB Rn. 57; PWW/Prütting, 7. Aufl. 2012, § 14 BGB Rn. 6.

135 Staudinger/Habermann, § 14 BGB Rn. 57; Böhr, RNotZ 2003 277, 285; Sorge, DNotZ 2002, 593, 599 (zur Kirchenstiftung); Hertel, ZNotP 2002, 286, 289.

136 Erman/Saenger, § 14 BGB Rn. 12; Palandt/Ellenberger, § 14 BGB Rn. 2; Staudinger/Habermann, § 14 BGB Rn. 38; PWW/Prütting, § 14 BGB Rn. 7.

137 Staudinger/Habermann, § 14 BGB Rn. 38; Erman/Saenger, § 14 BGB Rn. 12.

brauchers auszulegen. Für diesen mache es keinen Unterschied, ob ihm ein Unternehmen in öffentlicher oder privater Form entgegentrete.<sup>138</sup> Bei der Subsumtion unter § 14 BGB sei insofern das Kriterium des planmäßigen und dauerhaften Handelns am Markt wesentlich. Ferner dürfe das Handeln nicht rein öffentlich-rechtlich motiviert sein und ausschließlich der Erfüllung hoheitlicher Zwecke dienen. Erwerbe etwa eine Stadt ein Grundstück, um eine Straße darauf zu errichten, scheide sie aus dem Unternehmerbegriff aus.<sup>139</sup>

## 2. Stellungnahme

Eine pauschale Ablehnung der Unternehmereigenschaft der Kirchen einzig aufgrund ihrer öffentlich-rechtlichen Organisation ist im Lichte der Literatur, der neueren Rechtsprechung und des europäischen Gemeinschaftsrechts nicht zu empfehlen. Dem europäischen Gemeinschaftsrecht, das die Begriffsfassung der §§ 13, 14 BGB wesentlich determiniert, ist eine Unterscheidung zwischen privaten und öffentlich-rechtlichen Personen fremd.<sup>140</sup> Die entscheidende Frage wird daher sein, ob der kirchliche Rechtsträger der Tätigkeit am Markt mit einem nicht nur unwesentlichen zeitlich-organisatorischen Aufwand und in einem gewissen Umfang nachgeht.<sup>141</sup> Jedenfalls größere Kirchengemeinden, die beispielsweise zahlreiche Erbbaurechtsverträge schließen, unterfallen daher dem Unternehmerbegriff.<sup>142</sup> Auch kleinere Gemeinden sollten jedoch nicht vorschnell aus dem Unternehmerbegriff ausgeschlossen werden. Denn immerhin sind diese ebenfalls in die Verwaltungsstruktur der Gesamtkirche eingebettet und können sich auf Expertise und Fachverstand der übergeordneten Einheiten verlassen. Dass die damit verbundene überlegene Stellung und Verhandlungsstärke des kirchlichen Rechtsträgers aus Gesichtspunkten des Verbraucherschutzes die Unternehmereigenschaft indizieren, scheint die logische Konsequenz.

## E. Verfahrensrecht

Die Prüfung einer wirksamen Vertretung ist bei öffentlich-rechtlichen Körperschaften mit Schwierigkeiten verbunden: Ein mit Vertrauensschutz ausgestattetes Register fehlt, die Vertretungsanforderungen ergeben sich aus einer Vielzahl von Normen, eine Bestellungsurkunde wird in der Regel nicht ausgestellt.<sup>143</sup> Insbesondere die Vertretungsregeln der Kirchen sind nicht nur „komplex“,<sup>144</sup> es wird auch kaum erörtert wie der Notar die Vertretungsbefugnis zu prüfen hat. Dies mag zwar dafür sprechen, dass sich in der Praxis bislang kaum Probleme gestellt haben und sich die Kirchen selten auf die fehlende Vertretungsbefugnis derjenigen berufen, die für sie auftreten. Ob dies den Notar, der stets damit rechnen muss, dass ein Beteiligter den Vertrag bereut, zu beruhigen vermag, muss allerdings bezweifelt werden. Es fragt sich daher, wie weit die Prüfungspflichten von Notar und Grundbuchamt gehen. Einer Antwort hierauf soll sich in zwei Etappen genähert werden: In einem ersten Schritt wird herausgearbeitet, welche Prüfungspflichten dem Grundbuchamt und dem Notar ganz abstrakt obliegen (s.u. unter E. I.), um in einem zweiten

Schritt zu erörtern, welcher tatsächlichen Nachweismittel sich Grundbuchamt und Notar konkret zu bedienen haben, um ihren Prüfungspflichten nachzukommen. Hierbei wird insbesondere darauf einzugehen sein, welche Vermutungsregeln und Nachweiserleichterungen im Beurkundungs- und Grundbuchverfahren (Stichwort: § 29 Abs. 3 GBO) greifen (s.u. unter E. II.).

## I. Prüfungspflichten

### 1. Grundbuchverfahren

Unabhängig davon, ob das Grundbuchamt einen Eintragungsantrag (§ 13 GBO), die Bewilligung des Berechtigten (§ 19 GBO) oder die materiellrechtliche dingliche Einigung zu prüfen hat (§ 20 GBO), ist es verpflichtet, sich von der ordnungsgemäßen Vertretung des jeweiligen Rechtsträgers zu überzeugen.<sup>145</sup> Es hat die Prüfung der Vertretungsmacht selbstständig vorzunehmen, ist also weder an die Auffassung der Beteiligten noch an die Meinung des Notars gebunden.<sup>146</sup> Die verfahrensrechtliche Prüfung hat im Grundsatz spiegelbildlich zu den im materiellen Bereich geltenden Normen zu erfolgen. Sämtliche in Teil B., C. und D. erörterten Problemstellungen sind daher im Prinzip für das Grundbuchamt von Relevanz.

Im Einzelnen folgt hieraus, dass gesetzliche Vertretung und rechtsgeschäftliche Vollmacht auf ihre Wirksamkeit zu prüfen sind. Die nach den gesetzlichen Vorschriften jeweils erforderliche Anzahl der Unterschriften und die Zugehörigkeit der zeichnenden Personen zum Vertretungsgremium wären daher grundsätzlich für das Grundbuchamt von Bedeutung, schwächte nicht die Nachweiserleichterung des § 29 Abs. 3 GBO diese Prüfungspflicht wesentlich ab (s. dazu im Einzelnen unten unter E. II. 1.). Eine erteilte rechtsgeschäftliche Vollmacht ist dahingehend zu untersuchen, ob sie sich auf die Erklärung der Bewilligung oder Auflassung erstreckt. Im Falle der Auflassung in Form eines Inschlaggeschäfts ist insbesondere auch die Befreiung von § 181 BGB zu prüfen.<sup>147</sup>

Auch die kirchlichen Genehmigungsvorschriften sind vom Grundbuchamt zu beachten,<sup>148</sup> da sie als Vertretungsregeln Wirksamkeitsvoraussetzung für das kirchliche Rechtsgeschäft sind. Liegt eine Genehmigung nicht vor und hat das Grundbuchamt Zweifel am Be-

<sup>138</sup> Struck, MittBayNot 2003, 259, 261.

<sup>139</sup> Sorge, DNotZ 2002, 593, 599; Struck, MittBayNot 2003, 259, 262; NK-BGB/Ring, § 14 BGB Rn. 41.

<sup>140</sup> MünchKomm/Micklitz, § 14 BGB Rn. 23; Staudinger/Habermann, § 14 BGB Rn. 53.

<sup>141</sup> So auch Böhr, RNotZ 2003, 277, 285, der kleinere Kirchengemeinden, die lediglich vereinzelt Erbbaurechte bestellen, nicht als Unternehmer qualifiziert.

<sup>142</sup> Allgemein sei von der Unternehmereigenschaft einer Kirchengemeinde bei Veräußerung eines Erbbaurechts auszugehen, so Sorge, DNotZ 2002, 593, 599.

<sup>143</sup> Zu den ersten beiden Aspekten: Armbrüster/Preuss/Renner/Piegsa, § 12 BeurkG Rn. 40.

<sup>144</sup> Armbrüster/Preuß/Renner/Piegsa, § 12 BeurkG Rn. 47.

<sup>145</sup> Schöner/Stöber, a.a.O. (Fn. 52), Rn. 88 b, 102, 206.

<sup>146</sup> BayObLG Rpfleger 2001, 486, 487; Demharter, 28. Aufl. 2012, § 19 GBO Rn. 74.

<sup>147</sup> BayObLG MittBayNot 1993, 150, 151; Meikel/Hertel, § 29 GBO Rn. 62; Schöner/Stöber, a.a.O. (Fn. 52), Rn. 3557.

<sup>148</sup> Statt aller: Demharter, § 19 GBO Rn. 139.

stehen eines Genehmigungserfordernisses, kann es die Vorlage eines Negativattestes durch die Aufsichtsbehörde verlangen.<sup>149</sup> Wird das Negativattest beigebracht, ist das Grundbuchamt allerdings daran gebunden und darf die Erteilung einer Genehmigung nicht zur Voraussetzung der Eintragung machen. Denn die Genehmigungsvorschriften dienen alleine dem kirchlichen Interesse am Erhalt des Vermögensbestandes; ein Negativattest steht einer Genehmigung insofern gleich.<sup>150</sup>

## 2. Beurkundungsverfahren

Der Prüfungskanon des Notars erstreckt sich ebenfalls auf den gesamten oben dargestellten Vertretungsmechanismus. Der Notar hat die wirksame Vertretung eines Rechtsträgers im Beurkundungsverfahren umfassend zu prüfen (§§ 12 i.V.m. 17 BeurkG).<sup>151</sup> Er soll die Beteiligten über die „rechtliche Tragweite des Geschäfts“ (§ 17 BeurkG) aufklären, sie also insbesondere darüber belehren, ob die beabsichtigte Rechtsfolge aufgrund wirksamer Stellvertretung eintritt.<sup>152</sup> Vollmachten sollen der Niederschrift in Urschrift oder in beglaubigter Abschrift beigelegt werden (§ 12 BeurkG). Auf bestehende behördliche und gerichtliche Genehmigungserfordernisse – zu denen auch die kirchenaufsichtlichen Genehmigungen gehören<sup>153</sup> – soll der Notar hinweisen; die diesbezügliche Belehrung und bestehende Zweifel soll er in der Niederschrift vermerken (§ 18 BeurkG). Da der Notar ebenfalls verpflichtet ist, auf etwaige Hindernisse beim Vollzug des beurkundeten Rechtsgeschäfts hinzuweisen,<sup>154</sup> muss er ferner das grundbuchamtliche Prüfungsspektrum und die grundbuchrechtlich zu erbringenden Nachweise (s.u. unter E.II.1.) vor Augen haben. Eine Berufung des Notars darauf, dass er in seiner Praxis bisher nicht mit dem jetzt auftretenden Rechtsträger befasst gewesen sei, ist ihm verwehrt. Das maßgebliche Normgerüst – sei es auch komplex – hat er grundsätzlich zu kennen und zu beachten.<sup>155</sup>

Im Einzelnen folgt hinsichtlich der Kirchen aus dieser umfassenden Prüfungspflicht, dass der Notar zu kontrollieren hat, wie viele Unterschriften für die wirksame Vertretung erforderlich sind und ob es der Siegelung und Schriftform bedarf. Auch der „Personenbezug“ zwischen Vertretungsorgan und Erschienenem ist vom Notar im Grundsatz herzustellen;<sup>156</sup> er hat die Zugehörigkeit der auftretenden oder die Vollmacht zeichnenden Person zum Vertretungsgremium festzustellen. Seiner Hinweispflicht aus § 18 BeurkG genügt der Notar nicht, wenn er lediglich pauschal über „behördliche Genehmigungen“ belehrt.<sup>157</sup> Hinweise bezüglich der erforderlichen Genehmigung müssen konkret in Bezug auf das beurkundete Rechtsgeschäft erfolgen, was naturgemäß eine Subsumtion des spezifischen Sachverhalts unter die Genehmigungsvorschriften voraussetzt. Bestehen tatbestandliche Unsicherheiten, sollten diese mit den Beteiligten erörtert werden und es sollte auf eine frühzeitige Rücksprache mit der Aufsichtsbehörde hingewirkt werden. Die Genehmigungen sind von den Beteiligten grundsätzlich selbst einzuholen. Durch einen entsprechenden Auftrag können die Beteiligten sich jedoch vom Notar vertreten lassen,<sup>158</sup> ohne dass freilich

das Risiko der Genehmigungsverweigerung auf den Notar überginge.

## II. Nachweismittel

Wenn sich Grundbuchamt und Notar von der ordnungsgemäßen Vertretung der kirchlichen Rechtsträger zu überzeugen haben, schließt sich die Frage an, auf welche Nachweismittel die Überzeugung gestützt werden darf und welche Nachweise Prüfungserleichterungen nach sich ziehen.

### 1. Grundbuchverfahren

#### a) Grundnorm des § 29 Abs. 1 GBO

Dem Grundbuchamt stehen bei der Prüfung der ordnungsgemäßen Vertretung lediglich die Beweismittel des § 29 GBO zur Verfügung. Bekanntlich darf das Grundbuchamt weder die Beteiligten, noch darf es Zeugen vernehmen.<sup>159</sup> Allein der Urkundsbeweis ist taugliches Beweismittel. Gemäß § 29 Abs. 1 S. 1 GBO soll eine Eintragung nur vorgenommen werden, wenn die Eintragungsbewilligung oder die sonstigen zu der Eintragung erforderlichen Erklärungen durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunde nachgewiesen werden. Zu den „sonstigen Erklärungen“ gehören insbesondere Vollmachten, Vollmachtsbestätigungen und Genehmigungserklärungen i.S.d. § 177 BGB.<sup>160</sup> Andere Voraussetzungen der Eintragung – etwa der Bestand der juristischen Person, die Vertretungsmacht ihrer gesetzlichen Vertreter,<sup>161</sup> die kirchenaufsichtliche Genehmigung<sup>162</sup> und Bestätigung der gesetzlichen Vertretungsmacht<sup>163</sup> – müssen dem Grundbuchamt entweder offenkundig sein oder bedürfen des Nachweises in öffentlicher Urkunde (§ 29 Abs. 1 S. 2 GBO).

Bestand der juristischen Person und eine Befreiung der kirchlichen Vertreter von § 181 BGB<sup>164</sup> werden dem

149 Demharter, § 19 GBO Rn. 139; vgl. auch OLG Braunschweig Pfleger 1991, 452, 453.

150 Vgl. BGH NJW 2010, 144 zu einem gesetzlichen Genehmigungsvorbehalt im Bereich der Kommunalaufsicht.

151 Allg. Meinung, vgl. statt aller Winkler, 17. Aufl. 2013, § 12 BeurkG Rn. 1. Für eine entsprechende Anwendung von § 12 BeurkG im Beglaubigungsverfahren, wenn der Notar den Entwurf selbst gefertigt hat: Grziwotz/Heinemann/Heinemann, 2012, § 12 Rn. 4.

152 Lerch, § 12 BeurkG Rn. 1.

153 Lerch, § 18 BeurkG Rn. 13.

154 BGH DNotZ 2005, 847, 848; Haug/Zimmermann, Die Amtshaftung des Notars, 3. Aufl., 2011, Rn. 490.

155 Vgl. Haug/Zimmermann, a.a.O. (Fn. 154), Rn. 80; Arndt/Lerch/Sandkühler/Sandkühler, 7. Aufl. 2012, § 19 BnotO Rn. 109, die zu Recht darauf hinweisen, dass etwas anderes für Rechtsvorschriften gelten kann, die in keinem der Bekanntmachungsblätter veröffentlicht sind, die der Notar zu halten verpflichtet ist.

156 Neumeyer, RNotZ 2001, 249, 260; Armbrüster/Preuss/Renner/Piegsa, § 12 BeurkG Rn. 50.

157 Armbrüster/Preuss/Renner/Rezori, § 18 BeurkG Rn. 3.

158 Armbrüster/Preuss/Renner/Rezori, § 18 BeurkG Rn. 5.

159 Meikel/Hertel, § 29 GBO Rn. 16.

160 KEHE/Herrmann, Grundbuchrecht, 6. Aufl. 2006, § 29 GBO Rn. 20.

161 Demharter, § 19 GBO Rn. 74; BeckOK/Otto, Edition 18, Stand: 1. 6. 2013, § 29 GBO Rn. 100; Meikel/Hertel, § 29 GBO Rn. 100.

162 KEHE/Herrmann, § 29 GBO Rn. 2.

163 KEHE/Herrmann, § 29 GBO Rn. 27, 36. – Erklärungen von nicht am Grundbuchverfahren beteiligten Personen ordnet die h. M. als sonstige Eintragungsvoraussetzung ein; kritisch: Meikel/Hertel, § 29 GBO Rn. 353.

164 S.o. unter D.IV.



Grundbuchamt in der Regel offenkundig sein, da sich beide unmittelbar aus den gesetzlichen Grundlagen ergeben. Im Übrigen sind Vertretungsmacht der gesetzlichen Vertreter, rechtsgeschäftliche Vollmacht und aufsichtsbehördliche Genehmigung in öffentlicher Urkunde nachzuweisen. Bei der Frage, welche Nachweise im Zusammenhang mit der Genehmigung vorzulegen sind, ist zu differenzieren: Wird der dem Rechtsgeschäft zugrundeliegende Organbeschluss genehmigt, kann das Grundbuchamt die Vorlage der Genehmigungserklärung und des Beschlusses in Form der öffentlichen Urkunde verlangen. Die Vorlage einer Genehmigung, die sich ausdrücklich auf das Rechtsgeschäft bzw. die Grundbucheintragungen bezieht, ist nicht erforderlich, solange der Beschluss die Grundbucheintragungen deckt.<sup>165</sup> Genehmigt die Aufsichtsbehörde dagegen unmittelbar das Rechtsgeschäft, ist dem Grundbuchamt nur die Genehmigungserklärung selbst einzureichen. Die Vorlage des Beschlusses kann in diesem Fall nicht verlangt werden, da sich die Aufsichtsbehörde durch Genehmigung des Rechtsgeschäfts mit dem gesamten Vorgang einverstanden erklärt.<sup>166</sup>

Im Rahmen der Nachweisführung kommen den Kirchen zwei Privilegien zugute: Zum einen können sie selbst öffentliche Urkunden errichten [b]); zum anderen – und darauf aufbauend – gilt für sie die Vorschrift des § 29 Abs. 3 GBO mit der Folge, dass bei sogenannten bewirkenden Urkunden nicht mehr zu prüfen ist, ob die die Urkunde zeichnende Person dem Vertretungsorgan (Kirchenvorstand, Presbyterium etc.) angehört und ob mehrere Unterschriften erforderlich sind [c)].

## b) Begriff der öffentlichen Urkunde im kirchlichen Kontext

Eine öffentliche Urkunde zeichnet sich nach der in der gesamten Rechtsordnung maßgeblichen Legaldefinition des § 415 ZPO durch drei konstitutive Merkmale aus: Die Urkunde muss von einer Behörde oder durch eine mit öffentlichem Glauben versehene Person innerhalb der Grenzen ihrer Amtsbefugnisse in der vorgeschriebenen Form errichtet werden.<sup>167</sup>

„Behörde“ i. S. d. Vorschrift ist „ein (. . .) Organ der Staatsgewalt, das dazu berufen ist, unter öffentlicher Autorität für die Erreichung der Zwecke des Staates oder der von ihm geförderten Zwecke tätig zu sein“. Der Behördenbegriff wird nach allgemeiner Meinung auf die Handlungsorgane der sonstigen öffentlich-rechtlichen Körperschaften ausgedehnt, sofern diese Träger öffentlicher Gewalt sind.<sup>168</sup> Insofern kommt auch den Organen der körperschaftlich strukturierten kirchlichen Rechtsträger Behördeneigenschaft zu.<sup>169</sup> Dies wird beispielhaft anerkannt für die Kirchenvorstände<sup>170</sup> und Bischöfe<sup>171</sup>. Ohne Zweifel kommt aber auch den weiteren, nicht exemplarisch genannten Organen Behörden-eigenschaft zu (in der katholischen Kirche in Nordrhein-Westfalen insbesondere auch der Gemeindeverbandsvertretung und dem Generalvikariat; in den evangelischen Kirchen Nordrhein-Westfalens dem Presbyterium, dem Kreissynodalvorstand und dem Landeskirchenamt).<sup>172</sup>

Solange ihre eigenen Angelegenheiten – zu denen auch privatrechtliche Erklärungen gehören können<sup>173</sup> – be-

troffen sind, handelt eine Behörde immer im Rahmen ihrer Zuständigkeit.<sup>174</sup> Dies gilt auch für die Abgabe von Erklärungen als gesetzlicher Vertreter, wenn die Vertretung zu den Amtsbefugnissen gehört.<sup>175</sup>

## c) Nachweiserleichterung durch § 29 Abs. 3 GBO

Die Befugnis der Kirchen, selbst öffentliche Urkunden errichten zu können, hat zunächst zur Folge, dass die Kirchen bei der Abgabe eigener Erklärungen – sofern keine Beurkundungsform vorgeschrieben ist – nicht den Umweg über den Notar wählen müssen. Weiterhin ist mit diesem Vorteil die Nachweiserleichterung des § 29 Abs. 3 GBO verbunden. Im Rahmen seines Anwendungsbereichs bewirkt § 29 Abs. 3 GBO, dass das Grundbuchamt von der Pflicht entbunden ist zu prüfen, ob alle Voraussetzungen einer öffentlichen Urkunde gegeben sind: Liegt eine gesiegelte,<sup>176</sup> mit einer Unterschrift<sup>177</sup> versehene Erklärung über eine eigene Angelegenheit vor (sogenannte bewirkende Urkunde), muss das Grundbuchamt demnach nicht mehr prüfen, ob die behördlichen Verfahrens- und Formvorschriften eingehalten wurden.<sup>178</sup> Für das Grundbuchamt ist insbesondere unerheblich, wie viele Unterschriften nach den behördlichen Rechtsgrundlagen verlangt werden.<sup>179</sup> Des Weiteren wird aus der Vorschrift geschlossen, dass die Beifügung des Stempels oder Siegels für das Grundbuchamt die Vermutung der Ordnungsmäßigkeit der Erklärung schlechthin begründet.<sup>180</sup> Hieraus folge im Zusammenhang mit der Vertretung öffentlicher Rechtsträger, so die einhellige Auffassung, dass Erklärungen

165 S. im Einzelnen oben unter C.I.3.b)aa)(3) und C.II.3.b)cc). Vgl. auch LG Duisburg KirchE 29, 230.

166 S. im Einzelnen oben unter C.I.3.b)aa)(3) und C.II.3.b)cc).

167 Prütting/Gehrlein/Preuß, 5. Aufl. 2013, § 415 ZPO Rn. 9; speziell für das Grundbuchverfahren vgl. BGHZ 25, 186, 188.

168 DNotI-Report 12/2000, 101, 102; KEHE/Herrmann, § 29 GBO Rn. 49.

169 Zutreffenderweise kommt den Organen Behördeneigenschaft zu, nicht aber dem Rechtsträger selbst. So aber: Meikel/Hertel, § 29 GBO Rn. 335; Eckert/Heckel, MittBayNot 2006, 471, 475; Prütting/Gehrlein/Preuß, § 415 ZPO Rn. 12; KEHE/Herrmann, § 29 GBO Rn. 50.

170 Marx, a.a.O. (Fn. 18), S. 117, 135; DNotI-Report 12/2000, 101, 102; Meikel/Hertel, § 29 GBO Rn. 335; BeckOK/Otto, § 29 GBO Rn. 172; Bauer/v. Oefele/Schaub, GBO AT VII Rn. 371.

171 Riggers, JurBüro 1967, 697; DNotI-Report 12/2000, 101, 102; Meikel/Hertel, § 29 GBO Rn. 335; BeckOK/Otto, § 29 GBO Rn. 172.

172 Vgl. OLG Schleswig NJOZ 2013, 969, 870, das ganz allg. meint, „kirchliche Urkunden“ seien öffentliche Urkunden i. S. d. § 29 GBO.

173 BayObLGZ 1954, 323, 329 f.; BayObLG Rpfleger 1978, 141.

174 Demharter, § 29 GBO Rn. 34.

175 KEHE/Herrmann, § 29 GBO Rn. 55.

176 Nach der Kommentierung ist das Siegel „der Behörde“ erforderlich. Subsumiert man jedoch richtigerweise die Organe einer Körperschaft unter den Behördenbegriff, genügt es freilich, wenn die Urkunde das Siegel des Rechtsträgers führt, dem das kirchliche Organ zugeordnet ist (also etwa das Siegel der Kirchengemeinde).

177 Eine einzige Unterschrift ist ausreichend, anders noch der alte Art. 9 PrAGGBO.

178 Meikel/Hertel, § 29 GBO Rn. 340; Demharter, § 29 GBO Rn. 45.

179 DNotI-Report, 12/2000, 101, 102; Neumeyer, RNotZ 2001, 249, 261; Bauer/v. Oefele/Knothe, § 29 GBO Rn. 143; Demharter, § 29 GBO Rn. 46.

180 KG Rpfleger 1974, 399; BayObLG Rpfleger 1978, 141; OLG Hamm Rpfleger 1996, 338; KEHE/Herrmann, § 29 GBO Rn. 69; Demharter, § 29 GBO Rn. 45; Meikel/Hertel, § 29 GBO Rn. 342.

gemäß § 29 Abs. 3 GBO die Vermutung der Vertretungsbefugnis des Unterzeichnenden in sich tragen.<sup>181</sup> § 29 Abs. 3 GBO erfülle die Funktion von Auszügen aus dem Register bei Personen des Privatrechts.<sup>182</sup> Die Vertretungsbefugnis des Erklärenden sei vom Grundbuchamt nicht mehr zu prüfen.<sup>183</sup>

#### d) Schlussfolgerungen

In der Konsequenz bedeutet dies, dass der Nachweis der Vertretungsbefugnis immer dann vergleichsweise leicht zu führen ist, wenn sich ein kirchlicher Rechtsträger im Beurkundungsverfahren rechtsgeschäftlich vertreten lässt. Als Nachweis der Vertretungsmacht genügt allein die Vorlage einer Vollmacht oder Nachgenehmigung in Form der gesiegelten, unterschriebenen kirchlichen Eigenurkunde. Das Grundbuchamt hat nicht mehr zu prüfen, ob die Personen, die die Vollmacht zeichnen, tatsächlich gesetzliche Vertreter des kirchlichen Rechtssubjektes sind und wie viele Unterschriften nach den Verfahrensvorschriften erforderlich sind. Etwas anderes kann allenfalls dann gelten, wenn tatsächliche Anhaltspunkte die Legitimation der Unterzeichner in Zweifel ziehen.<sup>184</sup> Solche „tatsächlichen“ Anhaltspunkte liegen jedoch nicht bereits dann vor, wenn die Urkunde lediglich von einer Person gezeichnet ist. Ob materiellrechtlich ausnahmsweise – etwa weil ein Geschäft im Rahmen der laufenden Verwaltung vorliegt oder eine satzungsmäßige Ermächtigung der konkreten Körperschaft existiert – eine Unterschrift genügt, soll das Grundbuchamt gerade nicht aufwendig prüfen müssen.

Schwieriger gestalten sich die Nachweise im Grundbuchverfahren, wenn diesem ein Beurkundungsverfahren vorgelagert ist, in dem sich der kirchliche Rechtsträger unmittelbar durch seine gesetzlichen Vertreter vertreten lässt. Aus der Tatsache, dass eine Behörde handelt und § 67 BeurkG das Siegelerfordernis ersetzt, folgt nämlich nicht zugleich, dass der notariellen Urkunde die Wirkung des § 29 Abs. 3 GBO zukäme.<sup>185</sup> Die Vertretungsbefugnis der Unterzeichner ist daher gesondert in öffentlicher Urkunde nachzuweisen. Die Strategien, die in Literatur und Rechtsprechung zur Auflösung dieser Nachweisproblematik vorgeschlagen werden, sind zusammengefasst unter E.II.3. behandelt.

## 2. Beurkundungsverfahren

### a) Normative Grundaussagen

Eine allgemeine Vorschrift darüber, wie der Notar den Sachverhalt zu ermitteln hat und welche Nachweise ihm in welcher Form vorzulegen sind, fehlt im Beurkundungsrecht. Grundsätzlich gilt bei der Ausschöpfung des Sachverhalts ein differenzierter und einzelfallorientierter Prüfungsmaßstab. Nachweise hat sich der Notar nach pflichtgemäßem Ermessen vorlegen zu lassen; ihm steht in tatsächlicher Hinsicht ein Spielraum zu.<sup>186</sup> Orientieren kann sich der Notar an den jeweiligen Vertretungsbestimmungen, die teilweise selbst Nachweisbestimmungen treffen<sup>187</sup> oder wegen bestimmter materiellrechtlicher Wirkmechanismen (Stichwort: § 172 BGB) die Vorlage von Nachweisen in besonderer Form nahelegen. Im Übrigen verlangt § 12 BeurkG, dass Vollmachten und Ausweise über die gesetzliche Vertre-

tungsmacht in Urschrift oder beglaubigter Abschrift vorliegen. Eine entsprechende ausdrückliche Vorschrift fehlt für die kirchenaufsichtliche Genehmigung. Da eine Prüfung der Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts jedoch ohne Vorlage der Genehmigung nicht sinnvoll möglich ist und dem Notar der Vollzug eines unwirksamen Rechtsgeschäfts versagt ist, sollte er auch hier auf der Vorlage der Genehmigung bestehen. Im Falle der Genehmigung des Beschlusses sollte er sich ferner den Beschluss (bei sich anschließendem Grundbuchverfahren in grundbuchtauglicher Form) vorlegen lassen.

### b) Nachweiserleichterung

Anders als für das Grundbuchamt existiert für den Notar keine ausdrückliche mit § 29 Abs. 3 GBO vergleichbare Prüfungserleichterung.

Aus diesem Grund ist fraglich, ob der Notar wie das Grundbuchamt die Vertretungsbefugnis der die Vollmacht/Genehmigung zeichnenden Personen – sprich deren Zugehörigkeit zum Vertretungsgremium – vermuten darf. Dies wird von einigen Autoren mit der Begründung bejaht, dass sich auch der Notar auf den Rechtsschein einer Erklärung in Form des § 29 Abs. 3 GBO verlassen dürfe.<sup>188</sup> Im Ergebnis ist dem zuzustimmen. Richtigerweise wird man den vermittelten Rechtsschein der Vertretungsbefugnis jedoch nicht an die Form des § 29 Abs. 3 GBO, sondern an das Vorliegen einer öffentlichen Urkunde knüpfen. § 29 Abs. 3 GBO ist im Beurkundungsverfahren nicht anwendbar, da es sich um eine nur im Grundbuchverfahren geltende Sondervorschrift handelt.<sup>189</sup> Die allgemeine Beweiskraft einer öffentlichen Urkunde gilt aber auch für den Notar. Nach der Rechtsprechung erstreckt sich die Beweiskraft einer öffentlichen Urkunde auf die Vertretungsmacht des Unterzeichners.<sup>190</sup> Der Nachweis, dass der Unterzeichner eine zur Vertretung der Behörde be-

181 KG Rpfleger 1974, 399; BayObLG Rpfleger 1978, 141; OLG Hamm Rpfleger 1996, 338; Armbrüster/Preuss/Renner/Rezori, § 67 BeurkG Rn. 3.

182 KG Rpfleger 1974, 399.

183 BayObLG MittBayNot 1978, 10; BayObLGZ 54, 323, 329f.; DNotI Report, 12/2000, 101, 102; Neumeyer, RNotZ 2001, 249, 261; Meikel/Hertel, § 29 GBO Rn. 342; KEHE/Herrmann, § 29 GBO Rn. 69.

184 Meikel/Hertel, § 29 GBO Rn. 342.

185 KEHE/Herrmann, § 29 GBO Rn. 71.

186 So bei der Vertretung Minderjähriger: Eylmann/Vaasen/Limmer, 3. Aufl. 2011, § 12 BeurkG Rn. 8; Winkler, § 12 BeurkG Rn. 11. – Armbrüster/Preuss/Renner/Piegsa, § 12 BeurkG Rn. 51 erklären die im Zusammenhang mit der Vertretung Minderjähriger entwickelten Grundsätze ausdrücklich auf die Vertretung öffentlich-rechtlicher Körperschaften für anwendbar.

187 Armbrüster/Preuss/Renner/Piegsa, § 12 BeurkG Rn. 40.

188 Eckert/Heckel, MittBayNot 2006, 471, 474; Armbrüster/Preuss/Renner/Piegsa, § 12 BeurkG Rn. 52.

189 BayObLG Rpfleger 1978, 141; Neumeyer, RNotZ 2001, 249, 261; Demharter, § 29 GBO Rn. 45; Meikel/Hertel, § 29 GBO Rn. 340.

190 LG Dortmund, DNotZ 1962, 146, 147 (Vollmacht und Übernahmeverklärung durch Landschaftsverband und Landesbank im Rahmen einer Kapitalerhöhung); BayObLGZ 1975, 227 (Handelsregisteranmeldung einer Sparkasse); OLG Düsseldorf, MittRhNotK 1997, 436, 437 (Vollmacht einer Sparkasse zur Errichtung einer GmbH). – Vgl. auch: BGH NJW-RR 2011, 953, 964 (Bietvollmacht einer Sparkasse im Zwangsversteigerungsverfahren) und BayObLGZ 1975, 323, 330 (zur Nachweisführung im Grundbuchverfahren, jedoch mit allgemeinen Äußerungen zur Beweiskraft einer öffentlichen Urkunde).

rechtigte Person ist, ist also nicht erforderlich.<sup>191</sup> Dies bedeutet, dass der Notar zwar zu prüfen hat, ob eine öffentliche Urkunde vorliegt, sprich: ob die erforderliche Anzahl der Unterschriften in gesiegelter Form geleistet wurden.<sup>192</sup> Dass die zeichnenden Personen jedoch Mitglieder des Vertretungsorgans sind, darf er vermuten. So verstanden geht der alleine im Grundbuchverfahren geltende § 29 Abs. 3 GBO lediglich insofern über die allgemeine Beweiskraft einer öffentlichen Urkunde hinaus, als im Grundbuchverfahren die Tatbestandsvoraussetzungen der öffentlichen Urkunde nicht vollumfänglich zu prüfen sind, dass also insbesondere auch bei abweichenden behördlichen Formvorschriften die Abgabe einer Unterschrift zur Nachweisführung genügt.

### 3. Sonderproblem: Gesetzliche Vertretung des kirchlichen Rechtsträgers

Während im Falle der *rechtsgeschäftlichen* Vertretung kirchlicher Rechtsträger im Beurkundungsverfahren die Überprüfung der Vertretungsmacht also sowohl aus grundbuch- wie auch aus beurkundungsrechtlicher Sicht lösbar ist, stellt sich die Lage im Falle der *gesetzlichen* Vertretung ungleich komplexer dar. Denn weder kann auf die allgemeine Beweiskraft der öffentlichen Urkunde noch auf die Nachweiserleichterung des § 29 Abs. 3 GBO zurückgegriffen werden.

Rein beurkundungsrechtlich sei zunächst angemerkt, dass der Notar grundsätzlich den Angaben der Beteiligten, die ihre Zugehörigkeit zum Vertretungsorgan behaupten, Glauben schenken darf. Denn die Beteiligten sind ihrerseits verpflichtet, sich gegenüber dem Notar wahrheitsgemäß und vollständig zu erklären und sich in gewissem Maß loyal zu verhalten.<sup>193</sup> Hieraus folgt zwar nicht, dass der Notar jede Information blind für richtig halten darf. Er muss die Angaben der Beteiligten einer gewissen Plausibilitätskontrolle unterziehen.<sup>194</sup> Liegen jedoch keine Anhaltspunkte für deren Unrichtigkeit vor, darf sich der Notar grundsätzlich auf die tatsächlichen Angaben der Beteiligten verlassen.<sup>195</sup> Mit den Angaben der Beteiligten sollte sich der Notar freilich dann nicht begnügen, wenn sich dem Beurkundungsverfahren der Grundbuchvollzug anschließt. Zurückgegriffen werden kann in diesem Fall auf die folgenden zwei Lösungsstrategien.

#### a) Beidrückung des Siegels unter die notarielle Urkunde

Ein auf *Neumeyer* zurückgehender Ansatz regt an, im Falle der gesetzlichen Vertretung der notariellen Niederschrift das Dienstsiegel beizudrücken.<sup>196</sup> Aus der Idee der Duldungs- und Anscheinsvollmacht in Verbindung mit dem Grundgedanken des § 29 Abs. 3 GBO folge eine „Gewährleistungsfunktion des Dienstsiegels“, die zwar nicht die erforderliche Anzahl der Unterschriften ersetzen könne, wohl aber eine „Legitimationsvermutung für die Unterzeichner“ begründe. Nach § 67 BeurkG sei die Beifügung des Siegels zwar materiellrechtlich nicht erforderlich, aber ebenso wenig unzulässig.

Soweit ersichtlich hat dieser in erster Linie für das Beurkundungsverfahren und nicht mit Blick auf das Grund-

buchverfahren entwickelte Ansatz in der Rechtsprechung bislang keine Resonanz erfahren. Auch die Literatur zitiert *Neumeyer* nur zögerlich und ohne eindeutige Stellungnahme.<sup>197</sup>

Im Ergebnis dürfte der Beifügung des Siegels auf der notariellen Urkunde nichts entgegenstehen. Vielmehr ist der Ansatz deshalb sympathisch, weil er eine im Zusammenspiel von Beurkundungs- und Grundbuchverfahren bestehende Lücke praxisfreundlich schließt und die Stellung der gesetzlichen Vertreter im Beurkundungsverfahren aufwertet. Das Siegel kann allerdings nur den Rechtsschein der Zugehörigkeit der zeichnenden Personen zum Vertretungsgremium ersetzen, Notar und Grundbuchamt jedoch nicht von der Prüfung der erforderlichen Anzahl der Unterschriften entbinden.<sup>198</sup>

#### b) Vertretungsbestätigung durch Eigenurkunde/durch die Aufsichtsbehörde

Als zweite Möglichkeit der Nachweisführung wird die Einholung einer Vertretungsbestätigung der Aufsichtsbehörde<sup>199</sup> bzw. einer Eigenurkunde der vertretenen Körperschaft<sup>200</sup> in Form des § 29 Abs. 3 GBO ins Feld geführt.

Rein beurkundungsrechtlich ist eine standardmäßige Einholung der Vertretungsbestätigung nicht erforderlich. Es genügt, wenn der Notar sich eine Vertretungsbescheinigung in unsicheren Fällen vorlegen lässt.<sup>201</sup> Grundsätzlich darf sich der Notar auf die Angaben der Beteiligten verlassen. „Restzweifel“ kann er in der Urkunde vermerken.<sup>202</sup> Eine weitergehende Pflicht folgt auch nicht aus § 12 BeurkG. Die nach dieser Vorschrift beizufügenden „Ausweise über die Berechtigung eines gesetzlichen Vertreters“ sind nur dort zu verlangen, wo sie existieren. Die Vertretungsbestätigung ist kein „Ausweis“ i. S. d. Vorschrift, sondern lediglich eine weitere Informationsquelle. Mit Blick auf das Grundbuchverfahren stellt die Einholung der Vertretungsbestätigung freilich einen praktikablen Ansatz dar. Zulässig sind beide vorgeschlagenen Bestätigungen. Denn sowohl die aufsichtsbehördliche Bestätigung als auch die Bestätigung

191 OLG Düsseldorf, MittRhNotK 1997, 436, 437.

192 Wohl a. A. Armbrüster/Preuss/Renner/Piegsa, § 12 BeurkG Rn. 52, der im Zusammenhang mit der Vollmacht einer Sparkasse meint, der Notar müsse grundsätzlich nicht prüfen, wie viele Unterschriften nach den konkreten Vertretungsvorschriften erforderlich seien.

193 Keim, Das notarielle Beurkundungsverfahren, 1990, Rn. B 44 ff.

194 Keim, a.a.O. (Fn. 193), Rn. B 48.

195 Staudinger/Hertel, AT I, Neubearbeitung 2012, Vorbem. Zu §§ 127 a, 128 (BeurkG) Rn. 479.

196 Neumeyer, RNotZ 2001, 249, 261 f.

197 Vgl. Eckert/Heckel, MittBayNot 2006, 471, 475; ausdrücklich ablehnend das Gutachten des DNotI vom 8. 12. 2008, Gutachten-Nr. 90449.

198 Nur in Bezug auf den Notar: Neumeyer, RNotZ 2001, 249, 261 f.

199 BayObLG NJW-RR 2001, 1237; Eckert/Heckel, MittBayNot 2006, 471, 474; KEHE/Herrmann, § 29 GBO Rn. 36; Meikel/Hertel, § 29 GBO Rn. 102; Demharter, § 19 GBO Rn. 74; Armbrüster/Preuss/Renner/Piegsa, § 12 BeurkG Rn. 51; Grziwotz/Heinemann/Heinemann, 2012, § 12 GBO, Rn. 12.

200 DNotI-Report, 2000, 101, 102; Meikel/Grziwotz, GBO Einl J Rn. 191.

201 Eckert/Heckel, MittBayNot 2006, 471, 474; Armbrüster/Preuss/Renner/Piegsa, § 12 BeurkG Rn. 51.

202 Armbrüster/Preuss/Renner/Piegsa, § 12 BeurkG Rn. 51.



in Form der Eigenurkunde belegen die Zugehörigkeit der die notarielle Urkunde zeichnenden Personen zum Vertretungsgremium. Es wäre ein nicht zu begründender Widerspruch, wenn ein kirchlicher Rechtsträger zwar eigenständig Vollmachten in grundbuchmäßiger Form erteilen, sich aber nicht aus eigener Rechtsmacht gesetzlich im Beurkundungsverfahren vertreten lassen könnte und auf eine Bestätigung der übergeordneten Behörde angewiesen wäre.

Für die Bestätigungserklärungen ihrerseits gilt im Grundbuchverfahren die Vermutungswirkung des § 29 Abs. 3 GBO.<sup>203</sup> Sollte der Nachweis durch Vorlage einer aufsichtlichen Vertretungsbestätigung geführt werden, ist bei der Auslegung der konkreten Erklärung der Aufsichtsbehörde Vorsicht geboten. In der bloßen Genehmigungserteilung wird in der Regel noch nicht zugleich eine Vertretungsbescheinigung zu sehen sein.<sup>204</sup> Der Wille, die Vertretungsmacht der Kirchenvertreter zu bestätigen, muss sich vielmehr eindeutig aus der Erklärung ergeben. Eine dahingehende ausdrückliche Formulierung sollte daher bei der Aufsichtsbehörde angefordert werden.

### III. Zusammenfassung

Lassen sich die kirchlichen Rechtsträger im Beurkundungsverfahren rechtsgeschäftlich vertreten, genügt gegenüber dem Grundbuchamt eine mit einer Unterschrift versehene gesiegelte Vollmacht bzw. Genehmigung der kirchlichen Körperschaft zum Nachweis der Vertretungsmacht. Das Grundbuchamt muss weder prüfen, ob nach den Vorschriften des Rechtsträgers mehrere Unterschriften erforderlich gewesen wären, noch muss ihm die Zugehörigkeit der zeichnenden Personen zum Vertretungsorgan nachgewiesen werden. Der Notar hat bei Vorlage einer Vollmacht bzw. Genehmigung zwar zu prüfen, wie viele Unterschriften für ihre wirksame Erteilung erforderlich sind. Liegt ihm jedoch eine formgemäß abgegebene Vollmacht vor (ausreichende Anzahl von Unterschriften nebst Siegel), darf er auf die Zugehörigkeit der zeichnenden Personen zum Vertretungsgremium vertrauen.

Wird ein kirchlicher Rechtsträger nicht rechtsgeschäftlich, sondern gesetzlich im Beurkundungsverfahren vertreten, genügt der Notar grundsätzlich bereits dann seinen Pflichten, wenn die nach den kirchlichen Rechtsgrundlagen nötige Personenanzahl mitwirkt und die Beteiligten ihm plausibel ihre Zugehörigkeit zum Vertretungsorgan der Körperschaft versichern. Schließt sich an die Beurkundung jedoch der Vollzug im Grundbuch an oder drängen sich Zweifel an der Zugehörigkeit der zeichnenden Personen zum Vertretungsgremium auf, hat der Notar sich um weitere Nachweise zu bemühen. Hierzu stehen ihm zwei Wege zur Verfügung, die bis zu einer eindeutigen Klärung durch die Rechtsprechung beide vertretbar erscheinen: Er kann die kirchlichen Vertreter entweder seiner Urkunde ihr Siegel beidrücken lassen oder er lässt die Vertretungsmacht der gesetzlichen Vertreter durch Erklärung der Aufsichtsbehörde oder des Vertretungsorgans selbst außerurkundlich bestätigen.

### F. Schluss

Für einen besseren Überblick über die Vertretungsregeln der wesentlichen kirchlichen Rechtsträger in Nordrhein-Westfalen sei auf nachfolgende vereinfachte tabellarische Übersicht verwiesen:<sup>205</sup>

Rechts-träger	Vertretungs-organ	Anforderungen an die Vertretungshandlung	Genehmigungs-grundlage/ Genehmigungsb-ehörde
<b>I. Römisch-katholische Kirche in Nordrhein-Westfalen</b>			
Kirchen-gemeinde	Kirchenvor-stand	§ 14 S. 2 KVG: <sup>206</sup> 3 Personen (Vor-sitzender oder Stell-vertreter und zwei Mit-glieder des Kirchenvor-standes), Schriftform, Siegel	§ 21 KVG i. V. m. Art. 7 der Ge-schäfts-an-weisung: <sup>207</sup> Bischöfliche Be-hörde
Selbst-ständiges Vermögen (Fondsver-mögen)	Kirchenvor-stand	§ 14 S. 2 KVG: <sup>204</sup> 3 Personen (Vor-sitzender oder Stell-vertreter und zwei Mit-glieder des Kirchenvor-standes), Schriftform, Siegel	§ 21 KVG i. V. m. Art. 7 der Ge-schäfts-an-weisung: <sup>205</sup> Bischöfliche Be-hörde
Gemeinde-verband	Verbandsver-tretung Wenn ge-bildet: Aus-schuss	§ 27 i. V. m. § 14 S. 2 KVG: <sup>204</sup> 3 Personen (Vor-sitzender und zwei Mit-glieder der Verbands-vertretung), Schriftform, Siegel	§ 21 KVG i. V. m. Art. 7 der Ge-schäfts-an-weisung: <sup>205</sup> Bischöfliche Be-hörde
Diözese	Bischof oder Generalvikar	Can. 393 CIC (i. V. m. Can. 391 § 2 CIC): <sup>208</sup> 1 Person (Bischof oder Generalvikar)	–
<b>II. Evangelische Kirche im Rheinland</b>			
Kirchen-gemeinde	Presbyterium	Art. 29 KiORheinl: <sup>209</sup> 2 Personen (Vor-sitzender und ein Mit-glied des Presbyter-iums), Schriftform, Sie-gel	Verwaltungs-ordnung Rhein-land: <sup>210</sup> Landes-kirchenamt
Kirchen-kreis	Kreissynodal-vorstand	Art. 119 KiORheinl: <sup>207</sup> 2 Personen (Superin-tendent und ein weite-res Mitglied des Kreis-synodalvorstandes), Schriftform, Siegel	Verwaltungs-ordnung Rhein-land: <sup>208</sup> Landes-kirchenamt

203 Eckert/Heckel, MittBayNot 2006, 471, 474 zur aufsichtsbehördlichen Vertretungsbestätigung.

204 BayObLG Rpfleger 2001, 486, 487; KEHE/Herrmann, § 29 GBO Rn. 36.

205 Auf die Darstellung des Vertretungsrechts der evangelischen Ver-bände wurde verzichtet, s. Fn. 68.

206 Gesetz über die Verwaltung des katholischen Kirchenvermögens; abrufbar unter [www.recht.nrw.de](http://www.recht.nrw.de) (Stichwort: „Verwaltung des ka-tholischen Kirchenvermögens“).

207 Geschäftsanweisung für die Verwaltung des Vermögens in den Kirchengemeinden und Gemeindeverbänden; abrufbar unter [www.recht.nrw.de](http://www.recht.nrw.de) (Stichwort: „Verwaltung des katholischen Kir-chenvermögens“).

208 Codex Iuris Canonici, abrufbar unter [www.vatican.va](http://www.vatican.va) („grund-legende Texte“).

209 Kirchenordnung der Evangelischen Kirche im Rheinland; abrufbar unter [www.kirchenrecht-ekir.de](http://www.kirchenrecht-ekir.de).

210 Verordnung für die Vermögens- und Finanzverwaltung der Kir-chengemeinden, Kirchenkreise und deren Verbände in der Evan-gelischen Kirche im Rheinland; abrufbar unter [www.kirchenrecht-ekir.de](http://www.kirchenrecht-ekir.de).

Landes- kirche	Kirchenlei- tung	Art. 151 KiORheinl: <sup>207</sup> 2 Personen (zwei hauptamtliche Mit- glieder der Kirchenlei- tung), Schriftform, Sie- gel	–
<b>III. Evangelische Kirche von Westfalen</b>			
Kirchen- gemeinde	Presbyterium	Art. 70 KiOWestf: <sup>211</sup> 3 Personen (Vor- sitzender und zwei Mit- glieder des Presbyteri- ums), Schriftform, Sie- gel	Verwaltungs- ordnung West- falen: <sup>212</sup> Landes- kirchenamt
Kirchen- kreis	Kreissynodal- vorstand	Art. 111 KiOWestf: <sup>209</sup> 2 Personen (Superin- tendent und ein weite- res Mitglieder des Kreissynodalvor- standes), Schriftform, Siegel	Verwaltungs- ordnung West- falen: <sup>210</sup> Landes- kirchenamt
Landes- kirche	Kirchenlei- tung	Art. 145 KiOWestf: <sup>209</sup> 2 Personen (zwei Mit- glieder der Kirchenlei- tung), Schriftform, Sie- gel	–

<b>IV. Lippische Landeskirche</b>			
Kirchen- gemeinde	Kirchenvor- stand	Art. 51 VerflLipp: <sup>213</sup> 3 Personen (Vor- sitzender und zwei Mit- glieder des Kirchenvor- stands), Schriftform, Siegel	Verwaltungs- ordnung Lippe: <sup>214</sup> Landes- kirchenamt
Landes- kirche	Landes- kirchenrat	Art. 109 VerflLipp: <sup>211</sup> 2 Personen (Vor- sitzender und ein weite- res Mitglied des Lan- deskirchenrates), Schriftform, Siegel	Verwaltungs- ordnung Lippe: <sup>212</sup> Landes- kirchenamt

211 Kirchenordnung der Evangelischen Kirche von Westfalen; abrufbar unter [www.kirchenrecht-westfalen.de](http://www.kirchenrecht-westfalen.de).

212 Verordnung für die Vermögens- und Finanzverwaltung der Kirchengemeinden, der Kirchenkreise und der kirchlichen Verbände in der Evangelischen Kirche von Westfalen; abrufbar unter [www.kirchenrecht-westfalen.de](http://www.kirchenrecht-westfalen.de).

213 Verfassung der Lippischen Landeskirche; abrufbar unter [www.kirchenrecht-lippe.de](http://www.kirchenrecht-lippe.de).

214 Ordnung für die Vermögens- und Finanzverwaltung der Kirchengemeinden der Lippischen Landeskirche – Verwaltungsordnung; abrufbar unter [www.kirchenrecht-lippe.de](http://www.kirchenrecht-lippe.de).

## Islamic Banking und Finance – (zukünftige) Herausforderung der notariellen Praxis

von Notarassessor Dr. Peter Becker<sup>1</sup>

### A) Einleitung

Gegenwärtig hat das Istanbul Finanzinstitut Kuveyt Türk<sup>2</sup>, welches bereits schariakonforme Finanzdienstleistungen in 156 Filialen in der Türkei anbietet, einen Antrag auf Zulassung zum Geschäftsbetrieb in Deutschland mit dem Sitz in Frankfurt a. M. gemäß §§ 32 ff. KWG bei der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht gestellt.<sup>3</sup> Weitere Filialen sind in Köln und Berlin geplant. Ist der Antrag erfolgreich, würde damit in Deutschland<sup>4</sup> die erste<sup>5</sup> islamische Bank tätig

werden können.<sup>6</sup> Für die notarielle Praxis könnten sich daraus ganz neue und ungewohnte Herausforderungen bei der Beurkundung von Grundstücksgeschäften und in der täglichen Zusammenarbeit mit den Finanzinstituten ergeben. Diese im Überblick darzustellen und erste Lösungsvorschläge nach deutschem Recht zu unterbreiten, ist Ziel dieses Beitrages. Dabei wird insbesondere der Ratenzahlungskauf im GbR-Modell als schariakonforme Alternative (sog. „Diminishing Musharaka“) zur herkömmlichen Immobilienfinanzierung vorgestellt.

1 Der Autor ist derzeit Notarassessor in Tauberscheid. Für die Hilfestellung in v.a. grunderwerbsteuerlichen Fragen dankt der Autor recht herzlich Herrn Steuerberater Hermann Baumann von der PKF Issing Faulhaber Wozar Altenbeck GmbH & Co. KG.

2 Hierbei handelt es sich um ein Tochterunternehmen der Kuveyt Türk Katilim Bankasi A.S., welche 1989 gegründet wurde und in der Türkei ansässig ist. Die islamische Bank Kuwait Finance House ist mit einem Anteil von 62 % größter Anteilseigner. Hierzu: <http://islamicbankingblog.de/welche-produkte-bietet-die-kuveyt-turk/> (letzter Zugriff: 3. 6. 2013).

3 Vgl. etwa Financial Times Deutschland vom 29. 8. 2012. Zu finden im Internet unter: [www.ftd.de/unternehmen/finanzdienstleister/man-gelnde-nachfrage-islamic-banking-ist-in-deutschland-stueckwerk/70082884.html](http://www.ftd.de/unternehmen/finanzdienstleister/man-gelnde-nachfrage-islamic-banking-ist-in-deutschland-stueckwerk/70082884.html) (letzter Zugriff: 2. 6. 2013).

4 In Großbritannien beispielsweise sind islamische Banken (d. h. die Islamic Bank of Britain) dagegen schon seit August 2004 aktiv. Einen Überblick über die geschichtliche Entwicklung gibt Wurst, Immobilienfinanzierung und Islamic Banking, Möglichkeiten schariakonformer Immobilienfinanzierung nach deutschem Recht, Europäische Hochschulschriften, Bd. 5238, 2011, S. 4 f. Vgl. auch Zerwas/Demginsky, WM 2010, S. 692 ff. (700 f.). Zum Islamic Banking in der Schweiz unter: <http://www.izrs.ch/der-traum-vom-eigenheim-am-zins-fuehrt-in-der-schweiz-noch-kein-weg-vorbei.html> (letzter Zugriff: 12. 6. 2013).

5 Islamkonforme Finanzangebote (insbesondere Aktienfonds) – „Islamic Banking Windows“ genannt – haben bisher auch schon z. B.

die Deutsche Bank oder die Commerzbank angeboten, dieses Angebot dann aber – (wohl) mangels Nachfrage – wieder aufgegeben. Kuveyt Türk unterhält in Deutschland bereits seit dem Frühjahr 2010 in Mannheim eine kleinere inländische Filiale, die jedoch mangels bankaufsichtsrechtlicher Erlaubnis nur sehr begrenzt Bankgeschäfte als Vermittler betreiben darf.

Hierzu z. B. Financial Times Deutschland vom 29. 8. 2012. Zu finden im Internet unter: [www.ftd.de/unternehmen/finanzdienstleister/man-gelnde-nachfrage-islamic-banking-ist-in-deutschland-stueckwerk/70082884.html](http://www.ftd.de/unternehmen/finanzdienstleister/man-gelnde-nachfrage-islamic-banking-ist-in-deutschland-stueckwerk/70082884.html) (letzter Zugriff: 2. 6. 2013).

6 Zu den Anforderungen und möglichen Problempunkten nach dem deutschen Gesetz über das Kreditwesen (KWG) z. B. Zerwas/Demginsky, WM 2010, S. 692 ff.; Wurst, Immobilienfinanzierung und Islamic Banking, Möglichkeiten schariakonformer Immobilienfinanzierung nach deutschem Recht, Europäische Hochschulschriften, Bd. 5238, 2011, S. 8 ff.

Zur Erlaubnispflicht nach KWG einer islamkonformen Anlagegesellschaft vgl. BGH, Urt. v. 29. 11. 2011, VI ZR 251/10. Zu finden unter: BeckRS 2011, 27601.

## B) Islamic Banking als zins-<sup>7</sup>, nicht aber gewinnloses Bankwesen

Unter „Islamic Banking“ versteht man das Führen von Bankgeschäften im Einklang mit den Vorgaben der Scharia<sup>8</sup>, dem islamischen Recht.<sup>9</sup> Dabei handelt es sich nicht um staatliches Recht, sondern um religiöses (Innen-)Recht,<sup>10</sup> welches jedoch als Rechts(erkenntnis)quelle der (weltlichen) Gesetzgebung in islamisch geprägten Ländern (wie z. B. Ägypten, Iran, Kuwait, Pakistan oder Saudi-Arabien) dient<sup>11</sup> und u. a. durch die Fiqh Muamalat – die Rechtswissenschaft der Scharia – im Hinblick auf das Verhältnis der Menschen untereinander näher bestimmt wird<sup>12</sup>. Die Scharia stellt für das islamische Bankwesen im Bereich der Immobilienfinanzierung<sup>13</sup> v. a. zwei wichtige (religiöse) Verbote („Haram“) auf. Erstens das Verbot „Zinsen“ zu geben bzw. zu nehmen („Riba“), und zweitens das Verbot der Spekulation oder Unbestimmtheit („Gharar“). Die Rechtsfolgen von Verstößen gegen diese Verbote sind in den islamisch geprägten Staaten unterschiedlich ausgestaltet.<sup>14</sup> Die Unwirksamkeit des Vertrages als Rechtsfolge sehen z. B. die Rechtsordnungen von Jordanien, den Vereinigten Arabischen Emiraten, des Jemen und des Sudan vor.<sup>15</sup>

### I) Das allgemeine Zinsverbot („Riba“)

#### 1) Grundlagen

Das allgemeine Zinsverbot des Islam<sup>16</sup> verbietet, im Einklang mit § 138 (Absatz 2) BGB, zunächst den Zinswucher und ist insoweit Zinswucherverbot.<sup>17</sup> Es geht aber nach h. L. in seiner Bedeutung darüber hinaus, da es auch das Verbot begründet überhaupt „Zinsen“ (arabisch: „faida“) – gleich welcher Art<sup>18</sup> – zu nehmen oder zu gewähren, insbesondere Darlehenszinsen („Riba an-Nasi'ah“).<sup>19</sup> Dies unabhängig davon, ob beide Vertragsparteien oder nur eine muslimischen Glaubens sind.<sup>20</sup> Nur klargestellt sei an dieser Stelle aber, dass Miet- oder Pacht„zinsen“ natürlich erlaubt sind.<sup>21</sup> Da der islamische Zinsbegriff aber weder in Koran, noch Sunna exakt definiert ist, ist seine Reichweite im Übrigen und damit auch diejenige des Zinsverbotes zwischen den Scharia-Gelehrten heftig umstritten. Verboden ist nach bestreitener Auffassung z. B. auch „Riba al-Fadl“, der Überschusszins bzw. Überschusswucher, der bei Tauschgeschäften gattungsgleicher<sup>22</sup> (währungsnaher) Güter<sup>23</sup> die Vorgabe macht, den Tausch nur bei Mengengleichheit bzw. Entsprechung vorzunehmen und diesen sofort zu vollziehen.<sup>24</sup> Grundstückstauschverträge über Grundstücke mit unterschiedlicher Größe gegen die Zahlung eines Aufgeldes dürften hiernach gleichwohl schariakonform sein, da Grundstücke keine „währungsnahen“ Güter sind. Ein dem islamischen Zinsverbot vergleichbares Verbot kannte auch das kirchliche Recht des Mittelalters (sog. „kanonisches Zinsverbot“), welches Christen untersagte für Darlehen Zinsen zu nehmen bzw. zu geben.<sup>25</sup> Heute wirkt dieses (religiöse) Zinsverbot, noch als Zinshöheverbot im staatlichen Recht (z. B. § 138 BGB in Deutschland) fort.

Ein Verstoß gegen das Zinsverbot stellt für den gläubigen Muslimen eine große Sünde dar, die nach dem Koran im Jenseits schwer bestraft wird. Wegen dieser

jenseitigen und der eingangs dargestellten weltlichen Folgen in islamisch geprägten Staaten (s. o.) müssen islamische Banken im Rahmen ihrer Tätigkeit Gestaltungen wählen, die es ihnen einerseits erlauben Gewinne zu erzielen, andererseits dabei aber nicht gegen die Vorgaben des Zinsverbotes zu verstoßen. Diese

7 Zinslos bei formaler (islamischer) Betrachtung. I.S.d. deutschen (Steuer-)Rechts können teilweise dennoch – wegen der unterschiedlichen Zinsbegriffe – Zinsen vorliegen. Vgl. Pohlhausen/Beck, IStR 2010, S. 225 ff. (230 f.).

8 Die Scharia besteht aus dem Koran (=Wort Gottes in arabischer Sprache, welches dem Propheten Mohammed mitgeteilt wurde) und der Sunna (=Überlieferung der Taten, Aussprüche und Duldungen des Propheten Mohammed). Zum Ganzen: Wurst, Immobilienfinanzierung und Islamic Banking, Möglichkeiten schariakonformer Immobilienfinanzierung nach deutschem Recht, Europäische Hochschulschriften, Bd. 5238, 2011, S. 17 ff.

9 Z. B. Ashrati, Islamic Banking, 2008, S. 45; Zerwas/Demginsky, WM 2010, S. 692 ff. (692); Patzner/Usalir, BB 2010, S. 1513 ff. (1514); Bälz, WM 1999, S. 2443 ff. (2443).

10 Wurst, Immobilienfinanzierung und Islamic Banking, Möglichkeiten schariakonformer Immobilienfinanzierung nach deutschem Recht, Europäische Hochschulschriften, Bd. 5238, 2011, S. 15 m. w. N.

11 Z. B. Scholz, JURA 2001, S. 525 ff. (532); Popal, Die Scharia, das religiöse Recht – ein Konstrukt?, 2006, S. 18 m. w. N.

12 Z. B. Scholz, JURA 2001, S. 525 ff. m. w. N.

13 Auf die sonstigen Vorgaben der Scharia für den z. B. Aktienhandel wird hier nicht eingegangen. Nur erwähnt werden hier daher die Verbote des „Maysir“ (Wette oder Glückspiel), das Verbot der Investition in Alkoholherstellung bzw. -vertrieb, die Prostitution und Pornografie sowie die Verarbeitung und den Handel mit Schweinefleisch.

Zum Islamischen Aktienfonds: Bälz, BKR 2002, S. 447 ff. m. w. N.

14 Pohlhausen/Beck, IStR 2010, S. 225 ff. (226) geben in Fn. 13 w. N.

15 Bälz, WM 1999, S. 2443 ff. (2443, Fn. 11).

16 Zu den Quellen des Zinsverbotes in Koran und Sunna s. Wurst, Immobilienfinanzierung und Islamic Banking, Möglichkeiten schariakonformer Immobilienfinanzierung nach deutschem Recht, Europäische Hochschulschriften, Bd. 5238, 2011, S. 28 ff.

17 U. a. Mahlkecht, Islamic Finance, 2009, 17; Haron/Shanmugam, Islamic Banking System, 1997, S. 45; Bergmann, Islamic Banking, S. 2008, S. 33; Amereller, Hintergründe des „Islamic Banking“, 1995, S. 50 f., 72 ff. m. w. N.

18 In Betracht kommen gesetzliche oder vertragliche Zinsen, übertragen ins deutsche Recht z. B. Fälligkeitszinsen (§ 353 HGB), Verzugszinsen (§ 288 BGB) oder Darlehenszinsen (§ 488 BGB). Verzugszinsersatzfunktion haben im islamischen Recht das Vertragsstrafeversprechen (i. d. R. zugunsten Dritter) oder die Verpflichtung zur Zahlung einer (pauschalisierten) „Verwaltungsgebühr“. Dazu: Usmani, An Introduction to Islamic Finance, 2002, S. 55 ff. m. w. N.

19 U. a. Bälz, WM 1999, S. 2443 ff. (2443); Pohlhausen/Beck, IStR 2010, S. 225 ff. (226 f.); Mahlkecht, Islamic Finance, 2009, 17; Imran, Das islamische Wirtschaftssystem, 2008, S. 40 f.; Haron/Shanmugam, Islamic Banking System, 1997, S. 45; Bergmann, Islamic Banking, S. 2008, S. 33; Amereller, Hintergründe des „Islamic Banking“, 1995, S. 50 f., 72 ff. m. w. N.

20 Haron/Shanmugam, Islamic Banking System, 1997, S. 65; Amereller, Hintergründe des „Islamic Banking“, 1995, S. 50 f., 72 ff. m. w. N.

21 So ausdrücklich Patzner/Usalir, BB 2010, S. 1513 ff. (1513).

22 „Riba an-Nasi'ah“ ist dagegen unabhängig von der Gattungsgleichheit der Güter verboten. Vgl. Imran, Das islamische Wirtschaftssystem, 2008, S. 40.

23 In den Quellentexten werden historisch bedingt genannt Gold, Silber, Gerste, Weizen, Datteln und Salz. Vgl. z. B. Imran, Das islamische Wirtschaftssystem, 2008, S. 38 f.

24 Pohlhausen/Beck, IStR 2010, S. 225 ff. (227); Imran, Das islamische Wirtschaftssystem, 2008, S. 38 f.; Wurst, Immobilienfinanzierung und Islamic Banking, Möglichkeiten schariakonformer Immobilienfinanzierung nach deutschem Recht, Europäische Hochschulschriften, Bd. 5238, 2011, S. 26 f., 32 m. w. N.

25 Z. B. Pohlhausen/Beck, IStR 2010, S. 225 ff. (226) m. w. N.

S. auch den Beitrag „Sündige Geschäfte“ im Spiegel 4/2009. Im Internet zu finden unter: <http://www.spiegel.de/spiegel/spiegelgeschichte/d-66214436.htm> (letzter Zugriff: 20. 6. 2013). Aus der Weltliteratur: „Der Kaufmann von Venedig“ von W. Shakespeare.



Gestaltungen sind als sog. „Rechtskniffe“ („Hiyal“) grds. erlaubt.<sup>26</sup> Zu beachten ist dabei, dass nach dem islamischen Recht, Gewinn jedoch nur bei eigener Haftung auch im Verlustfall erzielt werden darf (Prinzip des „Profit and Loss Sharing“).<sup>27</sup> All dies führt dazu, dass sich die nachstehend vorgestellten Gestaltungen grundlegend von der konventionellen Form der (Fremd-)Finanzierung des Immobilienerwerbs in Deutschland (durch Gewährung eines verzinslichen Darlehens gegen Grundschuldbestellung mit bzw. ohne weitere Sicherheiten) unterscheiden, insbesondere im Hinblick auf die Eigentumsverhältnisse, daraus folgend auch die Risikoverteilung zwischen den Beteiligten und nicht zuletzt die Transaktionskosten<sup>28</sup>, insbesondere die Grunderwerbsteuer.

## 2) „Rechtskniffe“ schariakonformer Immobilienfinanzierung<sup>29, 30</sup>

### a) „Diminishing Musharaka“<sup>31</sup> (Beteiligungsfinanzierung)

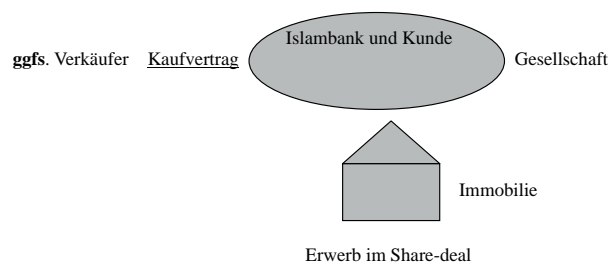
„Diminishing Musharaka“ ist die wohl in Europa (insbesondere Großbritannien<sup>32</sup>) meist verbreitete Form der schariakonformen Finanzierung des Immobilienerwerbs.<sup>33</sup> Bei dieser Form der Immobilienfinanzierung gründet die Bank zusammen mit dem Kunden eine Gesellschaft<sup>34</sup>. Die Gesellschafter erbringen die im Gesell-

schaftsvertrag vereinbarten Einlageleistungen, die Bank als (hauptsächlicher) Kapitalgeber eine Kapitaleinlage. Daraufhin erwirbt die Gesellschaft<sup>35</sup> die zu finanzierende Immobilie. Der Eigentumserwerb des Kunden erfolgt über die schrittweise<sup>36</sup> – bereits bei Gründung der Gesellschaft vereinbarte – Abtretung der Gesellschaftsanteile der Bank, also im Wege des share-deals. Der Kaufpreis für diese Anteile wird dabei unter Berücksichtigung der erbrachten Kapitaleinlage der Bank und deren angestrebter Gewinnspanne festgelegt. Kennzeichnend für die Diminishing Musharaka ist die (subsidiäre)<sup>37</sup> persönliche und unbegrenzte, insbesondere nicht<sup>38</sup> auf die Kapitaleinlage beschränkte, Haftung von Bank (!) und Kunde; Verluste werden nach den Kapitalanteilen getragen.<sup>39</sup>

Soll der Kunde während der Laufzeit des Diminishing Musharaka-Vertrages bereits zur (Allein-)Nutzung der Immobilie berechtigt sein,<sup>40</sup> schließt die Gesellschaft ergänzend mit dem Kunden einen „Ijara-Vertrag“ (s. u.) ab, der diesem – evtl. gegen ein zusätzliches Nutzungsentgelt – zur (Allein-)Nutzung der Immobilie berechtigt.<sup>41</sup>

Die „Diminishing Musharaka“ wird später noch vertieft behandelt. Sie lässt sich wie folgt veranschaulichen:

#### Abbildung 1: Diminishing Musharaka



- 26 Wurst, Immobilienfinanzierung und Islamic Banking, Möglichkeiten schariakonformer Immobilienfinanzierung nach deutschem Recht, Europäische Hochschulschriften, Bd. 5238, 2011, S. 39 m. w. N. Gelegentlich wird auch vertreten, dass bereits der Anpassungsbedarf der im Ausland lebenden Muslime an die dort üblichen Finanzierungs-/Versicherungsmöglichkeiten eine Ausnahme vom Riba-Verbot als sog. Notstandslage („al-Darura“) rechtfertige. Dies wird jedoch von der Mehrheit der muslimischen Rechtsgelehrten abgelehnt. Vgl. Imran, Das Islamische Wirtschaftssystem, 2008, S. 130 f. m. w. N.
- 27 Grieser, WM 2009, S. 586 ff. (586); Patzner/Usalir, BB 2010, S. 1513 ff. (1513); Wurst, Immobilienfinanzierung und Islamic Banking, Möglichkeiten schariakonformer Immobilienfinanzierung nach deutschem Recht, Europäische Hochschulschriften, Bd. 5238, 2011, S. 42.
- 28 Vgl. auch die Stellungnahme von Ernst & Young, BB 2010, S. 1374.
- 29 Ein „Lexikon“ der Islamic Finance findet sich im Internet auf der Seite: <http://www.islamic-banking.de/16-0-Islamic-Finance-Lexikon.html> (letzter Zugriff: 2. 6. 2013). Dort werden (auch) die nachstehenden Gestaltungsformen durch Abbildungen veranschaulicht.
- 30 Steuerlich werden die Gestaltungen etwa bei Patzner/Usalir, BB 2010, S. 1513 ff. beleuchtet. Unter dem Blickwinkel des § 4 h EStG werden die Gestaltungen bei Pohlhausen/Beck, IStR 2010, S. 225 ff. untersucht.
- 31 Zum Ganzen: Wurst, Immobilienfinanzierung und Islamic Banking, Möglichkeiten schariakonformer Immobilienfinanzierung nach deutschem Recht, Europäische Hochschulschriften, Bd. 5238, 2011, S. 51–53 m. w. N.; Siebel, BKR 2002, S. 98 ff.; Griesner, WM 2009, S. 586 ff. (588 f.); Patzner/Usalir, BB 2010, S. 1513 ff. (1514).
- 32 Dort als „Diminishing Ownership Agreement“ – hierzu: Wurst, Immobilienfinanzierung und Islamic Banking, Möglichkeiten schariakonformer Immobilienfinanzierung nach deutschem Recht, Europäische Hochschulschriften, Bd. 5238, 2011, S. 144 ff. m. w. N.
- 33 So Wurst, Immobilienfinanzierung und Islamic Banking, Möglichkeiten schariakonformer Immobilienfinanzierung nach deutschem Recht, Europäische Hochschulschriften, Bd. 5238, 2011, S. 52 m. w. N.
- 34 Zu den in Betracht kommenden Gesellschaftsformen im deutschen Recht unten. Die Gemeinschaft nach Bruchteilen (§§ 741 ff., 1008 ff. BGB) ist für diese Form der Immobilienfinanzierung schon wegen der fehlenden Möglichkeit zur (aufschiebend) bedingten Miteigentumsanteilsübertragung an Grundstücken nach § 925 Absatz 2 BGB ungeeignet.

- 35 Hier wird bereits – unter Vorgriff auf spätere Ausführungen – von einer rechtsfähigen Spielart der „Musharaka“ ausgegangen. Die Musharaka im eigentlichen Sinne ist freilich nicht rechtsfähig. Vgl. Dalkusu, Grundlagen des zinslosen Wirtschaftens, 1999, S. 169, 182 m. w. N.
- 36 Dadurch reduziert sich das finanzielle Engagement der Bank im Laufe der Zeit. Daher „Diminishing“ Musharaka.
- 37 Vorrangig haftet nach dem islamischen Recht das Gesellschaftsvermögen. Vgl. Dalkusu, Grundlagen des zinslosen Wirtschaftens, 1999, S. 173.
- 38 Damit scheidet etwa die Kommanditgesellschaft als Gesellschaftsform im deutschen Recht aus (vgl. § 171 HGB). Auch Kapitalgesellschaften kommen wegen der (grds.) auf das Gesellschaftsvermögen begrenzten Haftung (§§ 1 Absatz 1 Satz 2 AktG; 13 Absatz 2 GmbHG) nicht in Betracht. Die offene Handelsgesellschaft scheidet mangels betriebenen Handelsgewerbes (§ 105 HGB) aus. Auch die stille Gesellschaft des HGB (§ 230 HGB) oder die Innengesellschaft bürgerlichen Rechts (§ 705 BGB) passen nicht wirklich. I.E. ebenso Wurst, Immobilienfinanzierung und Islamic Banking, Möglichkeiten schariakonformer Immobilienfinanzierung nach deutschem Recht, Europäische Hochschulschriften, Bd. 5238, 2011, S. 111 ff. (118).
- 39 Z. B. Usmani, An Introduction to Islamic Finance, 2002, S. 8, 11.
- 40 Als Alternative kommt die Vermietung an einen Dritten im Wege eines „Pure Ijara-Vertrages“ in Betracht. Zur „Pure Ijara“: Wurst, Immobilienfinanzierung und Islamic Banking, Möglichkeiten schariakonformer Immobilienfinanzierung nach deutschem Recht, Europäische Hochschulschriften, Bd. 5238, 2011, S. 61 ff.
- 41 Wurst, Immobilienfinanzierung und Islamic Banking, Möglichkeiten schariakonformer Immobilienfinanzierung nach deutschem Recht, Europäische Hochschulschriften, Bd. 5238, 2011, S. 63.

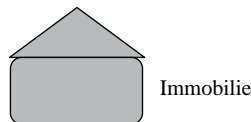
## b) „Murabaha“ (to the purchase orderer)<sup>42</sup> (Doppelkaufkonstruktion)

Bei der „Murabaha“ handelt es sich um eine Art Doppelkaufkonstruktion. Die Bank (!) erwirbt – (u. U. vertreten durch und) im „Auftrag“<sup>43</sup> des Kunden – die zu finanzierende Immobilie zu Alleineigentum und verkauft sie sodann zu einem höheren Verkaufspreis als den Ankaufrispreis (mit Preisaufschlag also) – i. d. R. gegen Ratenzahlung – an den Kunden weiter („Cost Plus Financing“<sup>44</sup>). Eine Vollzugssperre wird nicht vereinbart,<sup>45</sup> d. h. der Eigentumserwerb durch den Kunden wird nicht von der vollständigen Kaufpreiszahlung abhängig gemacht. Die Möglichkeit zur Sondertilgung darf den Kunden hierbei nach teilweise verteilter Meinung wegen des festgelegten Zahlungsplans nicht – insbesondere nicht gegen Teilerlass der Restschuld – eingeräumt werden.<sup>46</sup> Kennzeichnend für die Murabaha ist also der Zwischenerwerb der Bank und das Handeln im eigenen Namen und auf eigene Rechnung (Handelsspanne !)<sup>47</sup> auf Seiten der Bank. Die Murabaha hat neben der Immobilienfinanzierung natürlich noch weitere mögliche Anwendungsgebiete (z. B. die Im- und Exportfinanzierung<sup>48</sup>).

Optisch aufbereitet lässt sich die Murabaha wie folgt darstellen:

### Abbildung 2: Murabaha

**Verkäufer** Kaufvertrag 1 **Islambank** „Kaufvertrag“ 2 (str.) **Kunde**



Der Ablauf einer Murabaha-Finanzierung hat folgende Stufen:

1. Kontaktaufnahme Kunde – Islambank: „Verständigung“ über den Erwerb<sup>49</sup>,
2. Auswahl des Vertreters der Bank, u. U. sogar der Kunde,
3. Kauf und Erwerb der Immobilie durch die Bank,
4. Kauf und Erwerb der Immobilie durch den Kunden,
5. (Raten-)Zahlung des (zweiten, erhöhten) Kaufpreises durch den Kunden.

Für die Bank hat die Murabaha-Finanzierung verschiedene Risiken.<sup>50</sup> Erstens muss sie sicherstellen können, dass der Kunde die erworbene Immobilie auch wirklich kauft und es sich nicht noch einmal anders überlegen kann (Nichtabnahmerrisiko). Lässt sich die Bank hierzu etwa ein notariell beurkundetes Kaufangebot des Kunden mit festgelegter Annahme- oder/und Bindungsfrist machen, welches sie unmittelbar nach dem eigenen Eigentumserwerb annehmen will, stellen sich für die notarielle Praxis auch an dieser (ungewohnten) Stelle die stark diskutierten Fragen nach der Zulässigkeit und Höchstdauer solcher Bindungsfristen und nach alternativen (und zusätzlich schariakonformen) Gestaltungswegen (z. B. Rücktrittsvorbehalt, Bedingungen, Vertreter ohne Vertretungsmacht).<sup>51</sup> Dem soll hier aber nicht weiter nachgegangen werden.

Zudem muss unter Wahrung des Zinsverbotes eine Absicherung für den Fall verspäteter Kaufpreisratenzahlungen getroffen werden. Dies geschieht etwa in Form eines Vertragsstrafeversprechens (zugunsten Dritter, z. B. einer banknahen karitativen Einrichtung), durch (persönliche oder dingliche) Sicherheiten<sup>52</sup> oder durch die Vereinbarung einer (wohl schariakonformen) „Verwaltungsgebühr“ (als Verzugszinsersatz).<sup>53</sup> Weiterhin trägt die Bank zunächst das (Sach-)Risiko der Verschlechterung oder des Untergangs des Vertragsgegenstandes. Auch hierfür muss Vorsorge getroffen werden. Dies kann durch eine (schariakonforme) sog. „Takaful“-Versicherung<sup>54</sup> und einen bewusst kurz gehaltenen Eigentumszeitraum (mindestens aber eine „juristische Sekunde“) auf Seiten der Bank geschehen. Zusätzlich ist an eine weitgehende Abbedingung der Mängelrechte des Kunden – in Deutschland: unter Beachtung der Vorgaben des AGB-Rechts, v. a. der §§ 309 Nr. 7, 8 BGB – bei gleichzeitiger Abtretung der der Bank

42 Hierzu z. B. Berger in: MüKo, Bd. 3, BGB, 6. Auflage, 2012, Vorbem. § 433 ff. BGB, Rn. 14 a. E. m. w. N. Ausführlich: Wurst, Immobilienfinanzierung und Islamic Banking, Möglichkeiten schariakonformer Immobilienfinanzierung nach deutschem Recht, Europäische Hochschulschriften, Bd. 5238, 2011, S. 53 ff.; Siebel, BKR 2002, S. 98 ff. (99); Zerwas/Demginsky, WM 2010, S. 692 ff. (693); Grieser, WM 2009, S. 586 ff. (589 f.); Patzner/Usalir, BB 2010, S. 1513 ff. (1514); Bälz, WM 1999, S. 2443 ff. (2445); Pohlhausen/Beck, IStR 2010, S. 225 ff. (228).

43 Im deutschen Recht käme wohl ein „modifizierter“ Geschäftsbesorgungsvertrag (§ 675 BGB) in Betracht, kein Kommissionsgeschäft (§§ 383 ff. HGB). Die „eigentliche“ Kommission scheidet gemäß § 383 Absatz 1 HGB (keine Ware bzw. Wertpapiere) aus. Die „uneigentliche“ Kommission gemäß § 406 HGB liegt mangels Handeln „auf fremde Rechnung“ (s. Fn. 47) wohl nicht vor. Dazu: Wurst, Immobilienfinanzierung und Islamic Banking, Möglichkeiten schariakonformer Immobilienfinanzierung nach deutschem Recht, Europäische Hochschulschriften, Bd. 5238, 2011, S. 83 f.

44 Grieser, WM 2009, S. 586 ff. (589).

45 Nach Schoon, Islamic Banking and Finance, 2009, S. 32.

46 Ayub, Understanding Islamic Finance, 2007, S. 164; Usmani, An Introduction to Islamic Finance, 2002, S. 60 f. m. w. N.

47 Die Murabaha sollte deshalb wohl nicht als Erscheinungsform der (uneigentlichen) Kommission gemäß §§ 383 ff., 406 HGB erfasst werden können, sondern als „Doppelkauf“ (mit Geschäftsbesorgungselementen). Vgl. auch die Indizienliste bei: Baumbach/Hopt, HGB, 35. Auflage, 2012, § 383 HGB, Rn. 7. All dies ist jedoch noch völlig unklar und offen.

48 Z. B. die Exportfinanzierung vergleichbar einem Akkreditiv – s. Bälz, WM 1999, S. 2443 ff. (2445 f.).

49 Hier können sich Fragen nach der Beurkundungsbedürftigkeit getroffener Abreden gemäß § 311 b Absatz 1 BGB stellen. Hierzu instruktiv z. B. Kanzleiter in: MüKo, Bd. 2, § 311 b BGB, Rn. 22 und 53 ff., 6. Auflage, 2012 m. w. N.

50 Vgl. Pohlhausen/Beck, IStR 2010, S. 225 ff. (228); Wurst, Immobilienfinanzierung und Islamic Banking, Möglichkeiten schariakonformer Immobilienfinanzierung nach deutschem Recht, Europäische Hochschulschriften, Bd. 5238, 2011, S. 54 f.

51 Hierzu aus der aktuellen Diskussion z. B. Müller/Klühs, RNotZ 2013, S. 81 ff.; Herrier, notar 3/2013, S. 71 ff. m. w. N. Aktuell: BGH, DNotI-Report 14/2013, S. 116 ff.; BGH, DNotI-Report 23/2013, S. 188 ff.

52 Vgl. Grieser, WM 2009, S. 586 ff. (590).

53 Vgl. Wurst, Immobilienfinanzierung und Islamic Banking, Möglichkeiten schariakonformer Immobilienfinanzierung nach deutschem Recht, Europäische Hochschulschriften, Bd. 5238, 2011, S. 92 ff. Die u. a. AGB-rechtliche Zulässigkeit solcher Klauseln wird später noch eigens untersucht.

54 Bei dieser zahlen die Versicherungsnehmer in einem Versicherungspool ein. Der Versicherer legt das eingezahlte Geld schariakonform an. Im Schadensfall wird aus dem Versicherungspool eine „Spende“ an den Geschädigten erbracht. Hierzu: Wurst, Immobilienfinanzierung und Islamic Banking, Möglichkeiten schariakonformer Immobilienfinanzierung nach deutschem Recht, Europäische Hochschulschriften, Bd. 5238, 2011, S. 104.

zustehenden Gewährleistungsansprüche aus dem ersten Kaufvertrag an den Kunden zu denken.<sup>55</sup>

Die Murabaha wird nicht von allen Rechtsgelehrten als schariakonform aufgefasst, sondern teilweise als unzulässige Umgehung des Riba-Verbotes angesehen.<sup>56</sup> Sie sollte (auch) deshalb nur als subsidiäre Form der Immobilienfinanzierung Anwendung finden, wenn ein Immobilienerwerb nach den Grundsätzen der „Diminishing Musharaka“ nicht möglich ist.<sup>57</sup> Im Übrigen löst diese Doppelkaufkonstruktion durch die Verdoppelung der Grunderwerbsteuer<sup>58</sup> und der Notar- und Grundbuchkosten im Vergleich zur herkömmlichen Immobilienfinanzierung wesentlich höhere Transaktionskosten<sup>59</sup> aus.<sup>60</sup> Hinzukommen (bislang) ungeklärte umsatz- und ertragsteuerliche sowie bilanzielle Fragen.<sup>61</sup>

### c) „Istisna“<sup>62</sup> (Generalunternehmertätigkeit der Bank)

„Istisna“-Verträge können v.a. zur Finanzierung neu zu errichtender Gebäude eingesetzt werden, wenn der Kunde bereits Eigentümer des Grundstücks ist<sup>63</sup>. Bei dieser Gestaltung schließt die Bank, wie ein Generalunternehmer, – im „Auftrag“<sup>64</sup> des Kunden („Istisna-Vertrag“) als Projektträger – mit einem Bau(sub-)unternehmer einen Vertrag („Parallel-Istisna-Vertrag“)<sup>65</sup> über die Herstellung eines neu zu errichtenden Bauwerkes ab. Die Bank leistet eine Anzahlung und dann – entsprechend dem Baufortschritt – in Teilbeträgen an den Bau(sub-)unternehmer laufende Zahlungen.<sup>66</sup> Der Zeitpunkt der vollständigen Bezahlung kann hierbei auch nach der Fertigstellung des Bauwerkes liegen.<sup>67</sup> Der Kunde überwacht i. d. R. die Fertigstellung bzw. Herstellung des Bauwerkes im Einklang mit seinen Vorgaben als „Agent“ der Bank.<sup>68</sup> Um das Vorleistungsrisiko der Bank zu minimieren, wird der Kunde aufgrund seiner vertraglichen Absprachen mit der Bank verpflichtet den gegenüber den Kosten der Bank erhöhten Gesamtpreis für das Projekt an die Bank, i. d. R. in Raten, über einen festgelegten Zeitraum, u. U. auch schon während des Bauvorhabens,<sup>69</sup> zu bezahlen. Istisna-Verträge setzen nicht in jedem Fall<sup>70</sup> nach deutschem Recht eine notarielle Beurkundung voraus, und werden hier deshalb nicht weiter vertieft behandelt. Nur zur Veranschaulichung dient noch das folgende Schaubild.

#### Abbildung 3:

**Bauunternehmer** Parallel-Istisna-Vertrag **Islambank** Istisna-Vertrag **Kunde**

### d) „Ijara wa Iqtina“<sup>71</sup> (Vermietertätigkeit der Bank)

Bei „Ijara-Verträgen“ handelt es sich um Nutzungsüberlassungsverträge, die lei-, miet- bzw. pacht- oder leasingähnlich ausgestaltet sein können. Bei der besonderen Erscheinungsform des „Ijara wa Iqtina“ wird das Eigentum (z. B. am bebauten Grundstück) am Ende der Vertragsdauer auf den Erwerber übertragen.<sup>72</sup> Dies kann aufgrund einer Schenkungs<sup>73</sup>- oder Verkaufsverpflichtung zu einem Restbetrag geschehen.<sup>74</sup> Dabei darf diese Verpflichtung nach der Scharia wegen des Verbotes von „Gharar“ (s.u.) aber nicht bereits bei Abschluss des Ijara-Vertrages begründet werden.<sup>75</sup> Die

islamische Rechtswissenschaft behilft sich deshalb mit einem unverbindlichen „Kaufversprechen“, dessen

55 Wurst, Immobilienfinanzierung und Islamic Banking, Möglichkeiten schariakonformer Immobilienfinanzierung nach deutschem Recht, Europäische Hochschulschriften, Bd. 5238, 2011, S. 88 f.; Griesner, WM 2009, S. 586 ff. (589).

56 U.a. Pohlhausen/Beck, IStR 2010, S. 225 ff. (228 f.); Gassner/Wackerbeck, Islamic Finance, 2. Auflage, 2010, S. 70 m. w. N.

57 Usmani, An Introduction to Islamic Finance, 2002, S. 41 f.; Wurst, Immobilienfinanzierung und Islamic Banking, Möglichkeiten schariakonformer Immobilienfinanzierung nach deutschem Recht, Europäische Hochschulschriften, Bd. 5238, 2011, S. 96 f. m. w. N.

58 Es liegen zwei steuerpflichtige Erwerbsvorgänge i. S. d. § 1 Absatz 1 Nr. 1 GrEStG vor.

In Großbritannien wurde diesem Problem durch Befreiungstatbestände für die Übertragung des Grundstücks von der Islambank auf den Kunden begegnet. Dazu: Wurst, Immobilienfinanzierung und Islamic Banking, Möglichkeiten schariakonformer Immobilienfinanzierung nach deutschem Recht, Europäische Hochschulschriften, Bd. 5238, 2011, S. 6 f.

59 Die erhöhten Transaktionskosten sind wohl auch für die anderen Formen der schariakonformen Immobilienfinanzierung kennzeichnend.

60 Zur steuerlichen Behandlung z. B. in Luxemburg vgl. IStR-LB 2010, S. 11 ff.

61 Vgl. die Stellungnahme von Ernst & Young, BB 2010, S. 1374 und Patzner/Usalir, BB 2010, S. 1513 ff. (1516 f.).

62 Hierzu: Bälz, WM 1999, S. 2443 ff. (2446 f.); Zerwas/Demginsky, WM 2010, S. 692 ff. (695 f.); Pohlhausen/Beck, IStR 2010, S. 225 ff. (231); Wurst, Immobilienfinanzierung und Islamic Banking, Möglichkeiten schariakonformer Immobilienfinanzierung nach deutschem Recht, Europäische Hochschulschriften, Bd. 5238, 2011, S. 60 f., 132 ff. m. w. N.; Siebel, BKR 2002, S. 98 ff. (99).

63 Ist er das noch nicht, kommt eine Kombination mit einer der anderen beschriebenen Formen der schariakonformen Immobilienfinanzierung in Betracht (s. o.).

64 Ins deutsche Recht übertragen handelt es sich in der Regel um einen Werkvertrag.

65 Zerwas/Demginsky, WM 2010, S. 692 ff. (696); Griesner, WM 2009, S. 586 ff. (592); Pohlhausen/Beck, IStR 2010, S. 225 ff. (231) m. w. N.

66 Z. B. Zerwas/Demginsky, WM 2010, S. 692 ff. (696).

67 Usmani, An Introduction to Islamic Finance, 2002, S. 91 m. w. N.

68 Z. B. Gassner/Wackerbeck, Islamic Finance, 2. Auflage, 2010, S. 77 m. w. N.

69 Z. B. Griesner, WM 2009, S. 586 ff. (592).

70 Anders z. B., wenn der Grundbesitz noch durch die Bank zu erwerben ist und auf den Kunden übertragen werden muss (§ 311 b Absatz 1 Satz 1 BGB). Dann handelt es sich um eine Kombination aus „Murabaha“- und „Istisna“-Vertrag.

Zur Beurkundungsbedürftigkeit bei Bauwerkverträgen etc. im Zusammenhang mit Grundstückskaufverträgen s. Kanzleiter in: MüKo, Bd. 2, 6. Auflage, 2012, § 311 b BGB, Rn. 54 ff. m. w. N. Zu den sog. „Bauherrenmodellen“ s. (etwas veraltet) z. B. Wagner, NJW 1983, S. 193 ff.

71 Als weitere Form des Ijara existiert „Pure Ijara“. Dieses ähnelt dem Operating Leasing und ist daher zur Immobilienfinanzierung allein nicht geeignet. Es wird aber in der Kombination mit einem Diminishing Musharaka-Vertrag eingesetzt. Hierzu: Wurst, Immobilienfinanzierung und Islamic Banking, Möglichkeiten schariakonformer Immobilienfinanzierung nach deutschem Recht, Europäische Hochschulschriften, Bd. 5238, 2011, S. 61 ff. (63) m. w. N.

72 Z. B. Bälz, WM 1999, S. 2443 ff. (2446); Pohlhausen/Beck, IStR 2010, S. 225 ff. (229); Zerwas/Demginsky, WM 2010, S. 692 ff. (698); Griesner, WM 2009, S. 586 ff. (590 f.); Patzner/Usalir, BB 2010, S. 1513 ff. (1515); Gassner/Wackerbeck, Islamic Finance, 2. Auflage, 2010, S. 85 m. w. N.

73 Dies wäre für die Bank im Hinblick auf die Mängelrechte gemäß §§ 521 ff. BGB vorteilhaft, würde aber gleichzeitig, da dann Abzahlung der Immobilie und Gewinn der Bank über die Mietzahlungen erbracht werden müssten, wohl eine sehr lange Vertragsdauer und eine sehr hohe Miete zur Folge haben.

74 U.a. Pohlhausen/Beck, IStR 2010, S. 225 ff. (229); El-Gamal, Islamic Finance, 2. Auflage, 2009, S. 99; Griesner, WM 2009, S. 586 ff. (591); Patzner/Usalir, BB 2010, S. 1513 ff. (1515); Gassner/Wackerbeck, Islamic Finance, 2. Auflage, 2010, S. 85 m. w. N.

75 Z. B. Pohlhausen/Beck, IStR 2010, S. 225 ff. (229); El-Gamal, Islamic Finance, 2. Auflage, 2009, S. 98 m. w. N.



Nichteinhaltung aber Schadenersatzansprüche begründen kann.<sup>76</sup> Im deutschen Recht ähnelt die „Ijara wa Iqtina“ der Gestaltung eines Mietkaufs.<sup>77</sup> Da die Bank hierbei aber zum einen während der Laufzeit des „Ijara“-Vertrages die Risiken eines Eigentümers bzw. Vermieters (insbesondere im Hinblick auf das Gewährleistungsrecht), zum anderen auch das Erwerbsrisiko durch den Kunden trägt,<sup>78</sup> kann m. E. nicht damit gerechnet werden, dass sich diese Form der schariakonformen Immobilienfinanzierung in Deutschland durchsetzen wird. Im Übrigen kann in diesem Bereich am weitesten auf bereits bestehende Musterformulare zum Mietkauf<sup>79</sup> zurückgegriffen werden. Auf eine weitere Darstellung wird daher verzichtet.

## II) Das Verbot der Spekulation bzw. Unklarheit („Gharar“)

Nach dem Verbot von „Gharar“ müssen Geschäfte zunächst frei von Unklarheit oder Unsicherheit sein; Betrug und arglistige Täuschung sind gleichfalls verboten.<sup>80</sup> Ein geringes Maß an Unsicherheit bzw. Risiko, ist – da unvermeidbar – jedoch erlaubt.<sup>81</sup> Entscheidend ist, dass die wesentlichen Inhalte des Geschäfts klar und eindeutig sind.<sup>82</sup> Danach ist es z. B. zum einen verboten – wie teilweise im deutschen Recht auch – das Vertragsobjekt, die Rechte und Pflichten der Parteien und den Kaufpreis unbestimmt zu lassen<sup>83</sup>, zum anderen aber auch – in Abweichung vom deutschen Recht – einen Vertragsgegenstand zu verkaufen, den man nicht betrachten bzw. besichtigen kann, insbesondere weil dieser noch nicht existiert.<sup>84</sup> Der Verkäufer muss zudem grds. bereits Eigentümer und Besitzer des Vertragsgegenstandes sein.<sup>85</sup>

Der herkömmliche Gebäudeversicherungsvertrag nach deutschem Recht (§§ 74 ff., 142 ff. VVG) ist nach dem Verbot von Gharar unwirksam, da die Auszahlung der Versicherungssumme vom Eintritt eines ungewissen Ereignisses, dem Schadensfall, abhängt.<sup>86</sup> Als schariakonforme Alternative existiert die sog. „Takaful“-Versicherung.<sup>87</sup> Weiterhin ist es verboten in einem Vertrag mehr als eine Transaktion zu regeln bzw. Verträge rechtlich voneinander abhängig zu machen (Kopplungsverbot).<sup>88</sup>

Als Ausnahmen vom Gharar-Verbot sind nur sog. „Salam“- und „Istisna“-Verträge (s. o.) anerkannt. Bei Salam-Verträgen handelt es sich um eine Erscheinungsform des Terminkaufs.<sup>89</sup> Der Vertrag wird über zwar auf Seiten des Verkäufers noch nicht vorhandene, aber auf dem Markt bereits erhältliche (bewegliche) Sachen abgeschlossen, diese sind jedoch bereits nach Menge, Maß bzw. Gewicht (Quantität) und Qualität gattungsmäßig bestimmt.<sup>90</sup> Der Kaufpreis, der i. d. R. unter dem üblichen Marktpreis liegt, wird mit Vertragsschluss sofort im Ganzen bezahlt.<sup>91</sup> Klassisches Anwendungsgebiet für Salam-Verträge ist die Agrarwirtschaft, namentlich der Verkauf zukünftiger Ernte.<sup>92</sup> Zum Sonderfall des Istisna-Vertrages wurde bereits oben ausgeführt. Wesentlicher Unterschied zwischen Salam- und Istisna-Verträgen ist, dass bei ersteren die Zahlung sofort und im Ganzen und bei letzteren nach und nach in Teilbeträgen erfolgt.<sup>93</sup> Dies macht Istisna-Verträge auch für

die Immobilienfinanzierung interessant, weshalb sie bereits vorab dargestellt worden sind.

## C) Gestaltungsschwerpunkte einer „Diminishing Musharaka“ nach deutschem Recht

Die deutsche Gestaltungspraxis kennt als Ausweichlösungen für Erwerber einer Immobilie, bei denen eine herkömmliche (Fremd-)Finanzierung durch Darlehensaufnahme bei einer Bank oder Sparkasse und Grundschuldbestellung nicht möglich oder nicht gewollt ist<sup>94</sup>,

76 Ersatzfähig ist aber nur der tatsächlich erlittene Schaden. Der entgangene Gewinn ist nicht zu ersetzen. So Wurst, Immobilienfinanzierung und Islamic Banking, Möglichkeiten schariakonformer Immobilienfinanzierung nach deutschem Recht, Europäische Hochschulschriften, Bd. 5238, 2011, S. 40, 63 m. w. N.

77 Wurst, Immobilienfinanzierung und Islamic Banking, Möglichkeiten schariakonformer Immobilienfinanzierung nach deutschem Recht, Europäische Hochschulschriften, Bd. 5238, 2011, S. 98 ff.

78 Vgl. Zerwas/Demgensky, WM 2010, S. 692 ff. (698 f.); Pohlhausen/Beck, IStR 2010, S. 225 ff. (229 f.) m. w. N.

79 Z. B. Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 6. Auflage, 2012, Rn. 3907.

80 Z. B. Pohlhausen/Beck, IStR 2010, S. 225 ff. (228 f.); Grieser, WM 2009, S. 586 ff. (586); Mahlknecht, Islamic Finance, 2009, S. 24 f. m. w. N.

81 A.a.O.

82 A.a.O.

83 Die Einräumung von Leistungsbestimmungsrechten gemäß §§ 315 ff. BGB sollte damit ebenfalls nach der Scharia grds. unzulässig sein.

84 Zerwas/Demgensky, WM 2010, S. 692 ff. (695); Müller, WM 2008, S. 102 ff. (103); Wurst, Immobilienfinanzierung und Islamic Banking, Möglichkeiten schariakonformer Immobilienfinanzierung nach deutschem Recht, Europäische Hochschulschriften, Bd. 5238, 2011, S. 35 f. m. w. N.

85 U.a. Pohlhausen/Beck, IStR 2010, S. 225 ff. (228); Mahlknecht, Islamic Finance 2009, S. 35; Imran, Das Islamische Wirtschaftssystem, 2008, S. 55; Zerwas/Demgensky, WM 2010, S. 692 ff. (693); Patzner/Usalir, BB 2010, S. 1513 ff. (1514).

86 Dazu: Wurst, Immobilienfinanzierung und Islamic Banking, Möglichkeiten schariakonformer Immobilienfinanzierung nach deutschem Recht, Europäische Hochschulschriften, Bd. 5238, 2011, S. 103 f. I.Ü. verstoßen herkömmliche Versicherungen aus islamischer Sicht gegen das „Maysir-Verbot“ (Wett- bzw. Glücksspielverbot) und bei Verzinsung gegen das Riba-Verbot.

87 Bei dieser zahlen die Versicherungsnehmer in einem Versicherungspool ein. Der Versicherer legt das eingezahlte Geld schariakonform an. Im Schadensfall wird aus dem Versicherungspool eine „Spende“ an den Geschädigten erbracht. Hierzu: Wurst, Immobilienfinanzierung und Islamic Banking, Möglichkeiten schariakonformer Immobilienfinanzierung nach deutschem Recht, Europäische Hochschulschriften, Bd. 5238, 2011, S. 104.

88 Ayub, Understanding Islamic Finance, 2007, S. 112; Griesner, WM 2009, S. 586 ff. (591 und 592) für Salam- und Istisna-Verträge; Pohlhausen/Beck, IStR 2010, S. 225 ff. (229) für Ijara-Verträge; Mahlknecht, Islamic Finance, 2009, S. 37 f. m. w. N.

89 Z. B. Zerwas/Demgensky, WM 2010, S. 692 ff. (695); Pohlhausen/Beck, IStR 2010, S. 225 ff. (231); Griesner, WM 2009, S. 586 ff. (591); Patzner/Usalir, BB 2010, S. 1513 ff. (1514); Gassner/Walkerbeck, Islamic Finance, 2. Auflage, 2010, S. 73 m. w. N.

90 A.a.O.

91 Zum Ganzen: Wurst, Immobilienfinanzierung und Islamic Banking, Möglichkeiten schariakonformer Immobilienfinanzierung nach deutschem Recht, Europäische Hochschulschriften, Bd. 5238, 2011, S. 58 f. m. w. N.

92 A.a.O.

93 Vgl. Pohlhausen/Beck, IStR 2010, S. 225 ff. (231) m. w. N.

94 Einen Überblick über die Motivlage geben: Hügel/Salzig, Mietkauf und andere Formen des Grundstücks-Ratenkaufs, 2. Auflage, 2010, S. 7 f.

v.a. den Mietkauf<sup>95</sup>, den Mietkauf im Erbbaurechtsmodell,<sup>96</sup> den Ratenzahlungskauf mit und ohne Vorlage-sperre<sup>97</sup> sowie den Ratenzahlungskauf im GbR-Modell<sup>98</sup>. Dabei ist der Ratenzahlungskauf im GbR-Modell eine wohl eher weniger verbreitete Gestaltungsalternative. Mit dem Beginn des Islamic Bankings in Deutschland könnte diese Gestaltung jedoch in Zukunft in der notariellen Praxis an Bedeutung gewinnen.

## I) Grundstücksratenkauf im GbR-Modell nach deutschem Recht<sup>99</sup>

### 1) Grundlagen

Der Grundstücksratenkauf im GbR-Modell vollzieht sich nach deutschem Recht durch die Gründung einer GbR zwischen Veräußerer und Erwerber. Zweck der Gesellschaft gemäß § 705 BGB ist grds. das „Halten, Verwalten und Bewohnen“ der in Frage stehenden Immobilie.<sup>100</sup> Ist der Veräußerer noch nicht Eigentümer der Immobilie kann der Gesellschaftszweck entsprechend ergänzt und die Immobilie durch die GbR erworben werden. Ist der Veräußerer bereits Eigentümer, bringt er die Immobilie in die Gesellschaft ein. An der Gesellschaft sind zu Beginn der Finanzierung der Veräußerer zu 100 % und der Erwerber zu 0 %<sup>101</sup> beteiligt. In der Regel wird dem Erwerber aufgrund einer weiteren vertraglichen Absprache die Immobilie zur (Allein-)Nutzung überlassen<sup>102</sup> und ihm deshalb auch die Kosten und Lasten der Immobilie auferlegt.<sup>103</sup> Die Gesellschaftsanteile des Veräußerers werden an den Erwerber (u.U. aufschiebend bedingt<sup>104</sup>) verkauft und in z. B. 1/100- oder 1/1000-Anteilen<sup>105</sup> aufschiebend bedingt durch die Zahlung der jeweils (etwa monatlich) geschuldeten Raten abgetreten.<sup>106</sup> Mit Zahlung der letzten Kaufpreiskrate endet die GbR ohne Auseinandersetzung (§§ 730 ff. BGB) und das Gesellschaftsvermögen (hier: die Immobilie) geht mit allen Aktiva und Passiva auf den Erwerber über.<sup>107, 108</sup>

Der Ratenzahlungskauf im GbR-Modell erfolgt also auf der Basis vier von einander zu unterscheidender Verträge: des Gesellschaftsvertrages, des Einbringungs- bzw. Grundstückskaufvertrages, des Nutzungsüberlassungsvertrages und des GbR-Anteilskaufvertrages.<sup>109</sup>

### 2) Vor- und Nachteile; insbesondere Besteuerung nach dem ErbStG und dem GrEStG<sup>110</sup>

Der wesentliche Vorteil des GbR-Modells wird – neben dessen Flexibilität – in der gesamthänderischen Bindung von Veräußerer und Erwerber gesehen (§ 719 Absatz 1 BGB), die auch bei einem anfänglichen Beteiligungsverhältnis von 100 % zu 0 % besteht.<sup>111</sup> Als entscheidender Nachteil des GbR-Modells ist – neben den noch immer bestehenden grundbuchrechtlichen Unklarheiten in der Behandlung der GbR<sup>112</sup> – die persönliche und grds. unbeschränkte Haftung der Gesellschafter gemäß §§ 128 ff. HGB analog zu nennen.<sup>113</sup> Eine solche Haftungsgefahr wird von inländischen Banken und Sparkassen nicht akzeptiert. Da die Scharia die eigene Haftung im Verlustfall, aber gerade als Rechtfertigung für die Gewinnerzielung ansieht, müssten künftige in Deutschland tätige islamische Finanzinstitute grds. zur Übernahme dieser Haftungsgefahren bereit

sein (Grundsatz des Profit and Loss-Sharing).<sup>114</sup> Durch entsprechende Ausgestaltung der Geschäftsführungs-

95 Hügel/Salzig, Mietkauf und andere Formen des Grundstücks-Ratenkaufs, 2. Auflage, 2010, S. 11 ff.; Krafka/Seeger/Koller in: Kölner Formularbuch Grundstücksrecht, 2013, S. 941 ff.; Krauß, Immobilienkaufverträge in der notariellen Praxis, 6. Auflage, 2012, Rn. 3907.

96 Hügel/Salzig, Mietkauf und andere Formen des Grundstücks-Ratenkaufs, 2. Auflage, 2010, S. 153 ff.

97 Hügel/Salzig, Mietkauf und andere Formen des Grundstücks-Ratenkaufs, 2. Auflage, 2010, S. 79 ff.; Krauß, Immobilienkaufverträge in der notariellen Praxis, 6. Auflage, 2012, Rn. 3904 f.; Heinemann in: Kölner Formularbuch Grundstücksrecht, 2013, S. 771 ff.

98 Hügel/Salzig, Mietkauf und andere Formen des Grundstücks-Ratenkaufs, 2. Auflage, 2010, S. 183 ff.

99 Hügel/Salzig, Mietkauf und andere Formen des Grundstücks-Ratenkaufs, 2. Auflage, 2010, S. 183 ff.

100 Hügel/Salzig, Mietkauf und andere Formen des Grundstücks-Ratenkaufs, 2. Auflage, 2010, S. 184.

101 Insoweit handelt es sich um eine Gesellschafterstellung ohne Kapitalbeteiligung. Nach Hügel/Salzig, Mietkauf und andere Formen des Grundstücks-Ratenkaufs, 2. Auflage, 2010, S. 183, 188 m. w. N. sei diese Gestaltung zulässig. Vgl. auch Carlé, ErbStB 2004, S. 316 ff. Wer hier Bedenken z. B. im Hinblick auf die Abgrenzung zur unzulässigen 1-Mann-GbR hat, kann auch ein Beteiligungsverhältnis von 99,9 % zu 0,1 % wählen.

102 Diese Nutzungsüberlassung ist vom Sachdarlehen gemäß § 607 BGB zu unterscheiden. Hierzu z. B. Freitag in: Staudinger, BGB-Neubearbeitung 2011, § 607 BGB, Rn. 19.

103 Hügel/Salzig, Mietkauf und andere Formen des Grundstücks-Ratenkaufs, 2. Auflage, 2010, S. 183, 191 f. m. w. N. Wegen der Eigennutzung der Immobilie enthält der Gesellschaftsvertrag keine vom Gesetz abweichenden Regelungen zur Gewinn- und Verlustverteilung. Diese ist jedoch zu bedenken, wenn im Einzelfall die Immobilie z. B. durch einen Dritten gegen Entgelt genutzt werden soll.

104 Hier sehen Hügel/Salzig, Mietkauf und andere Formen des Grundstücks-Ratenkaufs, 2. Auflage, 2010, S. 185 eine Möglichkeit den Entstehungszeitpunkt der Grunderwerbsteuer gemäß § 14 Nr. 1 GrEStG hinaus zu schieben. Dies ist m. E. jedoch nicht der Fall, da eben nicht der ganze Erwerbsvorgang, sondern nur einzelne Abreden vom Eintritt der (aufschiebenden) Bedingung abhängig gemacht werden sollen. Demgemäß richtet sich der Entstehungszeitpunkt der Grunderwerbsteuer nach den allgemeinen Regeln (§ 38 AO).

105 Je nach Vereinbarung und Berechnungsformel.

106 Hügel/Salzig, Mietkauf und andere Formen des Grundstücks-Ratenkaufs, 2. Auflage, 2010, S. 183, 189 ff. m. w. N.

107 Hügel/Salzig, Mietkauf und andere Formen des Grundstücks-Ratenkaufs, 2. Auflage, 2010, S. 184, 188 gehen hierbei ohne weitere Diskussion davon aus, dass ein GbR-Gesellschaftsanteil auch durch eine Bruchteilsgemeinschaft (§§ 741 ff. BGB) gehalten werden kann. Dies entspricht jedoch nicht der bislang h. L., welche hierin einen Verstoß gegen den Grundsatz der Einheitlichkeit der Beteiligung erblickt. Dazu: Habermeyer in: Staudinger, BGB-Neubearbeitung 2003, § 705 BGB, Rn. 30 bzw. Ulmer in: MüKo, Bd. 5, 5. Auflage, 2009, § 705 BGB, Rn. 83 m. w. N. Als Ausweichlösung kommt der Erwerb (auch) des Anteils in GbR in Betracht.

108 Ein vollständiger Formulierungsvorschlag hierzu findet sich etwa bei Hügel/Salzig, Mietkauf und andere Formen des Grundstücks-Ratenkaufs, 2. Auflage, 2010, S. 192 ff.

109 Zum Umfang der Beurkundungsbedürftigkeit: Hügel/Salzig, Mietkauf und andere Formen des Grundstücks-Ratenkaufs, 2. Auflage, 2010, S. 186 f.

110 Am Beispiel der Familiengesellschaft bürgerlichen Rechts (Stichwort: „Übergabe im Gesellschaftsmodell“) gibt auch Krauß, Vermögensnachfolge in der Praxis, 3. Auflage, 2012, S. 736 ff. (Rn. 2152 ff.) eine Vor- und Nachteilsübersicht. Zu den Notarkosten noch vor der Reform des Kostenrechts: Hügel/Salzig, Mietkauf und andere Formen des Grundstücks-Ratenkaufs, 2. Auflage, 2010, S. 187.

111 Krauß, Vermögensnachfolge in der Praxis, 3. Auflage, 2012, S. 736 ff. (736, Fn. 186); Hügel/Salzig, Mietkauf und andere Formen des Grundstücks-Ratenkaufs, 2. Auflage, 2010, S. 185 m. w. N.

112 Dazu z. B. Krauß, Vermögensnachfolge in der Praxis, 3. Auflage, 2012, S. 706 ff. (Rn. 2053 ff.) m. w. N.

113 Hügel/Salzig, Mietkauf und andere Formen des Grundstücks-Ratenkaufs, 2. Auflage, 2010, S. 186.

114 Wurst, Immobilienfinanzierung und Islamic Banking, Möglichkeiten schariakonformer Immobilienfinanzierung nach deutschem Recht, Europäische Hochschulschriften, Bd. 5238, 2011, S. 42.

und Vertretungsbefugnisse (§§ 709, 714 BGB) lässt sich diese Gefahrenquelle jedoch (auch schariakonform) eindämmen (s.u.).

Schenkungsteuer fällt beim GbR-Modell bei Einbringung der Immobilie in die Gesellschaft nicht an, da zu Beginn der Finanzierung allein der Veräußerer am Gesellschaftskapital (zu 100 %) beteiligt ist, der Erwerber hingegen nur Gesellschafter ohne Kapitalbeteiligung wird.<sup>115</sup>

In grunderwerbsteuerrechtlicher Hinsicht<sup>116</sup> ist zwischen den einzelnen Erwerbsvorgängen zu unterscheiden. So löst die Einbringung<sup>117</sup> des Grundstücks in die GbR – bei einem anfänglichen Beteiligungsverhältnis von 100 % zu 0 % – nach § 5 Absätze 2 und 3 GrEStG nur dann keine Grunderwerbsteuer aus, wenn und soweit sich der Anteil des Veräußerers am Vermögen der Gesamthand nicht innerhalb von 5 Jahren (Behaltensfrist) nach dem Übergang des Grundstücks auf die Gesamthand vermindert. Die Anteilsübertragung selbst ist nicht nach § 1 Absatz 2a GrEStG steuerbar, da es sich bei dem Erwerber nicht um einen „neuen“ Gesellschafter i. S. d. Vorschrift handelt. Einschlägig ist aber grds. § 1 Absatz 3 Nr. 1 GrEStG (Vereinigung von 95 % aller Anteile). Dieser setzt aber den Fortbestand der (vereinigten) Anteile voraus. Mit der Übertragung des letzten Anteils auf den Erwerber erlischt aber die GbR und der Erwerber wird Eigentümer des Grundstücks. Dieser Erwerbsvorgang unterfällt grds. § 1 Absatz 1 Nr. 3 GrEStG. Insoweit ist die Steuerbegünstigung<sup>118</sup> gemäß § 6 Absatz 2 und die 5-jährige Behaltensfrist des Absatzes 4 GrEStG zu beachten. Da mehrere Erwerbsvorgänge in Betracht kommen ist schließlich § 1 Absatz 6 (Satz 2) GrEStG zu beachten. Zusammenfassend lässt sich jedenfalls festzustellen, dass beim Grundstücksratenkauf im GbR-Modell eine gegenüber einem gewöhnlichen (fremdfinanzierten) Grundstückskauf erhöhte Grunderwerbsteuerbelastung droht.

Einkommensteuer- und umsatzsteuerrechtliche Überlegungen sollen an dieser Stelle hingegen – auch aus Platzgründen – nicht angestellt werden.

## II) Grundstücksratenkauf im GbR-Modell als schariakonforme „Diminishing Musharaka“

Im folgenden sollen nunmehr die aus Sicht des Autors wichtigsten rechtlichen Eckpunkte für die Gestaltung des Grundstücksratenkaufs im GbR-Modell als schariakonforme „Diminishing Musharaka“ aufgezeigt werden. Dabei sei vorab bereits klargestellt, dass die Prüfung der Schariakonformität der Ausgestaltung dieser Spielart des Grundstücksratenkaufs keinesfalls eine Amtspflicht des Notars darstellt. Dies folgt aus § 17 Absatz 3 BeurkG, der neben ausländischem (staatlichen) Recht, auch ausländisches (religiöses) Recht erfassen muss.<sup>119</sup> Bei diesbezüglichen Zweifeln, wird sich der Notar in Zukunft auf ein Rechtsgutachten („Fatwa“) bzw. die Auskunft eines sog. „Scharia-Boards“ verlassen müssen. Bei diesem handelt es sich um ein aus mindestens drei Scharia-Gelehrten bestehendes (grds. unabhängiges) Organ eines islamischen Finanzinstituts<sup>120</sup>, das die Schariakonformität einzelner Finanzprodukte und ihrer rechtlichen Umsetzung prüft und die Unter-

nehmenstätigkeit diesbezüglich überwacht, m.a.W. eine Art „religiöser Aufsichtsrat oder Beirat“.<sup>121</sup>

### 1) Vorgaben der Scharia

Die allgemeinen Vorgaben der Scharia für die Immobilienfinanzierung wurden bereits dargestellt. Es sind dies das Zinsverbot (Riba) und das Verbot der Spekulation bzw. Unbestimmtheit (Gharar). Im Hinblick auf die besonderen Vorgaben der Scharia für die „Diminishing Musharaka“ sei erwähnt, dass diese als Beitragsleistungen grds. nur Bar- und nach h.L. Sacheinlagen zulässt, nicht hingegen die Erbringung von Dienstleistungen.<sup>122</sup> Die üblicherweise in dem Gesellschaftsvertrag der GbR<sup>123</sup> vorgesehene Dienstleistung des Erwerbers beim Halten und Verwalten der Immobilie sollte daher durch eine z. B. Mindestkapitaleinlage (z. B. 0,1 oder 0,01 % des Immobilienwertes) ersetzt werden. Bezüglich der Geschäftsführung und Vertretung macht die Scharia bei der Diminishing Musharaka keine besonderen Vorgaben.<sup>124</sup> Die unterschiedliche Haftung der Gesellschafter bei der Musharaka im klassischen Verständnis (d.h. vorrangige Haftung des Gesellschaftsvermögens) und der GbR (d.h. gleichrangige/primäre<sup>125</sup> Haftung der Gesellschafter neben dem Ge-

115 Hügel/Salzig, Mietkauf und andere Formen des Grundstücks-Ratenkaufs, 2. Auflage, 2010, S. 184 m. w. N. auch zur Rspr des BGH, etwa BGH BB 1959, S. 574 ff. = NJW 1959, S. 1433 ff.

116 Bei der Erstellung der nachstehenden Ausführungen hat maßgeblich Herr Steuerberater Herrmann Baumann, dem der Autor hierfür zu Dank verpflichtet ist, mitgewirkt (s. o.).

117 Der Erwerb des Veräußerers ist nach § 1 Absatz 1 Nr. 1 GrEStG steuerbar.

118 Aktuell zur Anwendung der §§ 3, 6 GrEStG im Rahmen von § 1 III GrEStG s. BStBl. I 2013, S. 773.

119 In der Kommentarliteratur findet sich hierzu – wohl wegen der bislang fehlenden praktischen Relevanz – keine Fundstelle: z. B. Litzemburger in: BeckOK, § 17 BeurkG, Rn. 8, Edition: 27, Stand: 1. 5. 2013; Winkler, BeurkG, 17. Auflage, 2013, § 17 BeurkG, Rn. 219 ff.

120 Durch islamische Organisationen wie die Accounting and Auditing Organisation for Islamic Financial Institutions (AAOIFI) und das Islamic Financial Services Board (IFSB) wird versucht einheitliche Standards für die Festlegung der Schariakonformität einzelner Finanzprodukte zu schaffen.

121 Bälz, WM 1999, S. 2443 ff. (2444); Pohlhausen/Beck, IStR 2010, S. 225 ff. (226); Griesner, WM 2009, S. 586 ff. (586 f.); Patzner/Usalir, BB 2010, S. 1513 ff. (1513 f.). Ausführlich: Wurst, Immobilienfinanzierung und Islamic Banking, Möglichkeiten schariakonformer Immobilienfinanzierung nach deutschem Recht, Europäische Hochschulschriften, Bd. 5238, 2011, S. 70 ff. m. w. N. In Form einer Scharia-Compliance-Abteilung oder eines Beirates könnte dieses auch in Deutschland zum Einsatz kommen.

Grundlegend: Casper in: FS für Klausur Hopt, 2010, S. 457 ff. Zur Funktion eines Sharia-Boards bei islamischen Aktienfonds z. B. Bälz, BKR 2002, S. 447 ff. (450).

122 Usmani, An Introduction to Islamic Finance, 2002, S. 10; Ayub, Understanding Islamic Finance, 2007, S. 313; Wurst, Immobilienfinanzierung und Islamic Banking, Möglichkeiten schariakonformer Immobilienfinanzierung nach deutschem Recht, Europäische Hochschulschriften, Bd. 5238, 2011, S. 120 f. m. w. N.

123 Hügel/Salzig, Mietkauf und andere Formen des Grundstücks-Ratenkaufs, 2. Auflage, 2010, S. 192 ff.

124 So i. E. Wurst, Immobilienfinanzierung und Islamic Banking, Möglichkeiten schariakonformer Immobilienfinanzierung nach deutschem Recht, Europäische Hochschulschriften, Bd. 5238, 2011, S. 121 f.

125 Zur akzessorischen, persönlichen, primären (!) und unbeschränkten Haftung kraft Gesetzes analog § 128 HGB z. B. Schöne in: BeckOK, § 714 BGB, Rn. 16 a. E., Stand: 1. 5. 2013, Edition: 27 m. w. N.



schaftsvermögen) wird als schariakonform angesehen.<sup>126</sup> Da dem Grundstücksratenkauf im GbR-Modell vier Verträge zugrunde liegen, ist ferner darauf zu achten, dass diese nicht über Bedingungen oder Rücktrittsrechte miteinander verbunden sind bzw. werden um nicht gegen das islamische Koppelungsverbot zu verstoßen. Dies ist in den üblichen Mustern regelmäßig vorgesehen.<sup>127</sup> Es muss hier nach Ausweichlösungen gesucht werden, die eine vergleichbare Störfallvorsorge leisten, etwa dadurch, dass im Rahmen der einzelnen Verträge an denselben Sachverhalt (z. B. Nichtzahlung oder verspätete Zahlung) angeknüpft wird, nicht aber an die daraus resultierenden Folgen für die einzelnen Verträge (z. B. Rücktritt vom Kaufvertrag oder Kündigung des Gesellschaftsvertrages).<sup>128</sup> Schließlich muss im Hinblick auf die Gestaltung des Nutzungsüberlassungsvertrages („Ijara“) beachtet werden, dass die Rechte und Pflichten am Vertragsgegenstand, insbesondere die Kosten- und Lastentragung schariakonform verteilt sind. Der Eigentümer hat danach grds. die sich aus dem Eigentum ergebenden Risiken, Kosten und Lasten der Immobilie – gemindert durch eine Takaful-Versicherung – zu tragen, der (unmittelbare) Besitzer die sich aus der Nutzung ergebenden Risiken und Kosten.<sup>129</sup>

## 2) Anwendbarkeit und wichtigste Vorgaben des deutschen (Zivil-)Rechts

Die Vorgaben des deutschen Rechts sind schon allein deshalb einzuhalten, weil die Scharia einer (Teil-) Rechtswahl z. B. gemäß Art. 3 Rom I-VO nicht zugänglich und auch als Schiedsordnung (§ 1051 ZPO) nicht wählbar ist<sup>130</sup>. Einer inländischen islamischen Bank ist daher eine „Flucht in die Scharia“ nicht möglich.<sup>131</sup> Daher sind insbesondere<sup>132</sup> die Vorgaben des deutschen Verbraucherschutzrechts (u. a. §§ 305 ff.; 491 ff., 506 ff. BGB) zu beachten.

### a) Anwendbarkeit und Vorgaben des Verbraucherkreditrechts<sup>133</sup> (§§ 491 ff., 506 ff. BGB)

#### aa) Kein Verbraucherdarlehensvertrag (§§ 491 ff. BGB)

Die §§ 488 ff., 491 ff. BGB, insbesondere die Sondervorschriften des § 503 BGB<sup>134</sup> für Immobiliendarlehensverträge, gelten in der vorliegenden Situation nicht direkt, da es sich um kein (entgeltliches, etwa<sup>135</sup> verzinstes und z. B. durch ein Grundpfandrecht gesichertes) (Geld-)Darlehen handelt. In Betracht kommt aber das Vorliegen einer Finanzierungshilfe gemäß §§ 506 ff. BGB (entgeltlicher Zahlungsaufschub, entgeltliche Finanzierungshilfe)<sup>137</sup> oder das Vorliegen eines Umgehungsgeschäfts<sup>138</sup> gemäß § 511 Satz 2 BGB.<sup>139</sup>

#### bb) (Entgeltliche) Finanzierungshilfen zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher (§§ 506 ff. BGB); Umgehungsgeschäft (§ 511 Satz 2 BGB)<sup>140</sup>

Die persönliche Anwendbarkeit der §§ 506 ff. BGB unterstellt<sup>141</sup>, ist im Hinblick auf die Kreditfunktion zunächst<sup>142</sup> zwischen den einzelnen Verträgen zu unterscheiden. Für sich betrachtet keine Kreditfunktion haben daher der GbR-Gesellschaftsvertrag und der

Einbringungsvertrag. Gleiches gilt grds. für den Nutzungsüberlassungsvertrag, weil und wenn dieser – wie i. d. R.<sup>143</sup> – ohne die Vereinbarung eines (eigenen) Nutzungsentgeltes abgeschlossen wird (s. § 506 Absatz 2 Satz 1 Halbsatz 1 BGB)<sup>144</sup>. Kreditfunktion könnte somit bei isolierter Betrachtung nur der Anteilskaufvertrag selbst haben, wenn in dessen Rahmen ein „entgeltlicher Zahlungsaufschub“ (§ 506 Absatz 1 Fall 1 BGB) oder eine „(sonstige) entgeltliche Finanzierungshilfe“ (§ 506 Absatz 1 Fall 2 BGB) vereinbart wird.

Ein „Zahlungsaufschub“ ist gegeben, wenn für die Zahlungsverpflichtung des Verbrauchers eine zu seinen Gunsten vom dispositiven Recht (insbesondere §§ 271, 320 BGB) abweichende Fälligkeitsbestimmung getroffen wird und der Unternehmer zur Vorleistung verpflichtet wird, unabhängig davon ob dies bei Vertrags-

126 Wurst, Immobilienfinanzierung und Islamic Banking, Möglichkeiten schariakonformer Immobilienfinanzierung nach deutschem Recht, Europäische Hochschulschriften, Bd. 5238, 2011, S. 124 ff.

127 Vgl. das Formular bei Hügel/Salzig, Mietkauf und andere Formen des Grundstücks-Ratenkaufs, 2. Auflage, 2010, S. 192 ff. v. a. unter Abschnitt II. § 8 und § 9, Abschnitt III. § 4.

128 Zu den §§ 139, 358 ff. BGB später.

129 Usmani, An Introduction to Islamic Finance, 2002, S. 74 f.; Gassner/Wackerbeck, Islamic Finance, 2. Auflage, 2010, S. 85 f. m. w. N.

130 Str. – dazu: Bälz, WM 1999, S. 2443 ff. (2448); Wurst, Immobilienfinanzierung und Islamic Banking, Möglichkeiten schariakonformer Immobilienfinanzierung nach deutschem Recht, Europäische Hochschulschriften, Bd. 5238, 2011, S. 77 ff., 80 ff. m. w. N.

131 Früher teilweise diskutierte international-privatrechtliche Fragen haben sich heute weitestgehend erledigt. Dazu noch: Bälz, WM 1999, S. 2443 ff. (2447 ff.).

132 Auch ein Negativzeugnis gemäß § 28 BauGB sollte eingeholt werden, da man die „Diminishing Musharaka“ insoweit als Umgehungsgeschäft ansehen könnte.

133 Hierzu allgemein: Mairose, RNotZ 2012, S. 467 ff. m. w. N.

134 Hierzu z. B. Mairose, RNotZ 2012, S. 467 ff. (487); Möller in: BeckOK, § 503 BGB, Rn. 1 ff., Stand: 1. 5. 2013, Edition: 27 m. w. N.

135 Als weitere Entgelte kommen in Betracht: einmalige Vergütung, Disagio und Gebühren. Vgl. Mairose, RNotZ 2012, S. 467 ff. (471).

136 Auch ein Sachdarlehen (§ 607 BGB) liegt in der vorliegenden Konstellation nicht vor.

137 Hierzu beim Ratenzahlungskauf ohne Vorlagesperre etwa Hügel/Salzig, Mietkauf und andere Formen des Grundstücks-Ratenkaufs, 2. Auflage, 2010, S. 121 ff.

138 Denkbar wäre es z. B. den Grundstücksratenkauf im GbR-Modell als Umgehungsgeschäft zur gewöhnlichen Fremdfinanzierung über ein verzinliches und durch ein Grundpfandrecht gesichertes Darlehen anzusehen. Dies spielt aber nur dann eine Rolle, wenn sich die Anwendbarkeit der §§ 491 ff. BGB nicht bereits aus anderen Rechtsvorschriften ergibt.

139 Ein „Ratenlieferungsvertrag“ gemäß § 510 Absatz 1 Satz 1 Nr. 1 BGB scheidet hier bereits deshalb aus, weil es um einen Rechtskauf (§ 453 BGB) geht. Ferner fehlt das Element der „Lieferung“. Hierzu: Möller in: BeckOK, § 510 BGB, Rn. 1, 6, 9, Stand: 1. 5. 2013, Edition: 27.

140 Seit dem Jahre 2010 existiert keine Bereichsausnahme mehr für notarielle Grundstücksgeschäfte, da § 491 Absatz 3 Nr. 1 a. F. BGB aufgehoben wurde. Hierzu: Mairose, RNotZ 2012, S. 467 ff. (473).

141 Zum Unternehmer-Verbraucher-Erfordernis s. Mairose, RNotZ 2012, S. 467 ff. (468 ff.).

142 S. aber unten. Dabei wird sich zeigen, dass eine gemeinsame Betrachtung – jedenfalls von Nutzungsüberlassungs- und Anteilskaufvertrag – angezeigt ist, um sinnvolle Ergebnisse zu erhalten.

143 Vgl. das Muster von Hügel/Salzig, Mietkauf und andere Formen des Grundstücks-Ratenkaufs, 2. Auflage, 2010, S. 192 ff. (199).

144 Betrachtet man hingegen Nutzungsüberlassungs- und Anteilskaufvertrag gemeinsam könnten diese unter § 506 Absatz 2 Satz 1 Nr. 1 BGB subsumiert werden, da das Nutzungsentgelt i. d. R. bereits in den Kaufpreis der Anteile eingerechnet sein sollte. Dazu sogleich.

schluss oder erst später geschieht.<sup>145</sup> Dagegen fehlt es an einem Zahlungsaufschub, wenn die Leistungspflichten beider Parteien, d.h. von Verbraucher und Unternehmer, gleichermaßen hinausgeschoben werden.<sup>146</sup> Durch die aufschiebend bedingte Abtretung der GbR-Gesellschaftsanteile Zug-um-Zug gegen Zahlung der einzelnen Kaufpreistraten werden Leistungs- und Gegenleistungspflicht in gleicher Weise hinausgeschoben. Verbraucher und Unternehmer leisten beide schrittweise, Zug-um-Zug. Eine Vorleistung des Unternehmers könnte demnach allein in der (vorzeitigen) Gebrauchsüberlassung aufgrund des Nutzungsüberlassungsvertrages liegen. Dies zwingt dazu Anteilskauf- und Nutzungsüberlassungsvertrag gemeinsam zu betrachten.<sup>147</sup> Ist der Nutzungsüberlassungsvertrag so ausgestaltet, dass der Verbraucher zur alleinigen Nutzung (und evtl. bereits Umgestaltung des Objektes) berechtigt wird, spricht dieser Übergang des wirtschaftlichen Eigentums<sup>148</sup> für die Annahme eines Zahlungsaufschubs zugunsten des Verbrauchers. Ist man anderer Ansicht, kommt es auf das Vorliegen des Aufgangtatbestandes einer „(sonstigen) entgeltlichen Finanzierungshilfe“ (§ 506 Absatz 1 Fall 2, 506 Absatz 2 BGB) an. Deren Abgrenzung zum Umgehungsgeschäft (§ 511 Satz 2 BGB) ist fließend.<sup>149</sup> Die (sonstige) Finanzierungshilfe wird als zeitweise Überlassung von Kaufkraft an den Verbraucher in einer nicht als Darlehen bzw. Zahlungsaufschub zu wertenden Art und Weise zur vorgezogenen Verwendung künftigen Einkommens für konsumtive oder investive Zwecke verstanden.<sup>150</sup> Zusätzlich ist erforderlich, dass diese Finanzierungshilfe – ebenso wie der Zahlungsaufschub auch – entgeltlich, also gegen eine Gegenleistung des Verbrauchers, geschieht. In den Fällen des § 506 Absatz 2 BGB wird das Vorliegen einer entgeltlichen Finanzierungshilfe unwiderleglich<sup>151</sup> vermutet („... gelten. . .“). Vorliegend ist die Entgeltlichkeit nicht offensichtlich in Form von (Stundungs-)Zinsen gegeben. Ein „verstecktes Entgelt“ liegt jedoch in dem Preisaufschlag der Bank, der auch die vorzeitige Nutzungsüberlassung erfasst und eine vergleichbare (laufzeitabhängige) Verteuerungswirkung wie Zinsen hat<sup>152</sup>. Im Übrigen leitet die h.L. aus § 507 Absatz 3 Satz 1 BGB eine allgemeine Vermutung für die Entgeltlichkeit eines Zahlungsaufschubes bzw. einer Finanzierungshilfe durch einen Unternehmer ab.<sup>153</sup> Anteilskaufvertrag und Nutzungsüberlassungsvertrag lassen sich somit bei gemeinsamer Betrachtung jedenfalls unter den Tatbestand der „entgeltlichen Finanzierungshilfe“ subsumieren, entweder gemäß § 506 Absatz 1 Fall 2 BGB<sup>154</sup> oder 506 Absatz 1 Fall 2 BGB.<sup>155</sup>

Bei einer abschließenden Gesamtbetrachtung der Gestaltung des Ratenzahlungskaufs im GbR-Modell (Diminishing Musharaka) ist offensichtlich, dass alle vier Verträge zusammen Kreditfunktion haben und entweder als „Zahlungsaufschub“ oder „entgeltliche Finanzierungshilfe“ (§ 506 Absatz 1 Fall 2, Absatz 2 Satz 1 Nr. 1 BGB) einzustufen sind, jedenfalls als Umgehungsgeschäft (§ 511 Satz 2 BGB). Auf das Vorliegen einer Umgehungsabsicht kommt es bekanntlich für die Annahme eines Umgehungsgeschäftes nicht an.<sup>156</sup>

Nur klargestellt sei an dieser Stelle, dass trotz Ratenzahlung nicht zugleich ein Teilzahlungsgeschäft gemäß §§ 506 Absatz 3, 507 f. BGB vorliegt. Beim Raten-

zahlungskauf im GbR-Modell geht es eben nicht um die „Lieferung einer bestimmten Sache“ („Warenkredit“ gemäß § 506 Absatz 3 Fall 1 BGB). Aus dem Wortlaut der Norm („Lieferung“) lässt sich schließen, dass diese nur die Lieferung beweglicher Sachen erfasst.<sup>157</sup> Da auch kein Werk- oder Dienstleistungskredit gegeben ist, greift auch die zweite Alternative<sup>158</sup> des § 506 Absatz 3 BGB nicht ein.

Ein Ausnahmetatbestand gemäß §§ 506 Absatz 4 Satz 1, 491 Absätze 2 und 3 (Bagatelgrenze) BGB<sup>159</sup> wird in der vorliegenden Gestaltung der Immobilienfinanzierung in der Regel nicht eingreifen. Im Übrigen muss auch hier § 511 Satz 2 BGB beachtet werden.<sup>160</sup>

Im Ergebnis findet damit Verbraucherkreditrecht Anwendung, auch wenn sich die dogmatisch exakte Begründung dieses Ergebnisses (entgeltlicher Zahlungsaufschub, (sonstige) entgeltliche Finanzierungshilfe oder Umgehungsgeschäft) nicht einfach gestaltet. Für die (notarielle) Gestaltungspraxis sind in jeden Fall die Rechtsfolgen der §§ 506 ff. BGB zu bedenken.

145 Mairose, RNotZ 2012, S. 467 ff. (474); Kessal-Wulf in: Staudinger, BGB-Neubearbeitung 2012, § 506 BGB, Rn. 1 ff.; Schürnbrand in: MüKo, Bd. 3, 6. Auflage, 2012, § 506 BGB, Rn. 4 ff. (6); Möller in: BeckOK, § 506 BGB, Rn. 5, Stand: 1. 5. 2013, Edition: 27 m. w. N.

146 Mairose, RNotZ 2012, S. 467 ff. (474); Kessal-Wulf in: Staudinger, BGB-Neubearbeitung 2012, § 506 BGB, Rn. 3; Schürnbrand in: MüKo, Bd. 3, 6. Auflage, 2012, § 506 BGB, Rn. 6 a.E.; Aus der Rspr zum VerbrKrG: OLG Dresden, Urt. v. 29. 2. 2000, BeckRS 2000 30098795.

147 Dieser Gedanke liegt auch § 506 Absatz 2 Satz 1 Nr. 1 BGB zugrunde, der notwendigerweise eine gemeinsame Betrachtung des Nutzungsüberlassungsvertrages und des Vertrages, der die Erwerbspflicht begründet, voraussetzt. Dazu: Schürnbrand in: MüKo, Bd. 3, 6. Auflage, 2012, § 506 BGB, Rn. 26.

148 Vgl. hierzu: Mairose, RNotZ 2012, S. 467 ff. (474 f.) m. w. N.

149 S. die Andeutung bei Kessal-Wulf in: Staudinger, BGB-Neubearbeitung 2012, § 506 BGB, Rn. 28 a.E.

150 Z. B. Schürnbrand in: MüKo, Bd. 3, 6. Auflage, 2012, § 506 BGB, Rn. 22. Bei Kessal-Wulf in: Staudinger, BGB-Neubearbeitung 2012, § 506 BGB, Rn. 28 ff. findet sich beispielsweise keine Definition, sondern nur Beispiele für und gegen „sonstige Finanzierungshilfen“.

151 Z. B. Kessal-Wulf in: Staudinger, BGB-Neubearbeitung 2012, § 506 BGB, Rn. 32.

152 Zum Merkmal der „Entgeltlichkeit“ z. B.: Kessal-Wulf in: Staudinger, BGB-Neubearbeitung 2012, § 506 BGB, Rn. 4 ff.; Schürnbrand in: MüKo, Bd. 3, 6. Auflage, 2012, § 506 BGB, Rn. 7 ff., 22.

153 Mairose, RNotZ 2012, S. 467 ff. (476) m. w. N.

154 Die „Entgeltlichkeit“ der Nutzung folgt dann aus der Einrechnung des Nutzungsentgeltes in den Kaufpreis. Für die in Nr. 1 vorausgesetzte Erwerbspflicht sollte der Erwerbsmodus, d. h. share- bzw. asset-deal, egal sein.

155 Der Grundstücksratenkauf im GbR-Modell ist daher verbraucher-kreditrechtlich wie das Finanzierungsleasing oder der Mietkauf zu behandeln. Zu letzteren: Schürnbrand in: MüKo, Bd. 3, 6. Auflage, 2012, § 506 BGB, Rn. 17, 27 ff. m. w. N.

156 Z. B. Kessal-Wulf in: Staudinger, BGB-Neubearbeitung 2012, § 511 BGB, Rn. 7 m. w. N.

157 Grundstücke können eben nicht „geliefert“ werden. Dazu: Kessal-Wulf in: Staudinger, BGB-Neubearbeitung 2012, § 506 BGB, Rn. 25; Mairose, RNotZ 2012, S. 467 ff. (488); Schürnbrand in: MüKo, Bd. 3, 6. Auflage, 2012, § 506 BGB, Rn. 11 m. w. N.

158 A.a.O.

159 Hierzu aktuell: Mairose, RNotZ 2012, S. 467 ff. (472 f.).

160 Z. B. Kessal-Wulf in: Staudinger, BGB-Neubearbeitung 2012, § 511 BGB, Rn. 7.

### cc) Rechtsfolgensystem des Verbraucher-kreditrechts<sup>161</sup>

Zur entsprechenden Anwendung aufgrund Rechtsgrundverweisung<sup>162</sup> gelangen gemäß § 506 Absatz 1 BGB wesentliche Normen des Verbraucherkreditrechts, nämlich §§ 358 bis 359 a (verbundene Verträge) und §§ 491 a bis 502 BGB (vorvertragliche Informationspflichten, Schriftformerfordernis<sup>163</sup>, Bestimmungen zum Vertragsinhalt und zu Informationen während des Vertragsverhältnisses, das Widerrufsrecht gemäß § 495 BGB, die Schuldnerschutzvorschriften der §§ 496 ff.) mit Ausnahme des § 492 Absatz 4 BGB (Schriftformerfordernis für eine Vollmacht). §§ 503 bis 505 BGB gelten dagegen nicht entsprechend.<sup>164</sup> Gemäß § 509 BGB hat der Unternehmer die Kreditwürdigkeit des Verbrauchers zu prüfen.

Bei der Anwendung dieser Vorschriften ist zu beachten, dass eine entsprechende, auf die jeweilige Kreditform anzupassende Anwendung und Auslegung stattzufinden hat.<sup>165</sup> Aus den anwendbaren Vorschriften besonders zu beachten sind das – zu § 17 Absatz 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG tretende – Recht des Verbrauchers auf einen Vertragsentwurf gemäß § 491 a Absatz 2 BGB und das – zu § 17 Absatz 1 Satz 1 BeurkG tretende – Recht des Verbrauchers auf „angemessene Erläuterung“ (§ 491 a Absatz 3 BGB). Als für die notarielle Vertragsgestaltung besonders misslich könnten sich die Vorschriften des § 492 Absätze 2 und 6 BGB und § 494 BGB herausstellen, die bestimmte Vorgaben für den Vertragsinhalt im Hinblick auf Angaben des Art. 247 §§ 6 bis 13 EGBGB machen.<sup>166</sup> Ein Widerrufsrecht<sup>167</sup> des Verbrauchers entfällt gemäß § 495 Absatz 3 Nr. 2 BGB nur, wenn der Notar bestätigt, dass die Rechte des Verbrauchers aus den §§ 491 a, 492 BGB gewahrt worden sind.<sup>168</sup> § 497 BGB enthält besondere Vorschriften für den Zahlungsverzug des Verbrauchers<sup>169</sup>, § 498 BGB Vorgaben für die Gesamtfälligkeit. § 500 Absatz 2 BGB erlaubt den Verbraucher sodann jederzeit vorzeitig zu erfüllen.<sup>170</sup>

Ebenfalls entsprechend zur Anwendung gelangen – vorbehaltlich des § 359 a BGB – die Vorschriften der §§ 358 ff. BGB über verbundene Verträge.<sup>171</sup> Danach bilden finanzierendes und finanziertes Geschäft unter den Voraussetzungen des § 358 Absatz 3 BGB entsprechend eine wirtschaftliche<sup>172</sup> Einheit, was hier m. E. zu einer Verbindung aller vier Verträge führen sollte. § 358 Absatz 3 Satz 3 BGB steht in der vorliegenden Konstellation der Annahme verbundener Geschäfte nicht entgegen, da die Bank hier gerade die Rolle des Veräußerers übernimmt. §§ 358 ff. BGB begründen damit eine wohl nicht schariakonforme Koppelung mehrerer Verträge (s. o.). Da die Vorschriften jedoch gerade nicht zu Lasten des Verbrauchers dispositiv sind (§ 511 Satz 1 BGB), muss dies hingenommen werden. Bei der – soweit zulässigen<sup>173</sup> – Anwendung des § 139 BGB hingegen kann eine schariakonforme Anwendung deutschen Rechts dagegen unter Berücksichtigung der islamischen Wertvorstellungen über § 139 Halbsatz 2 BGB sichergestellt werden.

Für die Vertragsgestaltung ist im Bereich der §§ 491 ff. BGB schließlich noch der bereits erwähnte § 511 Satz 1 BGB zu beachten, der Abweichungen von diesen Vor-

schriften zum Nachteil des Verbrauchers untersagt (ius semi dispositivum). Die Rechtsfolgen eines Verstoßes richten sich nach h.L. nach § 306 BGB (analog).<sup>174</sup> Von diesem Verbot ausgenommen sind jedoch Vereinbarungen bzgl. der Unterrichtungspflicht bei Zinsanpassungen gemäß § 493 Absatz 3 Satz 2 BGB, wenn die Anpassung an einen Referenzzinssatz gebunden ist und Abweichungen von der Kündigungsfrist des § 500 Absatz 1 Satz 1 BGB im Rahmen des § 500 Absatz 1 Satz 2 BGB.<sup>175</sup>

### b) Vorgaben des AGB-Rechts (§§ 305 ff. BGB)

In Ermangelung des Vorliegens bereits abgefasster AGB einer in Deutschland tätigen Islambank<sup>176</sup> müssen die nachstehenden Ausführungen (mehr oder weniger) abstrakt bleiben. Für die AGB-rechtliche Prüfung einer Immobilienfinanzierung im Diminishing Musharaka-Modell ist dabei zunächst zu bedenken, dass der sachliche Anwendungsbereich der §§ 305 ff. BGB gemäß § 310 Absatz 4 Satz 1 BGB grds. nicht den zwischen der Bank und den Kunden abgeschlossenen GbR-Gesellschaftsvertrag, wohl aber den Einbringungsvertrag erfasst. Will man hier nicht über § 306 a BGB korrigieren<sup>177</sup>, muss es insoweit allein bei der Anwendung der §§ 138, 242 BGB (sog. „richterliche Inhaltskontrolle“) verbleiben. Im Hinblick auf den persönlichen Anwendungsbereich der §§ 305 ff. BGB ist zu beachten, dass es sich im Übrigen stets um „Verbraucherverträge“ handelt, für die die Besonderheiten des § 310 Absatz 3 BGB gelten. Liegen

161 Zu zukünftigen Änderungen durch das Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechtlinie s. das Rundschreiben der BNotK 18/2013 vom 5. 7. 2013.

162 Schürnbrand in: MüKo, Bd. 3, 6. Auflage, 2012, § 506 BGB, Rn. 19, 33, Möller in: BeckOK, § 506 BGB, Rn. 11, Stand: 1. 5. 2013, Edition: 27 m. w. N.

163 Wenn keine strengere Form (z. B. § 311 b Absatz 1 BGB) vorgeschrieben ist.

164 Teilweise wird über eine analoge Anwendung des § 503 BGB nachgedacht. Dazu: Mairose, RNotZ 2012, S. 467 ff. (488) m. w. N.

165 Z. B. Schürnbrand in: MüKo, Bd. 3, 6. Auflage, 2012, § 506 BGB, Rn. 19, 33.

166 Hierzu ausführlich: Mairose, RNotZ 2012, S. 467 ff. (478 ff.) m. w. N.

167 Zur Musterwiderrufsbelehrung s. Anlage 6 zu Art. 247 § 6 EGBGB.

168 Hierzu: Mairose, RNotZ 2012, S. 467 ff. (481) m. w. N., der von einer solchen Bestätigung im Regelfall aus Haftungsgründen m. E. zutreffend abräht.

169 Hierzu: Mairose, RNotZ 2012, S. 467 ff. (486) m. w. N.

170 Dieses Recht ist nicht zu Lasten des Verbrauchers abdingbar (§ 511 Satz 1 BGB). Der mögliche Scharia-Verstoß (Gharar-Verbot) muss daher hingenommen werden.

171 Hierzu: Mairose, RNotZ 2012, S. 467 ff. (481 f., 487) m. w. N. Anders als dort angenommen, haben die §§ 358 ff. BGB jedoch – auch im Rahmen ihrer entsprechenden Anwendung – einen echten Anwendungsbereich (d. h. Vorliegen mehr als 1 Vertrages), wie sich sich vorliegend gerade zeigt.

172 Zur rechtlichen Einheit und zum Beurkundungsbedürfnis bei verbundenen Geschäften z. B. Mairose, RNotZ 2012, S. 467 ff. (481 f.).

173 Im Anwendungsbereich des § 494 Absatz 1 BGB ist beispielsweise eine Anwendung von § 139 BGB ausgeschlossen. Dazu: Mairose, RNotZ 2012, S. 467 ff. (483) m. w. N.

174 Möller in: BeckOK, § 511 BGB, Rn 5, Stand: 1. 5. 2013, Edition: 27 m. w. N. auch zur Gegenansicht, die (beim Individualvertrag) §§ 134, 139 BGB anwenden will.

175 Möller in: BeckOK, § 511 BGB, Rn 2, Stand: 1. 5. 2013, Edition: 27.

176 Zu üblichen AGB der deutschen Kreditwirtschaft: Wurmnest in: MüKo, Bd. 2, 6. Auflage, 2012, § 307 BGB, Rn. 166 ff.

177 Hierzu etwa: Schlosser in: Staudinger, BGB-Neubearbeitung 2006, § 306 a BGB, Rn. 1 ff. und § 310 BGB, Rn. 76 ff.



ferner im Einzelfall begrifflich AGB i. S. d. § 305 Absatz 1 BGB vor und sind diese überhaupt Vertragsbestandteil gemäß §§ 305 Absätze 2 und 3, 305 a f. BGB geworden, sind die einzelnen Regelungen an den §§ 307 ff. BGB (sowie<sup>178</sup> §§ 497, 506 BGB) zu messen. § 307 Absatz 3 BGB<sup>179</sup> schließt eine Kontrolle der nachstehend aufgeführten Regelungsbereiche nicht aus.

#### aa) Abbedingung des Verzugszinses (§ 288 BGB)

Das islamische Zinsverbot verbietet wie dargestellt, das Nehmen und Gewähren von Zinsen jeder Art, insbesondere bei der zeitweisen Überlassung von Geld. Dies zwingt m. E. die islamische Bank nicht dazu, das deutsche gesetzliche Verzugsystem (v.a. §§ 286 ff. BGB), insbesondere den Verzugszins (§ 288 BGB), zu modifizieren, sondern nur von diesem System keinen Gebrauch zu machen, also insbesondere keinen Verzugszins geltend zu machen. Gleichwohl werden die Banken bestrebt sein, hier – auch im Hinblick auf mögliche sonstige Vertragsklauseln (s.u.) – klare Regelungen vorzusehen, insbesondere § 288 BGB abzubedingen. Dabei ist davon auszugehen, dass die §§ 286 ff. BGB grds. zur Parteidisposition stehen, selbst soweit sie die Zahlungsverzugsrichtlinie (also sekundäres Europarecht) umsetzen.<sup>180</sup> In Formularverträgen sind die Vorgaben des AGB-Rechts und zusätzlich §§ 497, 506 BGB zu beachten. Bei einer Diminishing Musharaka-Finanzierung besteht die Besonderheit darin, dass der AGB-Verwender (hier: die Islam-Bank) den Verzugszins zugunsten des AGB-Gegners (hier: der Kunde) – freilich ersetzt durch andere Gestaltungen (s.u.) – ausschließt. Dies verstößt weder gegen die §§ 309 Nr. 4, 5, 7 und 8, 308 Nr. 1 und 2 BGB, noch gegen § 307 BGB. Auch § 497 BGB (i. V. m. § 506 BGB) steht dem nicht entgegen, da dieser zugunsten des Verbrauchers abdingbar ist (§ 511 Satz 1 BGB).

#### bb) Vertragsstrafversprechen zugunsten Dritter (§ 309 Nr. 6 BGB)

In den vorstehenden Ausführungen wurde dargelegt, dass Islambanken als Sanktion des Zahlungsverzuges regelmäßig anstelle des Verzugszinses eine Vertragsstrafvereinbarung zugunsten einer banknahen (karitativen) Einrichtung vorsehen. Im deutschen AGB-Recht regelt zunächst § 309 Nr. 6 BGB die rechtliche Zulässigkeit solcher Klauseln. § 309 Nr. 5 (Schadenspauschale) und Nr. 12 (Beweislast) BGB sowie § 308 Nr. 7 (Rückabwicklung) BGB gelten hierfür nicht.<sup>181</sup> Durch eine solche Klausel wird ein Vertragsstrafversprechen zugunsten Dritter<sup>182</sup> begründet, da die Bank nicht selbst (unmittelbarer) Destinär der Strafzahlung ist. Ob diese Klauseln nach § 309 Nr. 6 BGB verboten sind, hängt m. E. v.a.<sup>183</sup> davon ab, wie „banknah“ die begünstigte Einrichtung ist, m.a.W. ob die Islambank die Möglichkeit zur Einflussnahme auf die Verwendung der erhaltenen Strafzahlungen hat oder nicht.<sup>184</sup> Bei bestehender Einflussnahmemöglichkeit führt § 309 Nr. 6 BGB zur Unwirksamkeit einer solchen Regelung. Fehlt es an der Einflussnahmemöglichkeit kommt es auf die Abwägung im Einzelfall gemäß § 307 BGB<sup>185</sup> an. Auf § 497 BGB kommt es hier m. E. nicht an.

#### cc) „Verwaltungsgebühr“ als Verzugszinsersatz (§ 309 Nr. 5 BGB)

Als Alternative zur Vertragsstrafe wurde eingangs die bankinterne „Verwaltungsgebühr“ als Instrument einer (schariakonformen) Umgehung des islamischen Zinsverbotes vorgestellt. Eine solche Verwaltungsgebühr stellt eine andere Form der abstrakten Schadensfestlegung im Verzugsfalle dar und ist daher nicht an § 309 Nr. 6 BGB, sondern an § 309 Nr. 5 BGB zu messen.<sup>186</sup> Die Verwaltungsgebühr ist eben nicht primär Druckmittel der Erfüllungssicherung<sup>187</sup>, sondern hat Verzugszinsersatzfunktion, insbesondere wenn dieser zulässigerweise ausgeschlossen wurde (s. o.). Zu § 309 Nr. 12 BGB ist § 309 Nr. 5 BGB *lex specialis*.<sup>188</sup> Anders als die Vertragsstrafe (§ 309 Nr. 6 BGB), sieht der Gesetzgeber die Schadenspauschale nicht generell als unzulässig an, sondern verlangt die Wahrung der Grenzen des § 309 Nr. 5 BGB im Einzelfall. Im Bereich des Verbraucher kreditrechts wird diese Vorschrift nach teilweise vertretener Auffassung<sup>189</sup> jedoch von § 497 BGB (direkt oder analog) verdrängt. Richtigerweise findet jedoch eine doppelte Kontrolle anhand von § 309 Nr. 5 BGB und § 497 BGB (direkt oder analog) statt,<sup>190</sup> da sich der Vorschrift des § 497 BGB kein das AGB-Recht verdrängender Rechtsgedanke entnehmen lässt.

178 § 497 BGB führt insoweit zu einer Doppelkontrolle, nicht zu einer das AGB-Recht ausschließenden Sonderkontrolle. Dazu später.

179 Dazu statt vieler: Wurmnest in: MüKo, Bd. 2, 6. Auflage, 2012, § 307 BGB, Rn. 1 ff. m. w. N.

180 Z. B. BGH NJW 1957, S. 1760 ff.; Lorenz in: BeckOK, § 286 BGB, Rn. 21, Stand: 1. 3. 2013, Edition: 27; Ernst in: MüKo, Bd. 2, 6. Auflage, 2012, § 286 BGB, Rn. 15 m. w. N.

181 Zur Abgrenzung von § 309 Nr. 5 BGB: Becker in: BeckOK, § 309 Nr. 5 BGB, Rn. 6 ff., Stand: 1. 5. 2013, Edition: 27.

182 Hierzu z. B. Lindacher in: Soergel, Bd. 5/3, 13. Auflage, 2009, § 339 BGB, Rn. 6 f. m. w. N.

183 Möglicherweise kann auch die Art des Vertragsstrafversprechens zugunsten Dritter, also ob ein echter oder unechter Vertrag zugunsten Dritter vorliegt (§ 328 Absatz 2 BGB), fruchtbar gemacht werden. Da der Strafeempfänger beim unechten Vertrag zugunsten Dritter keinen eigenen Anspruch auf Zahlung erlangt (Stichwort: nur abgekürzter Zahlungsweg), kann hier stets von einer Anwendbarkeit des § 309 Nr. 6 BGB ausgegangen werden. Freilich erlangt der Versprechensempfänger (hier: die Bank) auch beim echten Vertrag zugunsten Dritter grds. einen Anspruch auf Zahlung an den Dritten (§ 335 BGB).

184 In der Kommentarliteratur wird dem Vertragsstrafversprechen zugunsten Dritter im AGB-Recht keine große Aufmerksamkeit geschenkt: z. B. Coester-Waltjen in: Staudinger, BGB-Neubearbeitung 2006, § 309 Nr. 6 BGB, Rn. 1 ff.

185 § 307 BGB ist jenseits des Anwendungsbereichs des § 309 BGB anwendbar. Dazu: Becker in: BeckOK, § 309 Nr. 6 BGB, Stand: 1. 5. 2013, Edition: 27 m. w. N.

186 Zur Abgrenzung von § 309 Nr. 6 BGB Becker in: BeckOK, § 309 Nr. 5 BGB, Rn. 6 ff., Stand: 1. 5. 2013, Edition: 27.

187 Becker in: BeckOK, § 309 Nr. 5 BGB, Rn. 6 ff. (8), Stand: 1. 5. 2013, Edition: 27.

188 Becker in: BeckOK, § 309 Nr. 5 BGB, Rn. 12, Stand: 1. 5. 2013, Edition: 27 m. w. N.

189 Vgl. Mairose, RNotZ 2012, S. 467 ff. (486).

Unklar: Coester-Waltjen in: Staudinger, BGB-Neubearbeitung 2006, § 309 Nr. 5 BGB, Rn. 8 („Sonderregelungen“).

190 So z. B. Wurmnest in: MüKo, Bd. 2, 6. Auflage, 2012, § 309 Nr. 5 BGB, Rn. 9 m. w. N. in Fn. 32.

Ohne Stellungnahme hierzu: Möller in: BeckOK, § 497 BGB, Rn. 1 ff., Stand: 1. 5. 2013, Edition: 27.

## D) Fazit

Sollte Kuveyt Türk die beantragte Erlaubnis gemäß §§ 32 ff. KWG erhalten, werden in Zukunft wohl noch weitere islamische Banken den Schritt nach Deutschland wagen. Dann müssten früher oder später auch Notare – obwohl hierzu keine Amtspflicht nach § 17 Absatz 3 BeurkG besteht – die Vorgaben der Scharia bei der Gestaltung von Immobilientransaktionen beachten, wenn sie auch streng gläubige Muslime<sup>191</sup> zu ihrem Kundenkreis zählen möchten. Dies könnte dazu führen, dass der Immobilienerwerb durch Grundstückskaufvertrag als Asset-Deal, durch den Immobilienerwerb im GbR-Modell als Share-Deal in diesem Bereich ersetzt wird. Die höchstkomplexen Rechtsfragen, die dies – ge-

rade auch wegen der Einwirkung des Verbraucherkreditrechts – auslöst, konnten vorstehend nur angerissen werden. Denkbar ist aber auch, dass das Scharia-Board von Kuveyt Türk die Murabaha als schariakonform zertifiziert und diese Doppelkaufkonstruktion zukünftig die schariakonforme Immobilienfinanzierung dominiert. Die Entwicklung ist spannend und rechtlich höchst anspruchsvoll.

191 Laut Angaben des Bundesamtes für Verfassungsschutz ca. 4 Millionen. Vgl. <http://de.statista.com/statistik/daten/studie/76744/umfrage/anzahl-der-muslime-in-deutschland-nach-glaubensrichtung/> (letzter Zugriff: 20. 6. 2013).

## Aktuelle Praxisfragen zur Gesellschafterliste

von Notarassessor Dr. Sebastian Blasche, Köln, Lehrbeauftragter an der Universität Osnabrück

### A. Einleitung

Die Änderungen des GmbHG durch das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) sind am 1. November 2008 in Kraft getreten und beschäftigen die Praxis nunmehr schon seit über 5 Jahren. Eine wichtige Neuerung war die Aufwertung der Gesellschafterliste, die zuvor nur ein Schattendasein geführt hatte. Durch die entsprechenden Änderungen in § 16 GmbHG und § 40 GmbHG sollte die Beteiligungstransparenz erhöht, die Rechtssicherheit gesteigert und Geldwäsche verhindert werden;<sup>1</sup> ein begrüßenswertes Ziel. Die Bedeutung dieser Neuregelungen unterstreicht die schon anfangs recht unüberschaubare Zahl an Publikationen zur Gesellschafterliste als solcher sowie zu Einzelfragen, die im Laufe der Zeit noch stark zugenommen hat. Recht früh waren in der wissenschaftlichen Diskussion bereits die unterschiedlichsten offenen Fragen und Anwendungsprobleme im Zusammenhang mit der neugeregelten Gesellschafterliste aufgezeigt worden – eine Prognose, die sich in der Praxis rasch bestätigt hat. Hinzu kommen mittlerweile verschiedenste gerichtliche Entscheidungen, die einige wichtige Probleme geklärt oder zumindest eine gangbare Richtung zu deren Lösung aufgezeigt haben.

Der vorliegende Beitrag verfolgt daher das Ziel, einige der aus Sicht des Verfassers wichtigsten aktuellen Praxisfragen zur Gesellschafterliste<sup>2</sup> vor dem Hintergrund der aktuellen Rechtsprechung schlaglichtartig in den Blickpunkt zu stellen und dabei auf gelöste und unge löste Probleme hinzuweisen. Denknöwendig kann hierbei nicht auf alle in der Literatur behandelten Themen und bis dato ergangenen Entscheidungen im Zusammenhang mit der Gesellschafterliste eingegangen werden. Insoweit sei auf das Spezialschrifttum, insbesondere die größeren Kommentierungen, verwiesen.

### B. Legitimationswirkung der im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste gemäß § 16 Abs. 1 GmbHG

Die Eintragung als Gesellschafter in der im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste dient gemäß § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG als Legitimationsgrundlage des Gesellschafters gegenüber der Gesellschaft. Die Notarbescheinigung gemäß § 40 Abs. 2 S. 2 GmbHG ist dafür richtigerweise durch das OLG Stuttgart nicht für relevant gehalten worden.<sup>3</sup> Auch positive Kenntnis von der materiellen Unrichtigkeit der Liste führt grundsätzlich nicht dazu, dass die Legitimationswirkungen entfallen.<sup>4</sup> So hat das OLG Bremen bestätigt, dass die Gesellschaft nur den in der Gesellschafterliste eingetragenen Gesellschafter als Gesellschafter behandeln darf und es hierbei nicht auf subjektive Momente ankommt, also auch nicht darauf, ob der Gesellschaft die Unrichtigkeit der Liste bekannt ist.<sup>5</sup>

Zur Vermeidung der bei Geschäftsanteilsveräußerungen durch § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG begründeten Probleme etwa bei durch den Erwerber beschlossenen Änderungen in der Geschäftsführung<sup>6</sup> wurde in § 16 Abs. 1 S. 2 GmbHG geregelt, dass eine vom Erwerber in Bezug auf das Gesellschaftsverhältnis vorgenommene Rechtshandlung als von Anfang an wirksam gilt, wenn die Liste unverzüglich nach Vornahme der Rechtshandlung in das Handelsregister aufgenommen wird. Probleme bereiten hier aber die Auslegung des Begriffes

1 BT-Drs. 16/6140, S. 26 und 37.

2 Ausführlich zur Gesellschafterliste nach dem MoMiG *Link*, RNotZ 2009, 193.

3 OLG Stuttgart, NZG 2011, 752, 753.

4 MünchKomm GmbHG/Heidinger, Band 1, 2010, § 16 Rn. 53 ff.; Baumbach/Hueck/Fastrich, 20. Aufl. 2013, § 16 Rn. 12, jeweils mwN auch zu den diskutierten Ausnahmen.

5 OLG Bremen, GmbHR 2012, 687, 689 = RNotZ 2012, 457.

6 BT-Drs. 16/6140, S. 37 f.

der Unverzüglichkeit<sup>7</sup> und die Schwebezeit bis zur Aufnahme der Liste, so dass es sich in der Praxis empfiehlt, nicht auf § 16 Abs. 1 S. 2 GmbHG zu vertrauen, sondern beispielsweise auf eine Bevollmächtigung des Erwerbers durch den Veräußerer zurückzugreifen.<sup>8</sup> In Betracht kommt auch, dass der Veräußerer die Änderungen noch alleine beschließt, insbesondere in der Urkunde, in der die Anteilsübertragung beurkundet wird.<sup>9</sup>

### C. Aufschiebend bedingte Abtretungen

Aufschiebend bedingte Abtretungen von Geschäftsanteilen standen lange Zeit im Fokus der Stellungnahmen aus Wissenschaft und Praxis zu den Neuregelungen des MoMiG zur Gesellschafterliste, insbesondere wegen der Diskussion über die Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs durch einen Zweiterwerber vor Bedingungseintritt. Nach dem viel beachteten Beschluss des BGH vom 20. September 2011<sup>10</sup> ist jedenfalls diese Frage höchststrichterlich geklärt.

#### I. Kein gutgläubiger Erwerb durch einen Zweiterwerber vor Bedingungseintritt

Bis zur vorgenannten Entscheidung des BGH ging eine starke und wohl herrschende Meinung im Schrifttum davon aus, dass ein Zweiterwerber einen aufschiebend bedingt abgetretenen Geschäftsanteil gemäß § 161 Abs. 3 BGB i. V. m. § 16 Abs. 3 GmbHG gutgläubig erwerben kann.<sup>11</sup> Dies hatte zur Folge, dass über Lösungen zur Verhinderung eines solchen gutgläubigen Erwerbs nachgedacht wurde wie etwa das sog. „Zwei-Listen-Modell“, nach dem der eine aufschiebend bedingte Abtretung beurkundende Notar vor Eintritt der aufschiebenden Bedingung berechtigt sein sollte, eine Gesellschafterliste mit einem Hinweis auf die aufschiebend bedingte Abtretung in einer Veränderungsspalte zum Handelsregister einzureichen.<sup>12</sup>

Der BGH verwirft nun in seiner Entscheidung vom 20. September 2011 das „Zwei-Listen-Modell“, da in einer solchen Liste eine Veränderung nur angekündigt werde, die Einreichung einer aktualisierten Gesellschafterliste nach dem Wortlaut des Gesetzes aber erst nach dem Wirksamwerden einer Veränderung möglich sei.<sup>13</sup> Für eine solche Konstruktion bestehe auch kein praktisches Bedürfnis, da ein gutgläubiger Erwerb eines aufschiebend bedingt abgetretenen Geschäftsanteil gemäß § 161 Abs. 3 BGB i. V. m. § 16 Abs. 3 GmbHG nicht möglich sei.<sup>14</sup>

Mit diesem Beschluss des BGH sind die Unsicherheiten bezüglich der Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs durch einen Zweiterwerber bei aufschiebend bedingter Abtretung ausgeräumt. Die Entscheidung des BGH ist auch deshalb zu begrüßen, weil sie Folgeprobleme bei der Zulassung eines solchen gutgläubigen Erwerbs vermeidet und praxisgerechte Ergebnisse liefert. Angemerkt sei auch, dass auf Grundlage dieser Rechtsprechung bei Treuhandverhältnissen abredewidrige Verfügungen des Treuhänders über die von ihm gehaltenen Geschäftsanteile auch nach neuer Rechtslage<sup>15</sup> dadurch vermieden werden können, dass in der Treu-

handvereinbarung – wie häufig – eine aufschiebend bedingte Rückabtretung der Geschäftsanteile für den Fall der Beendigung des Treuhandverhältnisses vereinbart wird.<sup>16</sup>

#### II. Zeitpunkt der Einreichung der aktualisierten Gesellschafterliste

Hinzuweisen bleibt auch darauf, dass der BGH in seiner Entscheidung vom 20. September 2011 die allgemeine Auffassung<sup>17</sup> bestätigt hat, dass die Verpflichtung des Notars zur Einreichung einer aktualisierten Gesellschafterliste erst mit dem Bedingungseintritt als dem Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Veränderung einsetzt.<sup>18</sup>

Wichtig ist deshalb bekanntermaßen, dass der Notar durch Aufnahme entsprechender Regelungen in der Urkunde sicherstellt, dass ihm der Eintritt der aufschiebenden Bedingung von den Beteiligten mitgeteilt und angemessen nachgewiesen wird.<sup>19</sup> Hat der Notar auf Grundlage dieser Mitteilung und/oder der übersandten Nachweise Zweifel, ob die von ihm beurkundete Veränderung wirksam geworden ist, darf er, wie das OLG München zutreffend entschieden hat, die Liste erst nach Beseitigung seiner Zweifel zum Handelsregister einreichen<sup>20</sup> und muss daher die Beteiligten um Ergänzung bitten.

Angemerkt sei noch, dass die Rechtslage bei auflösenden Bedingungen anders ist. Die Einreichung einer aktualisierten Gesellschafterliste hat durch den Notar gemäß § 40 Abs. 2 S. 1 GmbHG ausdrücklich ohne Rücksicht auf etwaige später eintretende Unwirksamkeitsgründe zu erfolgen. Ist also die beurkundete Abtretung wirksam, aber unter einer auflösenden Bedingung vereinbart, hat der Notar unverzüglich eine aktualisierte Gesellschafterliste einzureichen. Tritt dann später tatsächlich die auflösende Bedingung ein, ist nicht der Notar, sondern allein die Geschäftsführung zur Listen-

7 Nach LG München I, GmbHR 2010, 151, 152, sind die in der Schwebezeit vorgenommenen Handlungen endgültig unwirksam, wenn die Aufnahme der Liste nicht unverzüglich erfolgt.

8 Ausführlich hierzu etwa *Fastrich*, a.a.O. (Fn. 4), § 16 Rn. 21 mwN.

9 Siehe hierzu OLG Zweibrücken, GmbHR 2012, 689 = RNotZ 2012, 292.

10 BGH, NZG 2011, 1268 = RNotZ 2012, 139 (nur LS).

11 U.a. *Frenzel*, NotBZ 2011, 264, 265; *Hellfeld*, NJW 2010, 411, 412; *Festschrift für von Westphalen/Maier-Reimer*, 2010, S. 489 ff.

12 U.a. *Wicke*, DNotZ 2009, 871, 874; *Herrler*, ZIP 2011, 615, 616 f.; *König/Bormann*, ZIP 2009, 1913, 1914 f.

13 BGH, NZG 2011, 1268, 1269, Rz. 11 f.

14 BGH, NZG 2011, 1268, 1269, Rz. 14 ff.

15 Siehe zur Problematik bei Treuhandverhältnissen noch auf Grundlage der Unsicherheiten vor der Entscheidung des BGH vom 20. September 2011 *Notarhandbuch Gesellschafts- und Unternehmensrecht/Piehl*, 2011, § 18 Rn. 206 ff.

16 Zu solchen Vereinbarungen siehe etwa den Formulierungsvorschlag bei *Fuhrmann/Wälzholz/Wälzholz*, Formularbuch Gesellschaftsrecht, 2012, Kap. 12 Muster M 12.16, S. 1238.

17 U.a. *Wicke*, 2. Aufl. 2011, § 40 Rn. 15; *Kort*, GmbHR 2009, 169, 172.

18 BGH, NZG 2011, 1268, 1269, Rz. 11. Zuvor bereits OLG München, NZG 2009, 1192, 1193. Gegen eine entsprechende Verpflichtung des Notars OLG Brandenburg, GmbHR 2013, 309, 310 m. Anm. *Peetz*.

19 Hierzu etwa *Kölner Handbuch Gesellschaftsrecht/Herrmanns*, 2011, 2. Kapitel Rn. 1036 f.; *Link*, RNotZ 2009, 193, 201 ff.

20 OLG München, NZG 2009, 1192, 1193.



korrektur verpflichtet wie das OLG Frankfurt a. M. bestätigt hat.<sup>21</sup>

#### D. Angaben zu Belastungen und Verfügungsbeschränkungen

Eine andere im Zusammenhang mit der Gesellschafterliste eingehend geführte Diskussion wurde und wird um die Frage der freiwilligen Aufnahme von Angaben zu Belastungen des Geschäftsanteils und Verfügungsbeschränkungen des Gesellschafters geführt.<sup>22</sup> Auch hierzu hat der BGH in seinem Beschluss vom 20. September 2011 Stellung genommen. So heißt es dort, es stehe nicht im Belieben der Beteiligten, den Inhalt der von ihnen eingereichten Gesellschafterliste abweichend von den gesetzlichen Vorgaben um weitere, ihnen sinnvoll erscheinende Bestandteile zu ergänzen.<sup>23</sup> Dem stehe der auch insoweit geltende Grundsatz der Registerklarheit entgegen. Die Gesellschafterliste begründe auch keinen Vertrauenstatbestand für die Freiheit des Geschäftsanteils von Belastungen oder dafür, dass der Gesellschafter in seiner Verfügungsmacht über den Geschäftsanteil nicht durch den Gesellschaftsvertrag beschränkt sei.<sup>24</sup> § 16 Abs. 3 GmbHG ermögliche keinen gutgläubigen lastenfreien Erwerb von Geschäftsanteilen und auch eine Vinkulierung nach § 15 Abs. 5 GmbHG könne nicht mit Hilfe der Gesellschafterliste, aus der diese Verfügungsbeschränkung nicht ersichtlich sei, überwunden werden.<sup>25</sup>

Diese Ausführungen des BGH wird man so zu verstehen haben, dass Belastungen nicht eintragungspflichtig (unstrittig), darüber hinaus aber auch nicht eintragungsfähig sind. Gleiches dürfte für Verfügungsbeschränkungen gelten. Demgemäß hat in der Folge das OLG München anknüpfend an den vom BGH auch im Zusammenhang mit der Gesellschafterliste bemühten Grundsatz der Registerklarheit und mit Blick auf die parallele Diskussion zu Kommanditanteilen die Eintragung eines Testamentsvollstreckervermerks in die Gesellschafterliste abgelehnt.<sup>26</sup>

Überraschenderweise hat der BGH anschließend aber in einer Entscheidung vom 14. Februar 2012 bei einem Kommanditeil die Eintragung eines Testamentsvollstreckervermerks in das Handelsregister jedenfalls für die Dauertestamentsvollstreckung (§ 2209 BGB) zugelassen, da ein schutzwürdiges Bedürfnis des Rechtsverkehrs bestehe, durch das Handelsregister über die angeordnete Dauertestamentsvollstreckung informiert zu werden.<sup>27</sup> Ob diese Entscheidung nach dem BGH nun auch Konsequenzen für die Zulässigkeit der Eintragung eines Testamentsvollstreckervermerks – oder gar anderer Verfügungsbeschränkungen – in die Gesellschafterliste haben soll, bleibt unklar. Zwar ist ebenfalls ein Bedürfnis des Rechtsverkehrs, über die Testamentsvollstreckung bei GmbH-Geschäftsanteilen informiert zu werden, gegeben, doch sei vor voreiligen Rückschlüssen aus der Entscheidung des BGH vom 14. Februar 2012 gewarnt. Der BGH lehnt in seinem Beschluss vom 20. September 2011 die Eintragung eines Testamentsvollstreckervermerks in die Gesellschafterliste zwar nicht ausdrücklich ab, doch dürfte

sich dies als notwendige Konsequenz aus seinen übrigen Ausführungen ergeben. Zweifel an der Übertragbarkeit der Ergebnisse der Entscheidung vom 14. Februar 2012 auf die GmbH ergeben sich auch daraus, dass der BGH in ihr aus personengesellschaftlicher Perspektive argumentiert.<sup>28</sup>

#### E. Zulässigkeit einer Umnummerierung der Geschäftsanteile und einer Veränderungsspalte

In einem Beschluss vom 1. März 2011<sup>29</sup> befasste sich der BGH mit einem Fall, in dem 12 Geschäftsanteile übertragen worden waren und diese Übertragung zum Anlass für eine Neummerierung der Geschäftsanteile genommen wurde. Dementsprechend waren in der aktualisierten Gesellschafterliste die ursprünglichen laufenden Nummern 1 bis 12 zwar noch enthalten, aber durchgestrichen. Unter den laufenden Nummern 13 bis 24 folgte dann jeweils der Name des neuen Gesellschafters mit den fortgeschriebenen Angaben zu den zwölf erworbenen Geschäftsanteilen einschließlich der Angabe der bisherigen Nummern.<sup>30</sup>

Dieses Vorgehen hält der BGH für zulässig. Er argumentiert, dass aus der Notwendigkeit von Brüchen in der Gliederungskontinuität bei manchen Vorgängen wie der Teilung oder Zusammenlegung von Geschäftsanteilen nicht die Notwendigkeit abgeleitet werden könne, in allen übrigen Abtretungsfällen die Stetigkeit der Nummerierung zu fordern. Es dürfe aber auch bei einer Umnummerierung die Transparenz der Beteiligungsverhältnisse nicht darunter leiden und jeder Geschäftsanteil müsse durch die Angabe der bisherigen Nummerierung zweifelsfrei zu identifizieren bleiben.<sup>31</sup> Reine Zweckmäßigkeitserwägungen würden zwar regelmäßig für eine Beibehaltung der Nummerierung sprechen, die Rechtsgültigkeit der eingereichten Liste jedoch nicht berühren.

Die Ausführungen des BGH verdienen Zustimmung, da sie dem Notar zwar eine größere Gestaltungsfreiheit zubilligen, gleichzeitig aber deutlich die Notwendigkeit der Transparenz der Beteiligungsverhältnisse sowie der zweifelsfreien Identifizierbarkeit der Geschäftsanteile unterstreichen und der BGH festhält, dass eine Neun-

21 OLG Frankfurt a. M., GmbHR 2011, 198, 200.

22 Siehe etwa Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, 20. Aufl. 2013, § 40 Rn. 15 ff. mwN.

23 BGH, NZG 2011, 1268, 1269, Rz. 10.

24 BGH, NZG 2011, 1268, 1269, Rz. 18.

25 BGH, NZG 2011, 1268, 1269, Rz. 19.

26 OLG München, NZG 2012, 391, 391 f.

27 BGH, GmbHR 2012, 510, 511 f., Rz. 15 ff. m. Anm. Werner = RNotZ 2012, 301 (nur LS). Für die Eintragungsfähigkeit des Nießbrauchs an einem Kommanditeil OLG Stuttgart, NZG 2013, 432, 432 f. mwN, das diese Auffassung durch die vorgenannte Entscheidung des BGH bestätigt sieht.

28 Siehe BGH, GmbHR 2012, 510, 511, Rz. 17 ff.

29 BGH, NZG 2011, 516 = RNotZ 2011, 381 (nur LS).

30 Die aktualisierte Liste enthielt dabei eine Spalte „Lfd. Nr. der Geschäftsanteile“, „Bisherige lfd. Nr. der Geschäftsanteile“ und auch eine Spalte, die mit „Veränderungen“ überschrieben war (siehe den Sachverhalt bei BGH, NZG 2011, 516).

31 BGH, NZG 2011, 516, 517, Rz. 13.

ummerierung regelmäßig nicht zweckmäßig, aber eben auch nicht unzulässig ist. Diese Entscheidung hat der BGH in dem Beschluss vom 20. September 2011 nicht nur bestätigt,<sup>32</sup> sondern auch gegen die unzulässige Erweiterung des Inhalts der Gesellschafterliste um weitere Angaben aus Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten (siehe unter D) abgegrenzt. So sei von der unzulässigen Angabe einer aufschiebenden Bedingung der Fall zu unterscheiden, dass eine in die Gesellschafterliste aufzunehmende Veränderung i. S. v. § 40 Abs. 1 GmbHG bereits eingetreten sei, das Gesetz aber keine zwingende Vorgabe mache, wie diese Veränderung in der Gesellschafterliste darzustellen sei.<sup>33</sup> Aus den beiden vorgenannten Entscheidungen folgt auch die Zulässigkeit einer Veränderungsspalte.<sup>34</sup>

## F. Kettenabtretung

Gemäß § 40 GmbHG muss jede Veränderung Eingang in eine aktualisierte Gesellschafterliste finden. Dies gilt auch dann, wenn die Veränderung wie im Falle von Kettenabtretungen nur für eine juristische Sekunde aktuell und damit die Gesellschafterliste bei Einreichung schon überholt ist. Es bedarf dann nach dem LG München I richtigerweise der Einreichung einer Liste für jede Veränderung.<sup>35</sup> Um Verwirrung zu vermeiden, sollte in solchen Fällen die Reihenfolge des Wirksamwerdens der Veränderungen in den Gesellschafterlisten verdeutlicht werden.<sup>36</sup>

Von der Kettenabtretung zu unterscheiden ist die gleichzeitige Abtretung unterschiedlicher Geschäftsanteile. Diese Veränderungen können ohne Weiteres in einer Liste zusammengefasst werden, da hier alle Veränderung problemlos in einer Gesellschafterliste dargestellt werden können.<sup>37</sup> Anders ist dies freilich dann, wenn die Abtretungen zu unterschiedlichen Zeitpunkten wirksam werden.<sup>38</sup>

## G. Teilung von Geschäftsanteilen

Bei der Teilung von Geschäftsanteilen ist ein Bruch in der Gliederungskontinuität unvermeidlich.<sup>39</sup> Hierbei sind verschiedene Lösungsmöglichkeiten denkbar, sofern der gesetzlich vorgegebene Begriff der „laufenden Nummern“ erfüllt bleibt.<sup>40</sup> Möglich ist also in jedem Fall die Vergabe von Abschnittsnummern wie 1.1 und 1.2<sup>41</sup> als auch die Vergabe der nächsten freien Nummern jeweils bei gleichzeitiger Durchstreichung des bisherigen Geschäftsanteils.<sup>42</sup> Aufgrund des Erfordernisses der „laufenden Nummern“ sollte eine dieser Varianten den Vorzug vor der Kombination von Nummern mit Buchstaben wie 1.a und 1.b erhalten.<sup>43</sup>

Erfolgt im Anschluss an die Teilung eine Abtretung des Geschäftsanteils ist zunächst eine Gesellschafterliste für die Teilung und anschließend eine Gesellschafterliste für die Abtretung zu erstellen und einzureichen, da davon auszugehen ist, dass zunächst die Teilung wirksam wird und erst (frühestens) eine juristische Sekunde später die Abtretung.<sup>44</sup>

## H. Mittelbare Mitwirkung

Mittlerweile gibt es auch erste Entscheidungen zu der intensiv diskutierten Zuständigkeitsproblematik bei sog. mittelbarer Mitwirkung eines Notars an Veränderungen gemäß § 40 Abs. 1 S. 1 GmbHG. So hat das OLG Hamm bei einer Umwandlung die Pflicht des Notars für die Einreichung der Gesellschafterliste bejaht, da der Notar im konkreten Fall Kenntnis von der Beteiligung des umgewandelten Rechtsträgers an einer GmbH hatte.<sup>45</sup> Bezüglich der Beurkundung einer Firmenänderung bei einer GmbH, die wiederum eine Beteiligung an einer anderen GmbH hielt, hat das OLG Hamm in einer anderen Entscheidung ausgeführt, dass viel dafür spreche, dass die Veränderung des Gesellschafterbestands finaler Gegenstand der notariellen Tätigkeit sein müsse und nicht nur deren Folge, eine Einreichungspflicht des Notars im zu entscheidenden Fall aber schon deswegen verneint, weil der Notar keine Kenntnis von der Beteiligung an der anderen GmbH hatte.<sup>46</sup>

Mit diesen Entscheidungen ist die Diskussion über die Problematik der mittelbaren Mitwirkung nicht abgeschlossen.<sup>47</sup> Insbesondere ist, wie schon verschiedentlich zutreffend angemerkt,<sup>48</sup> festzuhalten, dass das Kriterium der Kenntnis des Notars von der Beteiligung kein leicht feststellbares, für die beteiligten Rechtskreise gut handhabbares Tatbestandsmerkmal ist. Es empfiehlt sich vor dem Hintergrund der bisher zu dieser Frage ergangenen Rechtsprechung aber dennoch für die Praxis in solchen Urkunden, bei denen eine Zuständigkeit des Notars für die Einreichung der Gesellschafterliste aufgrund mittelbarer Mitwirkung in Betracht kommt, eine Erklärung der Beteiligten dazu aufzunehmen, ob die

32 BGH, NZG 2011, 1268, 1269, Rz. 10.

33 BGH, NZG 2011, 1268, 1269, Rz. 10.

34 Dies ergibt sich aus den Ausführungen des BGH in den Entscheidungen NZG 2011, 516 und NZG 2011, 1268, 1269, Rz. 10. Zur Zulässigkeit einer Veränderungsspalte auch OLG Jena, NZG 2010, 591, 592 = RNotZ 2010, 347.

35 LG München I, GmbHR 2010, 151, 152 m. Anm. Wachter; DNotl-Report 2011, 25, 26.

36 Siehe hierzu LG München I, GmbHR 2010, 151, 152 m. Anm. Wachter.

37 DNotl-Report 2011, 25, 26; Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2011/Wicke, 2012, S. 145, 157.

38 DNotl-Report 2011, 25, 26.

39 BGH, NZG 2011, 516, 517, Rz. 13.

40 Dies folgt aus BGH, NZG 2011, 516, 517, Rz. 13.

41 Zur Zulässigkeit dieses Vorgehens OLG Jena, NZG 2010, 591, 592 = RNotZ 2010, 347.

42 Hierzu mit Muster etwa Das MoMiG in der notariellen Praxis/Heck-schen, 2009, Rn. 471, mit Veränderungsspalte, aber ohne Durchstreichung der bisherigen Nummer. Auf die Durchstreichung zu verzichten, dürfte sich hingegen nicht empfehlen, da dies jedenfalls missverständlich ist. So waren auch in dem Beschluss des BGH zur Neunummerierung von Geschäftsanteilen (NZG 2011, 516) alle alten Geschäftsanteile durchgestrichen.

43 Siehe Mayer, ZNotP 2009, 1037, 1042.

44 OLG Köln, RNotZ 2013, 556, 558 ff. Es besteht also eine vergleichbare Situation wie bei der Kettenabtretung. Siehe hierzu die Nachweise unter F. AA offenbar OLG Jena, NZG 2010, 591, 592 = RNotZ 2010, 347.

45 OLG Hamm, GmbHR 2010, 205 m. Anm. Wachter.

46 OLG Hamm, NZG 2001, 1395, 1396 = RNotZ 2012, 132, 133.

47 Ausführlich zu diesem Problemkreis etwa MünchKomm GmbHG/Heidinger, Band 2, 2010, § 40 Rn. 142 ff. mwN.

48 U.a. Herrmanns, a.a.O. (Fn. 19), 2. Kapitel Rn. 1034; Michalski/Terlau, Band 2, 2. Aufl. 2010, § 40 Rn. 26.

betroffene Gesellschaft über Beteiligungen an anderen GmbHs verfügt.<sup>49</sup>

Festzuhalten bleibt in diesem Zusammenhang noch, dass die verbreitet empfohlene und praktizierte Unterzeichnung der Gesellschafterliste durch den Notar und die Geschäftsführung bei Zweifelsfällen bezüglich der Zuständigkeit mittlerweile durch das OLG Hamm in einer anderen Entscheidung bestätigt worden ist.<sup>50</sup> Bis zu einer höchstrichterlichen Entscheidung zum Problem der mittelbaren Mitwirkung sollte daher auch weiterhin so verfahren werden.

## I. Mitwirkung mehrerer Notare

Ebenfalls eingehend diskutiert wird die Zuständigkeit für die Erstellung und Einreichung einer aktualisierten Gesellschafterliste bei der Mitwirkung mehrerer Notare wie etwa bei Beurkundung des Angebots zur Geschäftsanteilsübertragung bei einem und Beurkundung der Annahme bei einem anderen Notar.<sup>51</sup> Hierzu wird vertreten, dass immer der Notar zuständig sei, der die Annahme beurkunde.<sup>52</sup> Andere wiederum wollen vorrangig den Vollzugsauftrag heranziehen und halten nur, wenn dieser fehlt den Notar für zuständig, dessen Amtshandlung den letzten für die Wirksamkeit der Übertragung maßgeblichen Akt betroffen hat.<sup>53</sup> Außerdem wird unter Bezugnahme auf die Regierungsbegründung<sup>54</sup> auch angenommen, dass der Notar zuständig sei, der am ehesten in der Lage sei gelegentlich seiner Urkundstätigkeit die Änderung gleich mitzuerledigen, was regelmäßig der die Annahme beurkundende Notar sei.<sup>55</sup> Schließlich trifft man auch auf die Auffassung, dass beide Notare zur Einreichung einer neuen Gesellschafterliste verpflichtet seien, wenn die Veränderung ausnahmsweise nicht nur dem Vollzugsnotar, sondern beiden Notaren mitgeteilt und nachgewiesen werde.<sup>56</sup>

Mittlerweile hat sich das OLG München dahingehend geäußert, dass auch der Notar, der das Angebot beurkundet habe, eine aktualisierte Gesellschafterliste einreichen könne.<sup>57</sup> Er könne ebenfalls das Wirksamwerden der Veränderung feststellen, auch wenn er hierzu Umstände außerhalb seiner Urkunde prüfen müsse. Dass er das nicht dürfe, sei dem Gesetz nicht zu entnehmen. Hinzu komme, dass je nach Fallkonstellation der Notar, der das Angebot beurkundet habe und Abschriften aller Annahmen erhalte, den besseren Überblick über die Reihenfolge der eingetretenen Veränderungen habe. Diese Entscheidung ist zu begrüßen, da sie mehr Flexibilität für die Praxis bietet.

## J. Maßgebliche Gesellschafterliste für die Anknüpfung der neuen Gesellschafterliste/Korrektur von Altlisten

Bezüglich der Anknüpfung der neuen Gesellschafterliste geht zwar der Wortlaut des § 40 Abs. 2 S. 2 GmbHG von einer Anknüpfung an den Inhalt der zuletzt im Handelsregister aufgenommenen Liste aus, hierzu hat jedoch das OLG München entschieden, dass dies dann nicht gelte, wenn die zuletzt in den Registerordner auf-

genommene Liste zeitlich gesehen nicht die aktuellste sei.<sup>58</sup> Diese Entscheidung hat bereits *Mödl* zu Recht kritisch kommentiert.<sup>59</sup>

Bezüglich der maßgeblichen Anknüpfungsliste hat das OLG München in einer anderen Entscheidung richtigerweise klargestellt, dass die Bescheinigung gemäß § 40 Abs. 2 S. 2 GmbHG auch dann zu erteilen ist, wenn die alte Liste vor dem Inkrafttreten des MoMiG erstellt und eingereicht wurde,<sup>60</sup> also auch eine „Altliste“ taugliche Anknüpfungsliste ist.

In diesem Zusammenhang bestätigt das OLG München die allgemeine Auffassung,<sup>61</sup> dass den Notar keine Prüfpflicht trifft, ob die Gesellschafterliste inhaltlich zutreffend ist und er insbesondere die vorgefundene Liste nicht inhaltlich auf ihre rechtliche Wirksamkeit hin zu überprüfen hat.<sup>62</sup> Dies ändert freilich nichts daran, dass der Notar, wenn er Anhaltspunkte für die Unrichtigkeit der vorgefundene Liste hat, dies vorab mit den Klienten thematisieren und auf die Einreichung einer korrigierten Liste durch die (aktuellen)<sup>63</sup> Geschäftsführer (nachdem diese Rücksprache mit den Gesellschaftern gehalten und diese der Korrektur zugestimmt haben)<sup>64</sup> vor Beurkundung hinwirken sollte.<sup>65</sup> Demgegenüber besteht eine alleinige Korrekturzuständigkeit des Notars, wenn die Erstellung der Liste in seine Zuständigkeit fiel.<sup>66</sup> Diese kommt also nur für Veränderungen in Betracht, an denen der Notar ab dem Inkrafttreten des MoMiG (1. November 2008) mitgewirkt hat<sup>67</sup> sowie richtigerweise auch für solche Veränderungen, an denen er zwar vor diesem Zeitpunkt mitgewirkt hat, die aber erst nach Inkrafttreten des MoMiG wirksam geworden sind.<sup>68</sup>

49 *Link*, RNotZ 2009, 193, 197.

50 OLG Hamm, NZG 2010, 475.

51 Zu weiteren Fällen wie u. a. auch der bloßen Beglaubigung durch einen weiteren Notar *Heidinger*, a. a. O. (Fn. 47), § 40 Rn. 134 ff. mwN. Hierzu ist festzuhalten, dass nach dem OLG Hamm (GmbHR 2010, 205 m. Anm. *Wachter*) und der herrschenden Meinung jedenfalls bei einer Beglaubigung ohne Entwurf keine Mitwirkung des Notars i. S. d. § 40 Abs. 2 S. 1 GmbHG vorliegt, so dass zumindest für diesen Fall eine Mitwirkung mehrerer Notare i. S. d. § 40 Abs. 2 S. 1 GmbHG ausscheidet.

52 *Heidinger*, a. a. O. (Fn. 47), § 40 Rn. 134; *Notarhandbuch Gesellschafts- und Unternehmensrecht/Leitzen*, 2011, § 13 Rn. 698; *Ries*, GWR 2011, 54.

53 *Krafka/Willer/Kühn/Krafka/Kühn*, Registerrecht, 8. Aufl. 2010, Rn. 1103; *Wicke*, a. a. O. (Fn. 17), § 40 Rn. 14; *Lutter/Hommelhoff/Bayer*, 18. Aufl. 2012, § 15 Rn. 26;

54 BT-Drs. 16/6140, S. 44.

55 *Hasselmann*, NZG 2009, 449, 455.

56 *Wachter*, ZNotP 2008, 378, 388.

57 OLG München, BeckRS 2012, 22006 = RNotZ 2013, 56 (nur LS).

58 OLG München, NZG 2012 588, 589 = RNotZ 2012, 344, 345 m. Anm. *Mödl*.

59 *Mödl*, RNotZ 2012, 345 ff.

60 OLG München, NZG 2009, 797, 798.

61 U. a. *Mayer*, DNotZ 2008, 403, 411; *Schneider*, GmbHR 2009, 393, 396; *Katschinski/Rawert*, ZIP 2008, 1993, 2002.

62 OLG München, NZG 2009, 797, 798.

63 Siehe unter L.

64 Siehe unter L.

65 DNotI-Report 2010, 53, 55; *Leitzen*, a. a. O. (Fn. 52), § 13 Rn. 702; *Link*, RNotZ 2009, 193, 205 f. Siehe u. a. zur Korrektur fehlerhafter vorangehender Gesellschafterlisten und zu der Vorgehensweise, wenn der Notar nach Beurkundung an der Richtigkeit der Anknüpfungsliste zweifelt DNotI-Report 2010, 53 ff.

66 *Leitzen*, a. a. O. (Fn. 52), § 13 Rn. 692.

67 KG, NZG 2012, 587, 588.

68 Siehe hierzu *Heidinger*, a. a. O. (Fn. 47), § 40 Rn. 160 mwN.



## K. Inhalt der Notarbescheinigung

§ 40 Abs. 2 S. 2 GmbHG verlangt eine Notarbescheinigung dahingehend, dass die geänderten Eintragungen den Veränderungen entsprechen, an denen der Notar mitgewirkt hat, und die übrigen Eintragungen mit dem Inhalt der zuletzt im Handelsregister aufgenommenen Liste übereinstimmen. Das OLG Stuttgart hat hierzu klargestellt, dass die Notarbescheinigung dem Gesetzestext nicht wortgenau, aber ihrem Sinngehalt nach entsprechen müsse.<sup>69</sup> Es müsse dem Notar zugestanden werden, Auslegungszweifel in Bezug auf den Inhalt seiner Bescheinigung zu vermeiden und eine entsprechende Einschränkung aufzunehmen, ohne die von § 40 Abs. 2 S. 2 GmbHG verlangte Bescheinigung in ihrem Sinngehalt irgendwie zu verändern.<sup>70</sup> Diese Klarstellung ist für die Praxis zu begrüßen. Insbesondere kann also in der Notarbescheinigung eine entsprechende Klarstellung erfolgen, wenn in einer notariellen Urkunde verschiedene Veränderungen beurkundet worden sind, von denen einige aber noch nicht wirksam geworden sind.<sup>71</sup>

## L. Einreichung durch die Geschäftsführer

Auch zur Einreichung der Gesellschafterliste durch die Geschäftsführer sind bereits einige Entscheidungen ergangen. So hat das OLG Jena entschieden, dass die Gesellschafterliste durch Geschäftsführer in vertretungsberechtigter Zahl zu unterschreiben ist, aber eine Unterzeichnung im Wege unechter Gesamtvertretung nicht ausreicht.<sup>72</sup>

Zwei weitere jüngere Entscheidungen sind für die Korrektur von falschen Gesellschafterlisten durch die Geschäftsführung von Bedeutung, entsprechen aber jeweils der gängigen Praxis. Das OLG München hat ausgeführt, dass die Geschäftsführer befugt sind, für eine Berichtigung technischer Defizite sowie eine inhaltliche Korrektur der Gesellschafterliste zu sorgen, allerdings nur, wenn diese mit Billigung der Gesellschafter erfolgt.<sup>73</sup> Die Korrektur hat dabei, wie das KG klargestellt hat, durch die aktuellen Geschäftsführer zu erfolgen, da die früheren Geschäftsführer nach Beendigung ihres Amtes nicht mehr für die Einreichung zuständig sind, auch wenn die Versäumnisse in ihrer Amtszeit liegen.<sup>74</sup>

## M. Prüfungskompetenzen des Registergerichts/ Einreichung der Gesellschafterliste durch einen ausländischen Notar

Der BGH hat entsprechend der Regierungsbegründung<sup>75</sup> in seinem Beschluss vom 20. September 2011 entschieden, dass das Handelsregister nur „Verwahrstelle“ ist.<sup>76</sup> Gleichzeitig hat der BGH aber auch dargelegt, dass das Registergericht die eingereichte Liste jedenfalls darauf prüfen darf, ob sie den Anforderungen des § 40 Abs. 1 S. 1 GmbHG entspricht.<sup>77</sup> Inwieweit das Registergericht neben dieser formalen Prüfung die Gesellschafterliste auch materiell prüfen darf,<sup>78</sup> ist der Entscheidung des BGH hingegen nicht zu entnehmen. Richtigerweise ist davon auszugehen, dass dann, wenn

die Gesellschafterliste weder einen formalen noch einen offensichtlichen inhaltlichen Mangel hat, das Registergericht die Gesellschafterliste nicht bemängeln darf, weil es seine eigene Auffassung nicht an die Stelle der Auffassung des Notars als unabhängiger Träger eines öffentlichen Amtes setzen darf.<sup>79</sup>

Angemerkt sei auch, dass das OLG München in einem Beschluss vom 6. Februar 2013<sup>80</sup> das Registergericht – anders als das OLG Düsseldorf in einer Entscheidung vom 2. März 2011<sup>81</sup> – im Zusammenhang mit einer Auslandsbeurkundung für berechtigt hält, die Aufnahme der von einem Baseler Notar erstellten und unterzeichneten Gesellschafterliste in den Registerordner abzulehnen. Gegen diesen Beschluss wurde unter dem Aktenzeichen II ZB 6/13 Rechtsbeschwerde zum BGH eingelegt, über die der BGH zum Zeitpunkt der Drucklegung dieses Beitrags noch nicht entschieden hatte. Zu dieser Problematik sei auf einen aktuellen Beitrag von Herrler<sup>82</sup> verwiesen.

## N. Fazit

Nach rund fünf Jahren MoMiG sind bereits einige wichtige Fragen im Zusammenhang mit der aufgewerteten Gesellschafterliste geklärt, bei weitem aber nicht alle. Es hat sich gezeigt, dass die Rechtsprechung in diesem Bereich durchaus für Überraschungen sorgen kann, wie etwa der BGH in seinem Beschluss vom 20. September 2011, in dem er entgegen der wohl herrschenden Meinung in der Literatur die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs eines aufschiebend bedingt abgetretenen Geschäftsanteils durch einen Zweiterwerber vor Bedingungseintritt verneinte. Es gilt daher auch zukünftig gespannt die Entwicklung der Rechtsprechung zur Gesellschafterliste zu verfolgen.

69 OLG Stuttgart, NZG 2011, 752. Zur Zulässigkeit einer eingeschränkten Notarbescheinigung siehe DNotI-Report 2010, 53, 57.

70 OLG Stuttgart, NZG 2011, 752, 753.

71 In dem vom OLG Stuttgart entschiedenen Fall (NZG 2011, 752) hatte der Notar bescheinigt: „Die vorstehende Gesellschafterliste enthält mit Ausnahme der bislang nicht im Handelsregister vollzogenen Beschlüsse in Abschnitt B I meiner Urkunde vom 29. 7. 2010, UR Nr. . ., die Veränderungen, die sich auf Grund meiner vorgenannten Urkunde nach Vollzug der dort in Abschnitt B II beschlossenen Kapitalerhöhung im Handelsregister ergeben und stimmt ansonsten mit der zuletzt im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste vom 20. 12. 2004 überein.“

72 OLG Jena, NZG 2011, 909, 910.

73 OLG München, NZG 2012, 349, 350 = RNotZ 2012, 181, 182.

74 KG, NZG 2012, 587, 588.

75 Hiernach ist das Handelsregister nicht prüfende, sondern nur verwahrende und eine die allgemeine Kenntnisnahme ermöglichende Stelle (BT-Drs. 16/6140, S. 38).

76 BGH, NZG 2011, 1268, 1269, Rz. 10.

77 BGH, NZG 2011, 1268, 1269, Rz. 10.

78 Siehe hierzu etwa Heidinger, a.a.O. (Fn. 47), § 40 Rn. 234 mwN aus Rechtsprechung und Literatur.

79 Blasche, EWIR 2009, 713, 714; Wachter, GmbHR 2009, 785, 793.

80 OLG München, GmbHR 2013, 269 = RNotZ 2013, 450.

81 OLG Düsseldorf, NJW 2011, 1370 = RNotZ 2011, 254.

82 Herrler, GmbHR 2013, 617.

## Rechtsprechung

### 1. Liegenschaftsrecht – Zum grundbuchlichen Nachweis des Erlöschens eines doppelt bedingten vormerkungsgesicherten Anspruchs

(OLG München, Beschluss vom 24. 9. 2013 – 34 Wx 205/13, mitgeteilt von RichterIn am Oberlandesgericht Edith Paintner)

**BGB § 158**

**GBO § 29**

#### 1. Das nachträgliche Erlöschen eines vormerkungsgesicherten Anspruchs führt zur Unrichtigkeit des Grundbuches, deren Berichtigung über § 22 Abs. 1 GBO verlangt werden kann.

(RNotZ-Leitsatz)

#### 2. An den Nachweis der Grundbuchunrichtigkeit sind strenge Anforderungen zu stellen (hier: Nachweis des Erlöschens eines doppelt bedingten Anspruchs, der vormerkungsgesichert ist).

(amtlicher Leitsatz)

#### Zur Einordnung:

Bei Unrichtigkeit des Grundbuches erfolgt eine Grundbuchberichtigung, dem formellen Konsensprinzip folgend, grundsätzlich nur aufgrund eines entsprechenden Antrags (§ 13 GBO) und einer Berichtigungsbewilligung (§ 19 GBO). § 22 Abs. 1 GBO lässt hingegen ausnahmsweise eine Grundbuchberichtigung ohne Berichtigungsbewilligung des Berechtigten zu, wenn die Unrichtigkeit des Grundbuches nachgewiesen ist. Der Ast. hat dabei grundsätzlich die Wahl, ob er die Grundbuchberichtigung über eine Berichtigungsbewilligung (§ 19 GBO) oder über einen Unrichtigkeitsnachweis (§ 22 Abs. 1 GBO) herbeiführen will (vgl. hierzu Meikel/Böttcher, GBO, 10. Aufl. 2009, § 22 Rn. 94; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 360). Die in § 22 Abs. 1 GBO zum Ausdruck kommende Ausnahme vom Bewilligungsgrundsatz soll gewährleisten, dass das Grundbuchverfahren nicht über Gebühr erschwert wird (Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 369). Dies soll insbesondere für die Fälle gelten, in denen der Inhalt des Grundbuches ursprünglich richtig war und nachträglich durch Rechtsänderungen, die sich außerhalb des Grundbuches vollzogen haben, unrichtig geworden ist (vgl. hierzu Meikel/Böttcher, GBO, 10. Aufl. 2009, § 22 Rn. 1). Wesentlich ist im Hinblick auf § 22 Abs. 1 GBO, dass bei einem Unrichtigkeitsnachweis mit den Beweismitteln des § 29 GBO nachgewiesen werden muss, dass das Grundbuch zu Lasten oder zu Gunsten des Ast. unrichtig ist (vgl. hierzu Meikel/Böttcher, GBO, 10. Aufl. 2009, § 22 Rn. 94).

Gegenstand der nachfolgend abgedruckten Entscheidung ist die Löschung einer im Grundbuch eingetragenen Vormerkung aufgrund eines Unrichtigkeitsnachweises nach § 22 Abs. 1 GBO. Materiell rechtlich erlischt die Vormerkung unter anderem dann, wenn der durch sie gesicherte Anspruch er-

lischt (BGHZ 143, 175, 179; MünchKomm-BGB/Kohler, 6. Aufl. 2013, § 886 Rn. 9; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 1539). Dies kann auch durch Eintritt einer die gesicherte Forderung betreffenden auflösenden Bedingung oder Befristung der Fall sein (MünchKomm-BGB/Kohler, 6. Aufl. 2013, § 886 Rn. 9). In dem vom OLG München zu entscheidenden Sachverhalt war der vormerkungsgesicherte Anspruch doppelt bedingt. Zunächst war eine aufschiebende Bedingung vorgesehen, die an verschiedene Ereignisse, etwa die Vermögenslage des Anspruchsschuldners, anknüpft. Darüber hinaus war die Begünstigung des Gläubigers zusätzlich auflösend bedingt durch die Ausübung eines Wahlrechtes durch den Schuldner zu seinen Gunsten. Der vormerkungsgesicherte Anspruch gelangte also in der Person des Gläubigers erst zur Entstehung, wenn die aufschiebende Bedingung eintrat und der Schuldner zusätzlich zu seinen Gunsten ein ihm zustehendes Wahlrecht ausübte, mithin die auflösende Bedingung nicht eintrat. Fraglich war nunmehr, ob die auflösende Bedingung, nämlich die Ausübung des Wahlrechtes zu Gunsten eines anderen Begünstigten, eingetreten ist. Folge des Bedingungseintritts wäre, dass der vormerkungsgesicherte Anspruch nicht mehr entstehen kann. Hinsichtlich der Vormerkung wird das Grundbuch zugleich unrichtig. In grundbuchrechtlicher Hinsicht ist die Löschung der Vormerkung über einen Unrichtigkeitsnachweis nur möglich, wenn der Ast. in einer jeden Zweifel ausschließenden Weise und in der Form des § 29 GBO nachweist, dass jede Möglichkeit des Bestehens oder Entstehens des sichernden Anspruches ausgeschlossen ist (Meikel/Bröttcher, GBO, 10. Aufl. 2009, § 22 Rn. 138). An den Nachweis der Unrichtigkeit sind strenge Anforderungen zu stellen; der Ast. muss alle Möglichkeiten, bis auf ganz entfernt liegende, ausräumen, die der Richtigkeit der beantragten Löschung entgegenstehen könnten (Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 1 543 m. zahlr. N. zu Einzelfällen der Rechtsprechung). Diesen strengen Anforderungen konnten die Ast. in der nachfolgend abgedruckten Entscheidung nicht genügen, da sie insbesondere den Eintritt der im zugrundeliegenden Vertrag aufgenommenen auflösenden Bedingung nicht in hinreichender Form nachgewiesen hat.

Die Entscheidung zeigt noch einmal deutlich die strengen Anforderungen auf, die an einen Unrichtigkeitsnachweis nach § 22 Abs. 1 GBO zu stellen sind, aufgrund dessen auf eine Berichtigungsbewilligung verzichtet wird. Bei einer Berichtigungsbewilligung muss deren Inhalt die Unrichtigkeit des Grundbuches anders als bei einem Unrichtigkeitsnachweis lediglich schlüssig dartun (vgl. hierzu Meikel/Böttcher, GBO, 10. Aufl. 2009, § 22 Rn. 94). Zur Sicherstellung der Löschung von Vormerkungen, die im Zusammenhang mit Übertragungsverträgen eingetragen werden sollen, ist für die Vertragsgestaltung ergänzend auf diesbezüglich mögliche und zweckmä-

ßige Löschungserleichterungen hinzuweisen (vgl. Krauß, Vermögensnachfolge in der Praxis, 3. Aufl. 2012, Kap. 4 Rn. 1969 ff.). Insbesondere kommt eine auflösend befristete Vormerkung für den Rückforderungsanspruch oder die Aufnahme einer Löschungsvollmacht in Betracht (vgl. hierzu Krauß, Vermögensnachfolge in der Praxis, 3. Aufl. 2012, Kap. 4 Rn. 1975 ff.).

*Die Schriftleitung (AW)*

### Zum Sachverhalt:

I. Mit notariellem Vertrag vom 1. 7. 2005 überließ die Mutter des Bet. zu 1) diesem Grundbesitz. Sie behielt sich in § 6 Abs. 1 des Vertrags das Recht vor, die Rückübertragung zu verlangen, wenn

- a) der Vertragsgegenstand ganz oder teilweise ohne Zustimmung des Veräußerers, veräußert, belastet oder baulich verändert wird;
- b) ein Gläubiger des Erwerbers wegen einer gegen ihn gerichteten Forderung die Zwangsvollstreckung in den heutigen Vertragsbesitz betreibt;
- c) über das Vermögen des Erwerbers das Insolvenzverfahren eröffnet oder die Eröffnung mangels Masse abgelehnt wird;
- d) der Erwerber vor dem Veräußerer verstirbt, gleichgültig ob der Erwerber verheiratet oder unverheiratet ist und/oder Abkömmlinge hinterlässt.

Für die Geltendmachung dieses Anspruchs ist eine Frist bestimmt.

Weiter ist in § 6 Abs. 6 geregelt:

- a) Macht der Veräußerer von seinem Rücknahmerecht Gebrauch und wird der Grundbesitz wieder in sein Eigentum übertragen, so verpflichtet er sich bereits heute, den Vertragsbesitz an die drei Kinder des heutigen Erwerbers oder eines von ihnen nach seiner Wahl zu überlassen. Diese Überlassung hat spätestens beim Tod des Veräußerers zu erfolgen. Erfolgt die Überlassung zu Lebzeiten des Veräußerers, kann sie zu den gleichen Bedingungen der heutigen Überlassung erfolgen.

Diese Verpflichtung können die heutigen Vertragsteile ohne Zustimmung der berechtigten Kinder einvernehmlich abändern.

In § 7 verpflichtete sich der Bet. zu 1), nach dem Tod der Überlasserin und für den Fall, dass diese von ihrem Rücknahmerecht gemäß § 6 keinen Gebrauch macht, unter im Wesentlichen den selben Voraussetzungen wie denen des vorgenannten Rückübertragungsanspruchs innerhalb einer bestimmten Frist den Grundbesitz an seine drei Kinder – darunter den Bet. zu 2) – und seine (damalige) Ehefrau „nach seiner Wahl nach Maßgabe von Abs. 4“ zu überlassen. Absatz 4 lautet folgendermaßen:

Dem Erwerber steht bei der Erfüllung der Übertragungsverpflichtung gemäß Abs. 1) das Auswahlrecht unter den Berechtigten zu. Er kann den Vertragsbesitz also an einen oder mehrere Berechtigte oder an alle zu verschiedenen Bruchteilen überlassen.

Außerdem kann er sich und seiner Ehefrau bei der Erfüllung der Verpflichtung den lebzeitigen Nießbrauch an dem Vertragsbesitz vorbehalten und angemessene Versorgungsrechte ausnehmen.

Das Recht der Kinder und der Ehefrau ist dadurch auflösend bedingt, dass und soweit der Erwerber einen oder mehrere Berechtigte unter Ausschluss der übrigen begünstigt.

Zur Sicherung dieser bedingten Ansprüche auf Übertragung des Eigentums bewilligte der Bet. zu 1) eine Vormerkung (nur) zugunsten seiner damaligen Ehefrau.

Der Eigentumsübergang auf den Bet. zu 1) und die Vormerkungen wurden im Grundbuch eingetragen.

Mit notarieller Urkunde vom 12. 10. 2012 überließ der Bet. zu 1) den Grundbesitz dem Bet. zu 2) zu Alleineigentum. Auch er behielt sich gegenüber dem Bet. zu 2) das Recht vor, unter bestimmten Voraussetzungen die Rückübertragung zu verlangen. Der Bet. zu 2) übernahm u. a. die Vormerkung zur Sicherung des bedingten Rückübertragungsanspruchs der Mutter des Bet. zu 1) und bestellte für den Bet. zu 1) auf Lebenszeit zu dessen Gunsten einen Nießbrauch und aufschiebend bedingt für dessen Lebensgefährtin ein Wohnungsrecht. Der Bet. zu 1) beantragte – mit der Eintragung – im Weg der Grundbuchberichtigung die Löschung der für die Ehefrau eingetragenen Vormerkung.

Auf den Vollzugsantrag setzte das GBA mit Zwischenverfügung vom 1. 2. 2013 Frist zur Beseitigung folgenden Hindernisses:

Zur Löschung der Vormerkung sei die Bewilligung der Berechtigten erforderlich. Die vormalige Übergeberin sei weder verstorben noch stehe fest, ob sie von ihrem Rücknahmerecht Gebrauch mache. Da außerdem mit dem Wohnungsrecht der Lebensgefährtin und der Rückkauflassungsvormerkung mehr als angemessene Versorgungsrechte des Übergebers ausgenommen worden seien, handle es sich nicht um eine vollständige Erfüllung des mit der Vormerkung gesicherten Anspruchs.

Außerdem seien an eine Löschung aufgrund Unrichtigkeitsnachweises strenge Anforderungen zu stellen. Eine wegen Wegfalls des Anspruchs unwirksame Vormerkung könne nur dann ohne Bewilligung des Berechtigten gelöscht werden, wenn auszuschließen sei, dass das Recht nicht durch Neubegründung eines deckungsgleichen Anspruchs oder Bewilligung außerhalb des Grundbuchs wieder wirksam geworden sei. Diese Möglichkeit der „Aufladung“ könne nicht ausgeschlossen werden.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Bet. Durch die getroffene Auswahl, den Vertragsbesitz an den Bet. zu 2) zu übertragen und dies durch die Überlassung vom 12. 10. 2012 zu erfüllen, sei die auflösende Bedingung hinsichtlich des Anspruchs der Ehefrau eingetreten. Eine Aufladung habe schon deshalb nicht eintreten können, weil es sich um unterschiedliche Vertragspartner handle und nicht erkennbar sei, mit welchem Inhalt ein Anspruch gegen den neuen Eigentümer der eingetragenen Vormerkung unterlegt werden könnte. Die Rechte der seinerzeitigen Übergeberin würden im Übrigen durch die Weiterübertragung nicht berührt, da alle Belastungen aus der Übergabe übernommen worden seien. Das Rechtsverhältnis mit der Mutter des Bet. zu 1) sei für die Frage des Wegfalls des möglichen Anspruchs der Vormerkungsberechtigten nach dem eindeutigen Wortlaut der auflösenden Bedingung unerheblich.

Das GBA hat der Beschwerde nicht abgeholfen.

### Aus den Gründen:

II. Das gemäß § 71 Abs. 1, § 73 i. V. m. § 15 Abs. 2 GBO zulässige Rechtsmittel der Urkundsbet. hat in der Sache keinen Erfolg.

### Das Grundbuch ist hinsichtlich einer eingetragenen Vormerkung unrichtig, wenn der gesicherte Anspruch erlischt

Wenn der durch die Vormerkung gesicherte Anspruch nachträglich erloschen ist, ist das Grundbuch unrichtig;



dessen Berichtigung kann gemäß § 22 GBO verlangt werden (vgl. OLG Frankfurt DNotZ 2009, 130; Demharter, GBO, 28. Aufl., Anh. zu § 44 Rn. 89 m. w. N.). Der Nachweis, dass der Anspruch erloschen ist, konnte jedoch nicht erbracht werden.

**Vormerkungsgesicherter Anspruch ist sowohl aufschiebend, als auch auflösend bedingt, was zu einem doppelten Schwebezustand führt**

1. Nach dem Vertrag vom 1. 7. 2005 ist der Bet. zu 1) verpflichtet, unter bestimmten Voraussetzungen, den Grundbesitz nach seiner Wahl an seine Kinder und seine Ehefrau zu überlassen. Das Recht soll jedenfalls der durch die Klausel begünstigten Ehefrau unmittelbar zustehen, wie sich schon daraus ergibt, dass für diese eine Vormerkung bewilligt wurde. Es liegt – jedenfalls insoweit – ein echter Vertrag zugunsten Dritter (§ 328 Abs. 1 BGB) vor. Die Ansprüche sind aufschiebend bedingt (§ 158 Abs. 1 BGB) durch den Eintritt verschiedener Ereignisse, etwa in der Vermögenslage des Bet. zu 1), und auflösend bedingt (§ 158 Abs. 2 BGB) für die vom Bet. zu 1) nicht Ausgewählten dadurch, dass die Wahl ausgeübt wird. Auflösende und aufschiebende Bedingung können nebeneinander existieren mit der Folge eines doppelten Schwebezustands. Den Berechtigten steht zunächst nur ein Anwartschaftsrecht zu (vgl. Palandt/Ellenberger, BGB, 72. Aufl., § 158 Rn. 1). Der Eintritt der auflösenden Bedingung ist nicht davon abhängig, dass zunächst das Recht zum Vollrecht erstarkt ist. Er hat zur Folge, dass das Anwartschaftsrecht erlischt und das Recht nicht mehr entstehen kann.

**Kein Nachweis des Eintritts der auflösenden Bedingung**

2. Der Eintritt der auflösenden Bedingung in § 7 Abs. 4 für den aufschiebend bedingten Anspruch der vormerkungsgesicherten Ehefrau ist indessen nicht nachgewiesen.

Zwar steht dem Bet. zu 1) das Auswahlrecht unter den Berechtigten mit der oben genannten Folge zu. Wer zum Kreis der „Berechtigten“ zählt, ist in § 7 Abs. 1 bestimmt. Der Bet. zu 1) hat den Grundbesitz an eine Person aus diesem Kreis überlassen.

a) Der durch die Vormerkung gesicherte Anspruch war mangels Eintritts der aufschiebenden Bedingung noch nicht entstanden. Dies würde grundsätzlich nicht der Beseitigung des bis zum Eintritt der aufschiebenden Bedingung bestehenden Anwartschaftsrechts (vgl. Palandt/Ellermann, § 158 Rn. 1) entgegenstehen. Denn auch dieses kann durch Eintritt der auflösenden Bedingung entfallen.

**Vertraglich vereinbartes Wahlrecht mangels Eintritt der aufschiebenden Bedingung noch nicht entstanden**

b) Dem Bet. zu 1) als Erwerber steht nach dem Wortlaut der vertraglichen Fassung das Auswahlrecht aber erst bei der Erfüllung der Übertragungsverpflichtung aus § 7 Abs. 1 zu, die ihrerseits an den Tod des Veräußerers gekoppelt ist bzw. für den Fall gilt, dass dieser von seinem Rücknahmerecht keinen Gebrauch macht. Dass diese Voraussetzung eingetreten wäre, ist weder dargetan

noch nachgewiesen. Irgendwelche Anhaltspunkte, dass er schon zuvor auswählen und übertragen dürfte, sind ebenfalls weder dargetan noch der Urkunde mit Sicherheit zu entnehmen. Zwar könnte § 6 Abs. 6 Buchst. a des Vertrags hierfür sprechen. Macht die Überlasserin hiernach von ihrem Rücknahmerecht Gebrauch, ist sie verpflichtet, den Besitz an die drei Kinder des Bet. zu 1) oder aber eines von ihnen nach dessen Wahl zu überlassen. Daraus ergibt sich, dass der Bet. zu 1) letztlich in jeder Konstellation die Wahl hat, sei es, dass die Überlasserin ihren Rückkaufanspruch geltend macht, sei es, dass sie dies unterlässt und Ehefrau und Kinder gemäß § 7 Abs. 1 berechtigt sind. Aber auch unter den Voraussetzungen des § 6 Abs. 6 Buchst. a ist das Wahlrecht an den Eintritt einer Bedingung geknüpft. Erst zu diesem Zeitpunkt steht der Kreis der Berechtigten fest; denn dass diese Position vererblich ist, lässt sich dem Vertragstext ebenfalls nicht mit ausreichender Sicherheit entnehmen.

Ob die Parteien etwas anderes gewollt haben, kann im Grundbuchverfahren mit den hier zulässigen Beweismitteln nicht geklärt werden.

**Mangels Bedingungseintritts lediglich Vorwegnahme der vertraglich vereinbarten Übertragungsverpflichtung**

c) Das GBA hat daher davon auszugehen, dass der Bet. zu 1) nicht in Erfüllung der von weiteren Voraussetzungen abhängigen Übertragungsverpflichtung gehandelt hat, sondern unter deren Vorwegnahme. Ersichtlich ist der Nachweis der Unrichtigkeit – an den strenge Anforderungen zu stellen sind (BayObLG Rpfleger 1982, 468; Demharter, § 22 Rn. 37) – nicht geführt. Die Überlassung vom 12. 10. 2012 ist daher nicht anders zu beurteilen als jede sonstige Verfügung über den Grundbesitz.

d) Eines Eingehens auf die übrigen in der Zwischenverfügung angesprochenen Bedenken bedarf es daher nicht mehr.

3. Die Festsetzung des Beschwerdewerts beruht auf § 136 Abs. 1 Nr. 2 GNotKG, § 131 Abs. 4 i. V. m. § 30 Abs. 2 KostO. Dieser bemisst sich an der Schwierigkeit, das Hindernis zu beseitigen. Hierfür kann mangels genügender tatsächlicher Anhaltspunkte der Regelwert angesetzt werden.

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Rechtsbeschwerde (vgl. § 78 Abs. 2 GBO) liegen nicht vor.

**2. Liegenschaftsrecht – Zum ausnahmsweisen Erfordernis der Bewilligung aller Miteigentümer zur Eintragung eines Sondernutzungsrechts an einem Stellplatz**

(OLG Zweibrücken, Beschluss vom 1. 7. 2013 – 3 W 22/13)

**GBO §§ 19; 29**

**WEG §§ 8; 10; 15**

**1. Zur fehlenden Bewilligungsbefugnis des nach § 8 WEG teilenden Eigentümers im Hinblick auf die Zuordnung eines Sondernutzungsrechts, nach-**

**dem der teilende Eigentümer sämtliche Miteigentumsanteile an Dritte veräußert hat.**

**(amtlicher Leitsatz)**

**2. Zur Eintragung eines schuldrechtlichen Sondernutzungsrechtes in das Grundbuch ist eine Eintragungsbewilligung sämtlicher Miteigentümer erforderlich.**

**(RNotZ-Leitsatz)**

**Zur Einordnung:**

Die Begründung eines Sondernutzungsrechts kann gemäß § 10 Abs. 2 S. 2 WEG aufgrund einer schuldrechtlich wirkenden Vereinbarung aller Miteigentümer oder im Rahmen der Teilungserklärung durch den Alleineigentümer erfolgen (Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 2912), wobei sich der teilende Eigentümer im letzteren Fall oftmals eine Zuweisung des Sondernutzungsrechtes im Rahmen von später abzuschließenden Kaufverträgen über das Wohnungseigentum vorbehält (zur Zuweisungsbefugnis vgl. MünchKomm-BGB/Commichau, 6. Aufl. 2013, § 10 WEG Rn. 39ff.). Eine Eintragung des Sondernutzungsrechtes in das Grundbuch ist hingegen keine Wirksamkeitsvoraussetzung für dessen Entstehung (Bärmann/Seuß/Schneider, Praxis des Wohnungseigentums, 6. Aufl. 2013, Rn. 282). Wird das vereinbarte Sondernutzungsrecht nicht in das Grundbuch eingetragen, handelt es sich um ein rein schuldrechtliches Sondernutzungsrecht, das nicht Inhalt des Sondereigentums wird und vielmehr als schuldrechtlicher Vertrag nur inter partes und unter denjenigen Sondernachfolgern wirkt, die in den Vertrag mit seinen Rechten und Pflichten ausdrücklich oder konkludent eingetreten sind (Bärmann/Klein, WEG, 12. Aufl. 2013, § 13 WEG Rn. 83; vgl. zur dinglichen Wirkung auch Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 2912 a). Die Übertragung eines schuldrechtlichen Sondernutzungsrechtes erfolgt außerhalb des Grundbuches durch Abtretung des vertraglichen Rechtes nach §§ 398, 413 BGB, wobei es keiner Mitwirkung der übrigen Wohnungseigentümer oder deren dinglicher Gläubiger bedarf (vgl. hierzu Bärmann/Klein, WEG, 12. Aufl. 2013, § 13 WEG Rn. 121).

Die nachfolgend abgedruckte Entscheidung des OLG Zweibrücken beschäftigt sich mit der Frage, unter welchen Voraussetzungen ein lediglich schuldrechtlich entstandenes Sondernutzungsrecht in das Grundbuch des berechtigten Sondereigentümers eingetragen werden kann. Mit dieser Frage hatte sich zuvor bereits das OLG München in einer Entscheidung aus dem Jahr 2012 beschäftigt (OLG München NJW-RR 2013, 135 = ZWE 2012, 367 mit kritischer Anm. von Schmidt). Nach dieser Entscheidung ist zur (nachträglichen) Eintragung des lediglich schuldrechtlich entstandenen Sondernutzungsrechtes eine Bewilligung sämtlicher Miteigentümer erforderlich, weil das GBA nicht nachvollziehen könne, ob das Sondernutzungsrecht in der Vergangenheit an einen anderen Miteigentümer außerhalb des Grundbuches durch Abtretung übertragen worden sei. Dieser Auffassung schließt sich das OLG Zweibrücken aus-

drücklich an. Im Ergebnis muss nach diesen beiden Entscheidungen sichergestellt sein, dass das GBA in der Form des § 29 GBO feststellen kann, ob das fragliche Sondernutzungsrecht zum einen überhaupt noch dem Berechtigten zusteht und nach wie vor inhaltlich so wie zur Eintragung angemeldet besteht.

Die Entscheidungen des OLG München (NJW-RR 2013, 135) und die hier besprochene Entscheidung des OLG Zweibrücken zeigen auf, wie wesentlich die Verdinglichung von Sondernutzungsrechten durch Eintragung in das Grundbuch für die Praxis ist. Nur durch eine entsprechende Eintragung im Grundbuch ist ohne Weiteres nachvollziehbar, wer der Berechtigte eines Sondernutzungsrechtes ist. Hinzuweisen ist schließlich darauf, dass ein weiterer wesentlicher Nachteil eines rein schuldrechtlichen Sondernutzungsrechtes ist, dass ein gutgläubiger Erwerb mangels Anwendbarkeit von § 891 BGB ausgeschlossen ist (vgl. hierzu Bärmann/Klein, WEG, 12. Aufl. 2013, § 13 WEG Rn. 122).

*Die Schriftleitung (AW)*

**Zum Sachverhalt:**

I. Die B[.] mbH (Verkäuferin) war ursprünglich Eigentümerin des Grundstücks, auf dem sich die im Betreff bezeichnete Wohnungs- und Teileigentumsanlage befindet. Sie teilte das Eigentum nach § 8 WEG in Wohnungs- und Teileigentum. Nach der Teilungserklärung schloss sie alle (späteren) Sondereigentümer von der Mitbenutzung der vorhandenen fünf KFZ-Stellplätze aus und behielt sich vor, diese Flächen einem bestimmten Sondereigentum zuzuweisen. Das Zuweisungsrecht sollte mit der Eigentumsüberschreibung der letzten Sondereigentumseinheit enden. Im Weiteren bestimmt die Teilungserklärung, dass die Sondernutzungsrechte nach ihrer Begründung innerhalb der Eigentümergemeinschaft übertragbar bleiben. Inzwischen hat die Verkäuferin sämtliche mit einem Sondereigentum verbundene Miteigentumsanteile an Dritte veräußert.

Die Bet. erwarben die im Betreff beschriebene Eigentumswohnung durch notariellen Vertrag vom 22. 6. 2005. Unter II. Nr. 2 des Kaufvertrages heißt es:

„Dies vorausgeschickt verkauft und überträgt die Verkäuferin dem dies annehmenden Käufer . . . das Sondernutzungsrecht an dem KFZ-Stellplatz Nr. 2 im Freien, was hiermit gebildet und dem verkauften Wohnungseigentum Nr. 5 zugeordnet wird.“

Im Weiteren versäumte es die Verkäuferin, die Eintragung des Sondernutzungsrechtes an dem Stellplatz Nr. 2 als dem Sondereigentum an der Wohnung Nr. 5 zugehörig im Grundbuch zu bewilligen.

Mit notarieller Urkunde vom 19. 11. 2012 (nach Veräußerung des letzten Miteigentumsanteils) bewilligte die Verkäuferin, vertreten durch eine Notariatsangestellte, der sie in notariellen Urkunden aus den Jahren 2003 und 2005 Vollmachten erteilt hatte, die Eintragung des Sondernutzungsrechtes an dem Stellplatz Nr. 5. Der Notar hat – den Umständen nach namens der Bet. – die Eintragung des Sondernutzungsrechtes im Grundbuch beantragt.

Die Rechtspflegerin bei dem GBA hat den Eintragungsantrag zurückgewiesen. Zur Begründung ist ausgeführt, dass nach der Veräußerung des letzten Miteigentumsanteils die Bewilligungsbefugnis der Verkäuferin erloschen und deshalb nach § 19 GBO die Bewilligung der übrigen Miteigentümer erforderlich sei.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Bet.

**Aus den Gründen:**

II. 1. Die Beschwerde ist nach § 71 Abs. 1 GBO zulässig. Der Senat ist nach §§ 72, 81 Abs. 1 GBO für die Entscheidung über die Beschwerde zuständig.

2. In der Sache führt das Rechtsmittel nicht zum Erfolg.

**Bewilligung sämtlicher Miteigentümer ist notwendig**

Zu Recht und mit zutreffender Begründung hat das GBA eine Bewilligung der übrigen Miteigentümer nach § 19 GBO zur Eintragung des Sondernutzungsrechts für erforderlich gehalten.

**Bewilligung eines nicht mehr als Miteigentümer im Grundbuch eingetragenen Veräußerers nicht ausreichend**

Nach § 19 GBO erfolgt eine Eintragung im Grundbuch nur, wenn derjenige sie bewilligt, der von ihr betroffen ist. Hieraus ergibt sich ohne weiteres, dass es für eine Eintragung des Sondernutzungsrechts im Grundbuch nach §§ 15, 10 Abs. 3 WEG auf eine Bewilligung der inzwischen nicht mehr als Miteigentümerin voreingetragenen Verkäuferin nicht ankommen kann. Die Verkäuferin ist sicher nicht von der Eintragung des Sondernutzungsrechts betroffen; sie ist weder persönlich noch vertreten durch eine Dritte zur Abgabe der Bewilligungserklärung berufen.

**Begründung der negativen Komponente eines Sondernutzungsrechtes in der Teilungserklärung führt grundsätzlich dazu, dass es im Weiteren bei der Zuordnung des Sondernutzungsrechtes keiner Bewilligung der übrigen Miteigentümer bedarf**

Nicht i. S. d. § 19 GBO von der Eintragung des Sondernutzungsrechts an dem Stellplatz Nr. 5 betroffen waren ursprünglich allerdings auch die übrigen Miteigentümer, denn sie waren durch die Regelung unter § 3 Nr. 3 der Teilungserklärung von vornherein von der Mitbenutzung dieser Fläche ausgeschlossen. Der Ausschluss aller nicht begünstigten Wohnungseigentümer vom Mitgebrauch des betreffenden Stellplatzes, die sog. „negative Komponente“ des Sondernutzungsrechts, konnte schon in der Teilungsordnung begründet werden (BayObLG NJW-RR 1986, 93). Ist dies – wie hier – geschehen, so bedarf es im Weiteren keiner Bewilligung der übrigen Miteigentümer mehr bei der Zuordnung eines Sondernutzungsrechtes zu einem bestimmten Sondereigentum, weil sie hierdurch nicht in ihren Rechten betroffen sind.

**Keine Verdinglichung des Sondernutzungsrechtes mangels Eintragung im Grundbuch**

Im Weiteren ist auch die positive Komponente des Sondernutzungsrechts zur Entstehung gelangt, indem die Verkäuferin das Sondernutzungsrecht an dem Stellplatz Nr. 5 dem hier betroffenen Miteigentumsanteil in der notariellen Urkunde vom 22. 6. 2005 zugewiesen hat. Allerdings ist dieses Sondernutzungsrecht mangels Eintragung im Grundbuch nicht verdinglicht worden sondern alleine als schuldrechtliches Sondernutzungsrecht zur Entstehung gelangt.

Dies alleine führt hier nicht zu dem von den Bet. angestrebten Ziel. Der Senat schließt sich insoweit der

Rechtsansicht des OLG München (Beschluss vom 18. 4. 2013, 34 Wx 363/12 und NJW-RR 2013, 135) an. Demnach gilt folgendes:

**Wegen der freien Übertragbarkeit eines lediglich schuldrechtlichen Sondernutzungsrechtes darf das Grundbuchamt die Eintragung in einem Wohnungsbuch nur dann vornehmen, wenn sämtliche Miteigentümer der Eintragung entsprechend § 19 GBO zustimmen**

Das GBA muss, wenn die Eintragung eines Rechts beantragt wird, in der Form des § 29 GBO feststellen können, dass dieses Recht noch und auch so wie zur Eintragung angemeldet besteht, hier mithin das Sondernutzungsrecht an dem Stellplatz Nr. 5 der Wohnung der Bet. nach wie vor zugeordnet ist. Solange das Sondernutzungsrecht noch nicht im Grundbuch bei einem Sondereigentum gebucht ist, kommen jedoch auch die übrigen Wohnungseigentümer als Berechtigte in Betracht, weil das Sondernutzungsrecht formfrei übertragbar ist. Weil es nicht im Grundbuch eingetragen ist, spricht auch keine Vermutung nach § 891 BGB für die Zugehörigkeit des Sondernutzungsrechts gerade zum Wohnungseigentum der Bet. Die Möglichkeit der Weiterübertragung ist in der Teilungserklärung ausdrücklich vorgesehen. Als mögliche Berechtigte kommen deshalb die übrigen Miteigentümer in Betracht; der Nachweis, dass das Sondernutzungsrecht zur Wohnung der Bet. gehört, ist nicht geführt. Jedenfalls angesichts der seit der Zuordnung des Sondernutzungsrechts vergangenen Zeit von rund 8 Jahren ist es auch nicht „gänzlich unwahrscheinlich“ (vgl. Schmidt, ZWE 2012, 367 in einer ablehnenden Anm. zu OLG München NJW-RR 2013, 135), dass eine solche Übertragung stattgefunden haben kann. Das GBA darf die Eintragung deshalb (nur) vornehmen, wenn alle in Betracht kommenden Rechtsinhaber entsprechend § 19 GBO der Eintragung beim gegenständlichen Wohnungseigentum zustimmen.

Den Geschäftswert hat der Senat nach § 131 Abs. 1 und Abs. 4 i. V. m. § 30 Abs. 1 KostO festgesetzt.

**3. Familienrecht – Zur güterrechtlichen Qualifizierung des § 1371 Abs. 1 BGB im Sinne des Internationalen Privatrechts**

(OLG Schleswig, Beschluss vom 19. 8. 2013 – 3 Wx 60/13)

**BGB § 1371****EGBGB Art. 15; 25**

1. § 1371 Abs. 1 BGB ist zugunsten der überlebenden Ehefrau anzuwenden, wenn im Erbfall österreichisches Erbstatut und deutsches Güterrechtsstatut gelten. Dabei ist zu berücksichtigen, dass § 1371 Abs. 1 BGB international privatrechtlich als güterrechtliche Norm zu qualifizieren ist.

2. Die Anwendung von § 1371 Abs. 1 BGB steht nicht im Widerspruch zur erbrechtlichen Quote für den überlebenden Ehegatten von 1/3 nach § 757 ABGB AUT, denn diese Norm des öster-



**reichischen gesetzlichen Erbteils will nicht auch die Abwicklung der güterrechtlichen Beteiligung des überlebenden Ehegatten regeln. Durch Angleichung ist allerdings dafür zu sorgen, dass dem überlebenden Ehegatten nur das zukommt, was ihm nach jedem Recht höchstens zusteht.**

#### **Zur Einordnung:**

Es ist seit Jahrzehnten streitig, ob eine Erhöhung des Erbteils des überlebenden Ehegatten nach § 1371 Abs. 1 BGB um  $\frac{1}{4}$  auch dann in Betracht kommt, wenn der verstorbene Ehegatte nach ausländischem Recht beerbt wird. Die Beantwortung dieser Streitfrage hängt davon ab, wie man § 1371 Abs. 1 BGB internationalprivatrechtlich qualifiziert (vgl. hierzu im Detail Schotten/Schmellenkamp, Das Internationale Privatrecht in der notariellen Praxis, 2. Aufl. 2007, Rn. 283 ff.; Lange, ZEV 2012, 207; Horn, ZEV 2008, 417; Ludwig, DNotZ 2005, 586; mangels Entscheidungsrelevanz offen gelassen von BGH MittBayNot 2013, 259). Hierzu stehen sich seit langem zwei (ehemals drei, die Qualifizierung des § 1371 Abs. 1 BGB als rein erbrechtlich wird heute – soweit ersichtlich – nicht mehr vertreten, vgl. hierzu nur Liehner, MittRhNotK 1969, 469) Auffassungen gegenüber.

Die Vertreter der ersten Meinung gehen davon aus, dass die Vorschrift güter- und erbrechtlicher Natur sei. Eine Erhöhung des Erbteils des überlebenden Ehegatten erfolgt nach dieser Meinung somit nur dann, wenn sich sowohl das Ehegattengüterrecht wie auch das Erbrecht nach deutschem Recht richten (sog. „Doppelqualifikation“, so u. a. OLG Köln ZEV 2012, 205 mit Anm. Lange; OLG Frankfurt ZEV 2010, 253; OLG Düsseldorf MittRhNotK 1988, 168, jedoch in ZEV 2009, 192, offen gelassen, ob an dieser Auffassung festgehalten wird; Schotten/Schmellenkamp, a.a.O. Rn. 287 ff. m. w. N.). Bei Maßgeblichkeit eines ausländischen Erbstatuts ist der überlebende Ehegatte nach dieser Auffassung, ohne seine auf dem ausländischen Recht beruhende Erbposition ausschlagen zu müssen, berechtigt, den Zugewinnausgleich nach den §§ 1373 ff. BGB zu verlangen (so Schotten/Schmellenkamp, a.a.O., Rn. 289).

Die andere Auffassung qualifiziert demgegenüber § 1371 Abs. 1 BGB rein güterrechtlich (so u. a. OLG München MittBayNot 2013, 73 m. Anm. Süß; OLG Karlsruhe NJW 1990, 1420; LG Mosbach, ZEV 1998, 498; Horn, ZEV 2008, 418); Palandt/Thorn, 73. Aufl. 2014, Art. 15 EGBGB Rn. 26; Staudinger/Mankowski, Neubearb. 2011, Art. 15 EGBGB Rn. 346 ff.; BeckOK-BGB/Lorenz, Stand 1. 11. 2013, Art. 25 EGBGB Rn. 57, jeweils m. w. N.). Wenn man § 1371 Abs. 1 BGB dieser Auffassung folgend rein güterrechtlich qualifiziert, kann sich auch bei einem ausländischen Ehegattenerblasser der Erbteil des überlebenden Ehegatten nach § 1371 Abs. 1 BGB erhöhen, soweit für die Ehe nach Art. 15 Abs. 1 i. V. m. 14 Abs. 1 EGBGB deutsches Güterrecht zur Anwendung kommt. Im Wege der sog. Substitution soll der sich aus dem ausländischen Recht ergebende Erbteil des überlebenden Ehegatten jedoch nur dann als gesetzlicher Erbteil i. S. d. § 1371 Abs. 1 BGB gelten, wenn das ausländische Recht dem deutschen Erbrecht in-

sofern gleich und äquivalent ist, als es nicht bereits mit der Erbquote des überlebenden Ehegatten dessen güterrechtliche Beteiligung am Güterstand abgeltet (OLG München MittBayNot 2013, 74; vgl. für das schwedische Recht OLG Frankfurt ZEV 2010, 253; Horn, ZEV 2008, 418 f.; Dörner ZEV 2005, 444, 445; Clausnitzer, MittRhNotK 1987, 17; Schotten/Schmellenkamp, a.a.O., Rn. 288 e ff. mit dem Beispiel eines österreichischen Erblassers wie hier). Ist die ausländische Ehegattenerbquote höher als ein  $\frac{1}{4}$  Anteil, hätte dies wegen § 1371 Abs. 1 BGB zur Folge, dass der überlebende Ehegatte eine Erbquote von mehr als einem  $\frac{1}{2}$  Anteil erhalten würde. Diesem Fall begegnen die Anhänger dieser Auffassung jedoch damit, dass die Erbquote auf maximal den nach deutschem Recht gemäß §§ 1931 Abs. 1 i. V. m. 1371 Abs. 1 BGB vorgesehenen  $\frac{1}{2}$  Anteil angepasst wird (so LG Mosbach ZEV 1998, 490; Palandt/Thorn, 73. Aufl. 2014, Art. 15 EGBGB Rn. 25 m. w. N.; Schotten/Schmellenkamp, a.a.O., Rn. 288 h ff.; Horn, a.a.O., 419).

Das OLG Schleswig stellt in seiner Entscheidung den augenblicklichen Meinungsstand zur Qualifizierung des § 1371 Abs. 1 BGB umfassend dar, um sich schlussendlich der Auffassung anzuschließen, die die Vorschrift rein güterrechtlich qualifiziert. Anders als noch das OLG Stuttgart (RNotZ 2005, 296) ist das Gericht genau wie das LG Mosbach (ZEV 1998, 490) der Auffassung, dass das österreichische Ehegattenerbrecht keinen güterrechtlichen Ausgleich für den überlebenden Ehegatten bewirken wolle, da gesetzlicher Güterstand nach dem ABGB die Gütertrennung sei. So seien auch die Voraussetzungen für eine Substitution der österreichischen Ehegattenerbquote mit dem Begriff des „gesetzlichen Erbteils des überlebenden Ehegatten“ in § 1371 Abs. 1 BGB gegeben, so dass sich die Erbquote des Ehegatten um  $\frac{1}{4}$  Anteil erhöht.

Die Frage der Qualifizierung des § 1371 Abs. 1 BGB stellt sich in der notariellen Praxis zumeist im Rahmen von Erbscheinsanträgen auf Grundlage gesetzlicher Erbfolge nach ausländischem Recht. In diesem Zusammenhang wird mit der zum 17. 8. 2015 geltenden EU-Erbrechtsverordnung die Bedeutung des Streits um die Qualifikation des § 1371 Abs. 1 BGB voraussichtlich an Bedeutung verlieren (so auch Süß, MittBayNot 2013, 75). Nach Art. 21 Abs. 1 der EU-Erbrechtsverordnung wird dann nämlich für in Deutschland mit gewöhnlichem Aufenthalt lebende Ausländer, die keine Rechtswahl nach Art. 22 der EU-Erbrechtsverordnung zu Gunsten ihres Heimatrechts vorgenommen haben, deutsches materielles Erbrecht zur Anwendung kommen. Soweit diese im deutschen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft verheiratet waren, erhöht sich nach beiden vorgenannten Auffassungen auch der Erbteil des überlebenden Ehegatten um  $\frac{1}{4}$  Anteil nach § 1371 Abs. 1 BGB. Aus notarieller Sicht ist es trotzdem sehr bedauerlich, dass von der von dem OLG Schleswig eingeräumten Möglichkeit der Rechtsbeschwerde nach Auskunft des BGH kein Gebrauch gemacht wurde. Die für die Praxis wichtige und seit Jahrzehnten umstrittene Frage der rechtlichen Qualifizierung des

§ 1371 Abs. 1 BGB wird somit weiterhin höchstrichterlich ungeklärt bleiben.

*Die Schriftleitung (PH)*

### Zum Sachverhalt:

I. Der Erblasser ist österreichischer Staatsangehöriger. Die Bet. zu 1) ist das einzige Kind des Erblassers aus dessen erster, im Jahre 1998 geschiedenen Ehe. Der Erblasser heiratete in zweiter Ehe in Deutschland die Bet. zu 2), eine deutsche Staatsangehörige. Der Erblasser verstarb 2011 während eines vorübergehenden Arbeitsaufenthaltes in Dänemark. Sein Wohnsitz und gewöhnlicher Aufenthalt war zu diesem Zeitpunkt in Deutschland.

Zu Protokoll des Rechtspflegers des AG B. S. vom 9. 7. 2012 beantragte die Bet. zu 1) die Erteilung eines Erbscheins nach gesetzlicher Erbfolge. Erteilt werden sollte ein gemeinschaftlicher Erbschein dahin, dass der Erblasser beerbt worden sei von der Bet. zu 1) zu 2/3 des Nachlasses und von der Bet. zu 2) zu 1/3 des Nachlasses.

Bereits zuvor hatte die Bet. zu 1) mit Anwaltsschriftsatz vorge tragen, es komme nach Art. 25 EGBGB und § 28 Abs. 1 öster. IPRG österreichisches Zivilrecht zur Anwendung und trete nach dortigem gesetzlichen Erbrecht gemäß den §§ 727, 730, 731, 732, 757 Abs. 1 ABGB gesetzliche Erbfolge mit den im Erbscheinsantrag genannten Quoten ein. Sie – die Bet. zu 1) – sei nach § 731 Abs. 1 ABGB Erbin ersten Grades. Ehegatten würden im österreichischen Recht nach § 757 Abs. 1 ABGB neben Erben ersten Grades nur zu 1/3 erben. Diese Quote stehe auch nicht im Widerspruch zu den güterrechtlichen Folgen der Ehe des Erblassers. Weil die Eheleute in Deutschland geheiratet hätten, unterliege zwar das Güterrechtstatut dem deutschen Recht. Auch würde nach deutschem Recht der Zugewinnausgleich durch pauschalierte Erhöhung der Erbquote gemäß § 1371 Abs. 1 BGB um 1/4 erfolgen. Das gelte aber nur, wenn auch deutsches Recht als Erbstatut einschlägig sei, was hier indes nicht der Fall sei. Der Zugewinnausgleich könne deshalb nicht über eine Erbquote, sondern müsse durch eine konkrete Berechnung nach § 1371 Abs. 2 BGB außerhalb der erbrechtlichen Regelung erfolgen (unter Verweis auf die Rechtsprechung des OLG Düsseldorf, Beschluss vom 3. 8. 1987, 3 Wx 207/87 = MittRhNotK 1988, 68).

Diesem Erbscheinsantrag ist die Bet. zu 2) mit Anwaltsschriftsatz vom 6. 8. 2012 entgegen getreten und hat zugleich beantragt, einen Erbschein dahingehend zu erlassen, dass der Erblasser beerbt worden sei von der Bet. zu 1) und der Bet. zu 2) zu je 1/2 des Nachlasses.

Die Bet. zu 2) hat ausgeführt: Zwar seien die Angaben der Bet. zu 1) in ihrem Erbscheinsantrag nicht zu beanstanden. Auch sei es richtig, dass hier gemäß Art. 25 EGBGB für die Rechtsnachfolge von Todes wegen österreichisches Recht anzuwenden ist. Danach würden der überlebende Ehegatte zu 1/3 und die Kinder des Erblassers zu 2/3 als Erben berufen sein. Entgegen der Auffassung der Bet. zu 1) sei mit Rücksicht auf den Güterstand des Erblassers aber auch § 1371 Abs. 1 BGB zu beachten. Diese Vorschrift sei nicht erbrechtlicher, sondern güterrechtlicher Natur. Insoweit sei deutsches Güterrecht anwendbar, so dass der Bet. zu 2) zusätzlich zu dem nach österreichischem Recht zu berechnenden Erbteil von 1/3 auch der pauschalierte Zugewinnausgleich nach deutschem Recht von 1/4 zustehe. Dies würde mathematisch bedeuten, dass sich der 1/3-Miterbenanteil der Bet. zu 1) auf insgesamt 7/12 erhöhen würde. Das wäre dann mehr, als es der Beteiligung der Bet. zu 1) nach deutschem Recht entsprechen würde. Deshalb müsse der beispielsweise von Palandt/Thorn, BGB, Art. 15 EGBGB Rn. 26 vertretenen Auffassung zugestimmt werden, wonach eine Anpassung dahin zu erfolgen habe, dass der

Erbteil des überlebenden Ehepartners eines verstorbenen österreichischen Staatsangehörigen letztlich 1/2 betrage.

Dieser Argumentation ist die Bet. zu 1) in einer Replik entgegen getreten und hat ausgeführt, dem österreichischen Recht sei eine Erbquotenbildung aus erb- und güterrechtlichen Normen unbekannt. Dem werde dort über die höhere Erbquote für den Ehegatten von 1/3 Rechnung getragen. Vor diesem Hintergrund scheide eine Anwendung des § 1371 Abs. 1 BGB aus. Eine Lösung lasse sich über § 1371 Abs. 2 BGB finden. Es werde auf Entscheidungen des OLG Frankfurt vom 20. 10. 2009 (20 W 80/07 = ZEV 2010, 253), des OLG Stuttgart am 8. 3. 2005 (8 W 96/04 = RNotZ 2005, 632 = DNotZ 2005, 296) und des OLG Köln vom 5. 8. 2011 (2 Wx 115/11 = DNotI-Report 2012, 107 = ZEV 2012, 205) verwiesen. Eine unmittelbare Anwendung der deutschen güterrechtlichen Regelung würde unzulässig auf die anzuwendende österreichische Norm einwirken und könne deshalb nicht erfolgen. Eine solche Anwendung sei weder notwendig, noch würden Anhaltspunkte bestehen, dass der österreichische Gesetzgeber den konkreten Fall im Sinne einer ausfüllungsbedürftigen Regelungslücke nicht gesehen habe oder durch Anwendung der deutschen Normen im Sinne einer Rückverweisungsmöglichkeit hätte lösen wollen.

Mit dem angefochtenen Beschluss hat das AG die zur Erteilung eines Erbscheins gemäß Antrag der Bet. zu 1) erforderlichen Tatsachen für festgestellt erachtet und angekündigt, einen Erbschein dahin zu erlassen, dass der Erblasser beerbt worden ist von der Bet. zu 1) zu 2/3 des Nachlasses und von der Bet. zu 2) zu 1/3 des Nachlasses. Es hat die sofortige Wirksamkeit des Beschlusses ausgesetzt und die Erteilung des Erbscheins bis zur Rechtskraft des Beschlusses zurückgestellt.

Zur Begründung hat das AG angeführt, der Erblasser sei als österreichischer Staatsangehöriger nach österreichischem Erbstatut beerbt worden. Danach seien bei gesetzlicher Erbfolge die Ehefrau zu 1/3 und die Abkömmlinge zu 2/3 Miterben. Eine Erhöhung des Erbteils der Ehefrau nach deutschem Güterrecht – § 1371 Abs. 1 BGB – komme nicht in Betracht. Zwar sei für die güterrechtlichen Folgen der in Deutschland geschlossenen Ehe (die Eheleute hätten auch in Deutschland gelebt) deutsches Recht anzuwenden. Indes könne die Erhöhung nach § 1371 Abs. 1 BGB nur dann erfolgen, wenn Erb- und Güterstatut derselben Rechtsordnung zuzuordnen seien oder zumindest angepasst werden könnten. Hieran fehle es. Eine entsprechende Anwendung würde das ausländische Erbrecht verfälschen (unter Verweis auf OLG Stuttgart ZEV 2005, 443 f. = RNotZ 2005, 632 = DNotZ 2005, 296 und jurisPK-BGB/Ludwig, 6. Aufl. 2012, Art. 15 EGBGB Rn. 74).

Gegen diesen ihr am 26. 2. 2013 zugestellten Beschluss hat die Bet. zu 2) am 19. 3. 2013 Beschwerde eingelegt. Zur Begründung hat sie ausgeführt, entgegen der Auffassung des Nachlassgerichtes werde bei Anwendung des § 1371 Abs. 1 BGB das ausländische Erbrecht nicht verfälscht, weil es sich bei dieser Vorschrift um eine solche des Güterrechts und nicht des Erbrechts handele. Der Zugewinnausgleich sei ein maßgebliches Rechtsinstitut des deutschen Güterrechts. Dieses würde verfälscht, wenn man die genannte Bestimmung in Fällen wie dem vorliegenden nicht zur Anwendung bringen würde.

Das AG hat dieser Beschwerde mit Beschluss vom 24. 5. 2013 nicht abgeholfen und ausgeführt: Es sei zwar zutreffend, dass es sich bei der Vorschrift des § 1371 Abs. 1 BGB nach überwiegender Ansicht um eine güterrechtliche Bestimmung handle (unter Verweis auf Staudinger/Mankowski, BGB, Art. 15 EGBGB Rn. 342). Indes folge hieraus nicht, den Zugewinn als Erbquote auch dann zu verwirklichen, wenn das anzuwendende Erbstatut eine solche Erbquote nicht kenne, da das Erbstatut die Erbquote bestimme (unter Verweis auf OLG Stuttgart

a.a.O.). Ob der der Bet. zu 2) zustehende Zugewinnausgleich schuldrechtlich auszugleichen sei, sei nicht Gegenstand dieses Verfahrens.

#### Aus den Gründen:

II. Die Beschwerde ist nach den §§ 58 ff. FamFG zulässig und hat auch in der Sache Erfolg. Entgegen der Auffassung des AG ist § 1371 Abs. 1 BGB anzuwenden, weshalb der Erbscheinsantrag der Bet. zu 1) zurückzuweisen ist.

#### Wenn für einen Erbfall deutsches Güter- und ausländisches Erbrecht zur Anwendung kommt, ist es seit langem streitig, ob § 1371 Abs. 1 BGB gilt

Im vorliegenden Fall geht es um die in Rechtsprechung und Literatur seit vielen Jahren höchst strittige Frage, ob § 1371 Abs. 1 BGB auch dann gilt, wenn im Erbfall zwar deutsches Ehestatut, aber ausländisches Erbstatut anzuwenden ist. Konkret für den Fall der Anwendung des österreichischen Erbstatuts hatte sich das LG Mosbach (ZEV 1998, 489f.) dahin entschieden, dass § 1371 Abs. 1 BGB Anwendung finde, wegen der sich dann gegenüber dem deutschen Recht ergebenden erhöhten Erbquote aber eine Angleichung stattzufinden habe, so dass der überlebende Ehepartner insgesamt zu  $\frac{1}{2}$  erbe. Diese Entscheidung hat damals in der Literatur viel Zustimmung erfahren und findet sie auch weiterhin (etwa Palandt/Thorn, BGB, 72. Aufl. 2013, Art. 15 EGBGB Rn. 26; MünchKomm-BGB/Siehr, 5. Aufl. 2010, Art. 15 EGBGB Rn. 117; Bamberger/Roth/Otte, BGB, 2. Aufl. 2008, Art. 15 EGBGB Rn. 67 sowie dort auch Lorenz, Art. 25 EGBGB Rn. 56). Anders entschieden hat aber das OLG Stuttgart in dem auch vom AG im vorliegenden Verfahren in Bezug genommenen Beschluss aus dem Jahr 2005 (ZEV 2005, 443 f. = RNotZ 2005, 632 = DNotZ 2005, 296), der ebenfalls österreichisches Erbstatut betrifft. Es hat eine Erhöhung der Erbquote durch Anwendung von § 1371 Abs. 1 BGB in einem derartigen Fall ausgeschlossen und offen gelassen, inwieweit dann ein „schuldrechtlicher Ausgleich“ im Hinblick auf den Zugewinnausgleich vorzunehmen sei. Diese Entscheidung hat in der Literatur nur wenig Zustimmung gefunden (etwa Ludwig, jurisPK-BGB, 6. Aufl. 2012, Art. 14 EGBGB Rn. 74), nicht selten dagegen entschiedene Ablehnung (statt vieler etwa nur Dörner in ZEV 2005, 444 f. – er nennt die Entscheidung „höchst unzulänglich begründet“). Jüngere obergerichtliche Judikate beziehen indes durchaus auf die Stuttgarter Entscheidung und argumentieren für andere Länder ähnlich (etwa OLG Frankfurt ZEV 2010, 253 ff., bei juris Rn. 9 und OLG Köln ZEV 2012, 205 ff., bei juris Rn. 17 f. = DNotI-Report 2012, 107 – diese Entscheidung kritisiert wiederum Lange in ZEV 2012, 207 f. und spricht von einer „äußerst dürftige Auseinandersetzung mit der herrschenden Ansicht“).

Eine jüngste Entscheidung des OLG München (ZEV 2012, 591 ff., bei juris Rn. 19 f. = MittBayNot 2013, 73 = DNotI-Report 2012, 107) spricht sich für die Anwendbarkeit der güterrechtlich qualifizierten Vorschrift des § 1371 Abs. 1 BGB in Fällen ausländischen Erbstatuts aus (vgl. dazu auch die Anm. von Süß in MittBayNot 2013, 74 f.).

#### Aufgrund der österreichischen Staatsangehörigkeit des Erblassers richtet sich das Erbstatut nach Art. 25 Abs. 1 EGBGB nach österreichischem Recht

1. Im Ausgangspunkt ist das AG mit beiden Bet. zutreffend davon ausgegangen, dass sich das Erbstatut des Erblassers nach österreichischem Recht richtet. Gemäß Art. 25 Abs. 1 EGBGB unterliegt die Rechtsfolge von Todes wegen dem Recht des Staates, dem der Erblasser im Zeitpunkt seines Todes angehörte. Das österreichische Recht nimmt diese Verweisung gemäß den §§ 28 Abs. 1 und 9 Abs. 1 österreichisches IPRG an. Nach österreichischem Recht – § 757 Abs. 1 S. 1 ABGB – ist der Ehegatte des Erblassers neben ehelichen Kindern Erbe zu  $\frac{1}{3}$ .

#### Für die Ehe des Erblassers kommt gemäß Art. 15 Abs. 1 i. V. m. Art. 14 Abs. 1 Ziffer 2 EGBGB deutsches Güterrecht zur Anwendung

2. Das AG ist mit der Rechtsauffassung beider Bet. auch zutreffend davon ausgegangen, dass sich das Güterrechtsstatut des Erblassers nach deutschem Recht richtet. Für diese im Jahr 2000 geschlossene Ehe ist Art. 15 EGBGB in der derzeit geltenden Fassung anzuwenden (vgl. Art. 220 Abs. 3 S. 2 EGBGB). Nach Art. 15 Abs. 1 EGBGB unterliegen die güterrechtlichen Wirkungen der Ehe dem bei der Eheschließung für die allgemeinen Wirkungen der Ehe maßgebenden Recht. Weil die Eheleute weder für die Ehwirkungen noch für die güterrechtlichen Wirkungen der Ehe eine Rechtswahl getroffen haben und weil sie unterschiedlichen Staaten angehören, greift Art. 14 Abs. 1 Ziffer 2 EGBGB ein. Danach unterliegen die allgemeinen Wirkungen der Ehe dem Recht des Staates, in dem beide Ehegatten ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben oder während der Ehe zuletzt hatten, wenn einer von ihnen dort noch seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Hier ist die Ehe nicht nur in Deutschland geschlossen worden, sondern hatten die Bet. zu 2) und der Erblasser ihren gewöhnlichen Aufenthalt auch zuletzt in Deutschland.

#### Aufgrund der Anwendung des deutschen Güterrechtsstatuts kommt eine Anwendung des § 1371 Abs. 1 BGB generell in Betracht

3. Gilt somit deutsches Güterrechtsstatut und standen die Eheleute im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft, so könnte § 1371 Abs. 1 BGB Anwendung finden, wonach dann, wenn der Güterstand durch den Tod eines Ehegatten beendet wird, der Ausgleich des Zugewinns dadurch verwirklicht wird, dass sich der gesetzliche Erbteil des Überlebenden um  $\frac{1}{4}$  der Erbschaft erhöht.

#### Es stellt sich die Frage, wie § 1371 Abs. 1 BGB international privatrechtlich zu qualifizieren ist

Indes kennt das österreichische Recht einen solchen güterrechtlichen Ausgleich nicht. Nach dem ABGB ist gesetzlicher Güterstand in Österreich die Gütertrennung. Es stellt sich deshalb die Frage, ob bei Geltung des österreichischen Erbstatuts einerseits und des deutschen Güterrechtsstatuts andererseits § 1371 Abs. 1 BGB Anwendung finden kann. Diese Frage zielt darauf ab, wie § 1371 Abs. 1 BGB international privatrechtlich zu qualifizieren ist.



Hier gibt es im Grundsatz drei Möglichkeiten: § 1371 Abs. 1 BGB kann als güterrechtliche Norm, als erbrechtliche Norm oder als eine Norm mit Doppelqualifikation (güterrechtlich/erbrechtlich) qualifiziert werden.

### **1. Auffassung: § 1371 Abs. 1 BGB ist rein erbrechtlich zu qualifizieren**

Geht man von einer rein erbrechtlichen Qualifikation aus, kommt eine Anwendung bei Geltung eines ausländischen Erbstatuts – wie hier das österreichische Erbrechtsstatut – nicht in Betracht. Eine reine erbrechtliche Qualifikation wird allerdings soweit ersichtlich nur in bereits sehr alter Literatur vertreten (Auflistung bei Staudinger/Mankowski, Neubearb. 2011, Art. 15 EGBGB Rn. 343 – wenn Mankowski dort OLG Frankfurt ZEV 2010, 253 f. für diese Ansicht anführen will, dürfte das nicht richtig sein. Das OLG Frankfurt folgt a.a.O. Rn. 9 und 12 ff. der Lösung des OLG Stuttgart a.a.O., das seinerseits aber wohl der güterrechtlichen Lösung folgen will, im Ergebnis indes der Lösung über die Doppelqualifikation nahe kommt).

### **2. Auffassung: § 1371 Abs. 1 BGB ist erb- wie auch güterrechtlich zu qualifizieren („Doppelqualifikation“)**

Geht man von einer Doppelqualifikation aus, wäre das nachvollziehbare Ergebnis, dass § 1371 Abs. 1 BGB nur anzuwenden ist, wenn sowohl deutsches Güter- als auch das deutsche Erbstatut gilt. Dieser Auffassung möchte wohl das AG im angefochtenen Beschluss folgen. Eine Doppelqualifikation wird offenbar (nicht gänzlich eindeutig) vertreten vom OLG Köln (in ZEV 2012, 205 ff., bei juris Rn. 17 = DNotI-Report 2012, 107) und in der Literatur von Birk (in MünchKomm-BGB, 5. Aufl. 2010, Art. 25 EGBGB Rn. 158; weitere Nachweise für diese Auffassung in Staudinger/Mankowski, a.a.O., Art. 15 EGBGB Rn. 343; in der Literatur wird teilweise ausgeführt, dass die Entscheidungen des OLG Stuttgart a.a.O. = RNotZ 2005, 296 = DNotZ 2005, 632 und OLG Frankfurt ZEV 2010, 253 ff. letztlich eine Lösung vertreten würden, die der Doppelqualifikation nahestehe).

### **3. Auffassung: § 1371 Abs. 1 BGB ist allein güterrechtlich zu qualifizieren**

Qualifiziert man aber § 1371 Abs. 1 BGB als (allein) güterrechtliche Norm, dann steht unter der Voraussetzung, dass deutsches Güterrechtstatut anzuwenden ist, einer Anwendung dieser Norm auch im Falle eines ausländischen Erbstatuts nichts Grundsätzliches entgegen (zu einer Einschränkung insoweit später). Die wohl nach wie vor ganz überwiegende Meinung qualifiziert § 1371 Abs. 1 BGB als güterrechtliche Norm (OLG Stuttgart, a.a.O., bei juris Rn. 11 eigentlich eindeutig: „Der Zugewinnausgleich des § 1371 Abs. 1 BGB ist güterrechtlicher Art“; LG Mosbach, a.a.O.; OLG München, a.a.O., bei juris Rn. 19; offen gelassen von OLG Düsseldorf ZEV 2009, 190 ff. bei juris Rn. 44 – dort Alternative: sowohl güter- als auch erbrechtlich qualifiziert, also möglicherweise Doppelqualifikation; in der Literatur für allein güterrechtliche Einordnung der Norm etwa: Staudinger/Dörner, Neubearb. 2007, Art. 25 EGBGB Rn. 34 und ders., Anm. zu OLG Stuttgart in ZEV 2005, 444; Bamberger/Roth/Mörsdorf-Schulte, BGB, 2. Aufl. 2008,

Art. 15 EGBGB Rn. 47; Bamberger/Roth/Lorenz, a.a.O., Art. 25 EGBGB Rn. 56; jurisPK-BGB/Ludwig, a.a.O., Art. 15 EGBGB Rn. 71; Staudinger/Mankowski, a.a.O., Art. 15 EGBGB Rn. 346 ff.; in manchen Kommentaren wird die Auffassung vertreten, die güterrechtliche Qualifikation von § 1371 Abs. 1 BGB werde inzidenter auch vom BGH in einer bereits älteren Entscheidung aus dem Jahr 1963, BGHZ 40, 32, 34 f., vertreten – deutlich ist das dort allerdings nicht herauszulesen).

### **Der Senat schließt sich der Auffassung an, das § 1371 Abs. 1 BGB allein güterrechtlich zu qualifizieren ist**

Überzeugend erscheint dem Senat die herrschende Meinung, die § 1371 Abs. 1 BGB allein güterrechtlich qualifiziert. Die Norm regelt die der erbrechtlichen Verteilung grundsätzlich (zeitlich) vorgelagerte Frage, wie im Falle des Todes einer der Ehepartner der güterrechtliche Ausgleich erfolgen soll. Es geht dort also nicht um einen Modus der Verteilung des Nachlasses, sondern um die davon abweichende, zuvor zu klärende güterrechtliche Frage, wie der überlebende Ehegatte an dem während der Ehe erfolgten Vermögenszuwachs zu beteiligen ist. Mithin spricht neben der Stellung der Norm im Gesetz (nämlich im Titel: Eheliches Güterrecht) auch gerade der Sinn und Zweck der Vorschrift für eine güterrechtliche Qualifikation (LG Mosbach a.a.O.; Staudinger/Mankowski, a.a.O., Art. 15 EGBGB Rn. 346 f.). Es liegt ganz auf dieser Linie, dass sich auch bei der Auslegung der ErbRVO eine Tendenz abzeichnet, § 1371 Abs. 1 BGB als rein güterrechtliche Vorschrift zu qualifizieren, die nach Art. 1 Abs. 2 lit. d ErbRVO vom Anwendungsbe- reich der ErbRVO ausgenommen ist (Simon/Buschbaum, Die neue EU-Erbrechtsverordnung, NJW 2012, 2393, dort unter II.2.b.).

Bei der technischen Durchführung dieses güterrechtlichen Ausgleichs entscheidet sich das deutsche Recht in § 1371 Abs. 1 BGB zwar dafür, ihn durch eine pauschale Erbteilerhöhung zu realisieren. Dabei geht es aber nur um die Verwirklichung des grundsätzlichen Ziels, einen Ausgleich des Vermögens, das während der Ehe entstanden ist, zu erreichen, also eine güterrechtliche Lösung herbeizuführen. Allein dieser rechtstechnische Weg, der aus Gründen der Vereinfachung und der Streitvermeidung gewählt worden ist, rechtfertigt nicht, der Norm eine auch erbrechtliche Qualifikation beizulegen. Solches rechtfertigt sich auch nicht vor dem Hintergrund, dass der pauschale Ausgleich nach § 1371 Abs. 1 BGB selbst in dem Falle erfolgt, wo der verstorbene Ehegatte einen ausgleichenden Zugewinn tatsächlich nicht erzielt hat. Denn auch dies betrifft nur den vom Gesetzgeber zur Lösung des güterrechtlichen Problems gewählten rechtstechnischen Weg und die von ihm dabei zur Streitvermeidung gewollte Pauschalierung und Vereinfachung (Mankowski, a.a.O., Art. 15 EGBGB Rn. 352 f.). Nachvollziehbar wird in der Literatur gegen die Doppelqualifikation letztlich angeführt (Mankowski a.a.O., Art. 15 EGBGB Rn. 358 bis 361; Horn, ZEV 2008, 417, 418;), dass die Vertreter dieser Auffassung der eigentlichen Qualifikationsentscheidung aus dem Weg gehen, nämlich einer notwendigen Entscheidung nach dem gewichteten Schwerpunkt. Würde man den Vertretern der Doppelqualifikation fol-

gen, wäre im Übrigen § 1371 Abs. 1 BGB nur ein kleinstmöglicher internationaler Anwendungsbereich vermittelt und entstünde ein deutlicher „Normmangel“, weil das dann ungelöste güterrechtliche Problem nur über Wege gelöst werden könnte, die sich für die rechtssuchenden Bürger als schwierig und umständlich erweisen würden (ihnen Steine statt Brot gibt, so Dörner, Anm. zu OLG Stuttgart ZEV 2005, 444, 445) – nämlich etwa über eine entsprechende Anwendung von § 1371 Abs. 2 BGB oder der §§ 1373 ff. BGB.

**Trotz Geltung eines ausländischen Erbstatus kommt es grundsätzlich zur Anwendung des § 1371 Abs. 1 BGB**

4. Ist § 1371 Abs. 1 BGB als güterrechtliche Norm zu qualifizieren, kommt es gerade unter Berücksichtigung des Umstands, dass das Güterrechtsstatut Priorität vor dem Erbstatut genießt, weil zur erbrechtlichen Verteilung nur gelangt, was nach einer güterrechtlichen Auseinandersetzung noch im Nachlass verbleibt (Dörner, Anm. zu OLG Stuttgart ZEV 444, 445; ders. in Staudinger, Neubearbeitung 2007, Art. 25 EGBGB Rn. 38; Horn ZEV 2008, 417, 418), grundsätzlich zu einer Anwendung dieser Norm trotz Geltung des ausländischen – hier österreichischen – Erbstatuts. So entscheidet sich auch das LG Mosbach (in ZEV 1998, 489 f.) in einem Sachverhalt, der einen österreichischen Erblasser betrifft.

Indes kommt das OLG Stuttgart (ZEV 2005, 443 f.) trotz des grundsätzlich gleichen Ausgangspunktes – der Zugewinnausgleich des § 1371 Abs. 1 BGB ist güterrechtlicher Art – zu einem anderen Ergebnis. Zur Begründung führt es an, es rechtfertige sich nicht, den Zugewinn als Erbquote auch dann zu verwirklichen, wenn das anzuwendende ausländische Erbrecht (wie hier das österreichische Recht) eine solche Erbquote nicht kenne. Unter Hinweis auf diese Argumentation des OLG Stuttgart formuliert das OLG Köln (in ZEV 2012, 205 ff.) dahin, die im ausländischen Recht verankerten Erbquoten müssten abschließend bleiben, und deswegen könne § 1371 Abs. 1 BGB keine Anwendung finden, weil diese Norm ihr Ziel mit einem erbrechtlichen Instrument, nämlich der pauschalen Erhöhung der Erbquoten, umsetze und sich insoweit auf die Erbquote des ausländischen Rechts auswirke (ähnlich wohl auch die Auffassung des OLG Frankfurt in ZEV 2010, 253 ff.).

Bei dieser Begründung wird verkannt, dass die Anwendung von § 1371 Abs. 1 BGB nicht im Widerspruch zu den erbrechtlichen Quoten des ausländischen Rechts stehen kann, wenn das ausländische Erbstatut eben nur die erbrechtliche Quote des Ehegatten als Erben nach dem verstorbenen Erblasser festlegt, nicht aber die güterrechtliche Beteiligung des überlebenden Ehegatten an dem während der Ehe erarbeiteten Zugewinn regeln will. Es wird in diesem Zusammenhang von der zitierten Rechtsprechung auch übersehen, dass § 1371 Abs. 1 BGB mit der Erhöhung der Erbquote des Ehegatten nur einen rechtstechnischen Weg beschreibt, um ein anderes, nicht erbrechtlich bestimmtes Ziel zu erreichen, nämlich den güterrechtlichen Ausgleich. So gesehen vermag der Senat die Anwendung von § 1371 Abs. 1 BGB in solchen Fällen nicht als unzulässigen Eingriff in das ausländische Erbstatut zu werten.

**Auch ein ausländischer Erbteil kann ein gesetzlicher Erbteil i. S. d. § 1371 Abs. 1 BGB sein, wenn das ausländische Recht mit der Ehegattenerbquote nicht auch die güterrechtliche Beteiligung des überlebenden Ehegatten an dem abzuwickelnden Güterstand regelt**

5. Zu prüfen ist aber noch, ob im vorliegenden Fall die Voraussetzungen des § 1371 Abs. 1 BGB auch gegeben sind. Nach dieser Norm wird dann, wenn der Güterstand durch den Tod eines Ehegatten beendet wird, der Ausgleich des Zugewinns dadurch verwirklicht, dass sich „der gesetzliche Erbteil des überlebenden Ehegatten“ um 1/4 der Erbschaft erhöht. Geklärt werden muss, ob dieser „gesetzliche Erbteil“ i. S. d. genannten Norm auch ein Erbteil sein kann, der sich aus der Anwendung ausländischen Rechts ergibt.

Nach ganz überwiegender Auffassung ist diese Frage nicht eine solche des Kollisionsrechts, sondern der Auslegung der Norm selbst. Die Lösung des Auslegungsproblems wird durch Heranziehung der gesetzlich allerdings nicht fixierten, aber anerkannten Regeln der sogenannten Substitution gefunden. Nach diesen Regeln kann eine fremde Rechtserscheinung unter eine inländische Sachnorm subsumiert werden, wenn die fremde Rechtserscheinung mit den von der deutschen Sachnorm beschriebenen inländischen Vorgängen und Rechtsverhältnissen funktionell gleichwertig ist (Staudinger/Dörner, Neubearb. 2007, Art. 25 EGBGB Rn. 36; Horn, ZEV 2008, 417, 419; MünchKomm-BGB/Siehr, 5. Aufl. 2010, Art. 15 EGBGB Rn. 117; Bamberger/Roth/Lorenz, a.a.O., Art. 25 EGBGB Rn. 57). Diese Voraussetzungen liegen jedenfalls dann vor, wenn das ausländische Erbrecht mit der Erbquote für den überlebenden Ehegatten nicht gerade auch dessen güterrechtliche Beteiligung an dem abzuwickelnden Güterstand regeln und erfassen will. Eine solche Absicht des ausländischen Gesetzgebers sei „selten anzutreffen“ (Siehr, a.a.O.).

**Das österreichische Ehegattenerbrecht kann keinen güterrechtlichen Ausgleich bewirken wollen, da nach österreichischem Recht die Gütertrennung gesetzlicher Güterstand ist**

Der Senat folgt der Auffassung, dass eine solche güterrechtliche Zielsetzung, wenn sie denn angenommen werden sollte, im Text der Norm fassbar zum Ausdruck kommen muss, etwa durch eine güterstandsspezifische Differenzierung (ebenso Staudinger/Dörner, Art. 25 EGBGB Rn. 444, 445). Das ist in § 757 des österreichischen ABGB nicht der Fall. Ebenso hat das LG Mosbach entschieden. Es hat nachvollziehbar ausgeführt, das österreichische Ehegattenerbrecht könne gar keinen güterrechtlichen Ausgleich bewirken wollen, weil gesetzlicher Güterstand nach dem ABGB die Gütertrennung sei (vgl. auch Staudinger/Mankowski, Neubearb. 2011, Art. 15 EGBGB Rn. 238).

Die Substitutionsvoraussetzungen liegen hier deshalb trotz des Umstandes vor, dass das gesetzliche Erbrecht des Ehegatten in Österreich mit 1/3 etwas höher als in Deutschland – 1/4 gegenüber miterbenden Kindern – ausfällt.

**Soweit dem Ehegatten des ausländischen Erblassers durch die Kombination des § 1371 Abs. 1 BGB und der ausländischen Ehegattenquote mehr verbleibt – hier 7/12 –, als wenn nur das ausländische oder nur das deutsche Recht angewandt würde, erhält dieser nur das, was ihm nach jedem Recht höchstens zustünde – hier ½ –**

6. Durch die Kombination des deutschen Ehegüterrechtsstatuts und des österreichischen Erbstatuts würde sich allerdings die 1/3-Quote des überlebenden Ehegatten aus § 757 ABGB um 1/4 nach § 1371 Abs. 1 BGB auf dann insgesamt 7/12 erhöhen und mithin insgesamt höher liegen, als wenn isoliert nur das österreichische oder nur das deutsche Recht angewandt wird.

Indes ist dieser Fall der Überhöhung durch Normenhäufung im internationalen Privatrecht durchaus bekannt und kann im Wege der sogenannten Angleichung dadurch gelöst werden, dass dem überlebenden Ehegatten nur das zukommt, was ihm nach jedem Recht höchstens zustünde (LG Mosbach ZEV 1998, 489, 490; OLG Hamm IPPrax 1994, 49; Bamberger/Roth/Mörsdorf-Schulte, a.a.O., Art. 15 EGBGB Rn. 49; Staudinger/Mankowski, a.a.O., Art. 15 EGBGB Rn. 376 ff.; speziell auch für das österreichische Erbstatut Dörner, ZEV 2005, 444, 445; Palandt/Thorn, a.a.O., Art. 15 EGBGB Rn. 26).

Dieser Lösung durch Angleichung folgt auch der Senat. Sie führt dazu, dass den Parteien nicht „Steine statt Brot“ (Dörner, a.a.O.) gegeben werden muss, wie dies bei der Lösung des OLG Stuttgart und einem anschließenden, nicht näher bestimmten „schuldrechtlichen Ausgleich“ der Fall wäre.

[. . .]

#### **Die Rechtsbeschwerde wird zur Fortbildung des Rechts und zur Sicherung der einheitlichen Rechtsprechung zugelassen**

9. Wie aufgezeigt werden in Rechtsprechung und Literatur zu der Problematik der Anwendung von § 1371 Abs. 1 BGB bei Geltung von ausländischem Erbstatut und deutschem Güterrechtsstatut unterschiedliche Lösungsansätze vertreten und gibt es dazu eine insgesamt sehr intensive, kontroverse Diskussion. Die Zulassung der Rechtsbeschwerde nach § 70 Abs. 2 Ziffer 2 FamFG zur Fortbildung des Rechts und zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erscheint dem Senat zwingend (die Rechtsbeschwerde zugelassen haben bereits das OLG Köln in ZEV 2012, 205 ff. und das OLG München in ZEV 2012, 591 ff.).

#### **4. Erbrecht – Zur Wirtschaftsfähigkeit des Kindes als Voraussetzung für die Hoferbeneigenschaft (OLG Hamm, Beschluss vom 11. 10. 2013 – 10 W 26/13)**

##### **HöfeO §§ 5; 6**

##### **1. Für die Beurteilung der Hoferbfolge mit Eintritt des Nacherbfalls kommt es nicht darauf an, ob die landwirtschaftliche Besitzung, die im Zeit-**

**punkt des Erbfalls ein Hof i. S. d. HöfeO war, bis zum Eintritt des Nacherbfalls die Hofeigenschaft verloren hat.**

- 2. Nacherbe des Hofes wird derjenige, der zum Hoferben des Eigentümers berufen wäre, wenn dieser erst im Zeitpunkt des Nacherbfalls verstorben wäre. Voraussetzung dafür ist, dass der Nacherbe in diesem Zeitpunkt wirtschaftsfähig ist.**
- 3. Für die Wirtschaftsfähigkeit eines Kindes ist für den Zeitpunkt des Nacherbfalls die Prognose zu stellen, ob nach Neigung und Einfluss der Umwelt die Annahme gerechtfertigt ist, das Kind werde in den landwirtschaftlichen Beruf hineinwachsen.**
- 4. Ist keiner der in Betracht kommenden Nacherben wirtschaftsfähig, dann wird der Vorerbe im Zeitpunkt des Nacherbfalls zum Vollerben mit der Folge, dass der Hof in seinen Nachlass fällt.**

##### **Zur Einordnung:**

Der vorliegenden Entscheidung des OLG Hamm liegt der Erbfall eines verheirateten und ohne Hinterlassung von Abkömmlingen bereits im Jahre 1962 verstorbenen Erblassers mit Hofeigentum zugrunde. Da mit der Mutter und zwei Schwestern des Erblassers Verwandte der damaligen Hoferbenordnung 4 und 5 vorhanden waren, erhielt die Ehefrau des Erblassers den Hof nach § 6 Abs. 3 HöfeO in der Fassung vor dem 31. 10. 1964 nur als Hofvorerbin. Die Hofvorerbin verstarb erst im Jahre 2011. Über die Erbfolge hinsichtlich des Hofes hatte nun das OLG Hamm zu entscheiden. Nach dem Tod der Hofvorerbin wäre nach § 6 Abs. 3 HöfeO in der vorgenannten Fassung (die nach fast einhelliger Auffassung weiter zur Anwendung kommt, vgl. nur Wöhrmann, Das Landwirtschaftserbrecht, 10. Aufl. 2012, § 8 Rn. 55 m. w. N.; Fassbender/Pikalo, DNotZ 1980, 81 ff.; OLG Hamm ArgR 1984, 222) derjenige Hofnacherbe, der als Hoferbe des Erblassers berufen wäre, wenn der Erblasser erst zu diesem Zeitpunkt gestorben wäre. Da jedoch nach Auffassung des Senats keiner der in Betracht kommenden Nacherben im Moment des Nacherbfalls wirtschaftsfähig war, wurde die Vorerbin mit ihrem Tode Vollerbin des Hofes. Trotz der hier erfolgenden Anwendung der HöfeO in der Fassung bis zum 31. 10. 1964 sind mit der vorliegenden Entscheidung des OLG Hamm auch für das heutige Höferecht relevante Rechtsfragen – insbesondere aus dem Bereich der Vor- und Nacherbschaft – behandelt worden.

Für § 8 HöfeO in der Fassung bis zum 30. 6. 1976 hat der BGH bereits vor kurzem (DNotZ 2013, 446 = DNotI-Report 2013, 54) entschieden, dass eine landwirtschaftliche Besitzung, die im Zeitpunkt des Eintritts des Vorerbfalls ein Hof i. S. d. HöfeO war, sich auch dann nach dem Sondererbrecht der HöfeO vererbt, wenn die Hofeigenschaft vor Eintritt des Nacherbfalls wegfällt. Insoweit sieht der BGH die Hofeigenschaft bis zum Eintritt des Nacherbfalls als fortbestehend an (so bereits OLG Köln DNotZ 1978, 308, a. A. Wöhrmann, a.a.O., § 7 HöfeO Rn. 22 m. w. N. zu beiden Auffassungen). Dies bestätigt das OLG Hamm



unter Bezugnahme auf diese Entscheidung des BGH vorliegend auch für § 6 Abs. 3 HöfeO in der vorgenannten Fassung.

Gesetzlicher oder gewillkürter Hoferbe kann nach § 6 Abs. 6 und 7 HöfeO nur werden, wer wirtschaftsfähig (vgl. hierzu Wöhrmann, a.a.O., § 6 HöfeO Rn. 85 ff. m. w. N.) ist. Die Wirtschaftsfähigkeit des Hoferben muss nach einhelliger Auffassung im Zeitpunkt des Hoferbfalls vorliegen, da der Hoferbe bereits dann in der Lage sein muss, den Hof ohne längere Umstellungszeit ordnungsgemäß weiter zu bewirtschaften (BGH MDR 1980, 132). Das OLG Hamm bestätigt für die Bewertung der Wirtschaftsfähigkeit eines Hofnacherben die bisher schon vorherrschende Auffassung (Gehse, RNotZ 2008, 342 m. w. N.), dass diese Bewertung auf den Zeitpunkt des Nacherbfalls vorzunehmen ist.

Nach § 6 Abs. 6 S. 2 HöfeO scheidet ein Erbanwärter trotz Wirtschaftsuntüchtigkeit nicht generell als Hoferbe aus, wenn alleine seine mangelnde Altersreife der Grund seiner Wirtschaftsuntüchtigkeit ist (vgl. nur Wöhrmann, a.a.O., § 6 Rn. 128 ff.). Für den minderjährigen Hofanwärter ist in diesem Fall zu prognostizieren, ob er nach Neigung und Einfluss der Umwelt die Annahme rechtfertigt, dass er in den landwirtschaftlichen Beruf hineinwachsen wird (vgl. zu dieser Prognose u. a. OLG Oldenburg BeckRS 2011, 10696; OLG Celle NdsRpfl 2010, 381; OLG Hamm BeckRS 2008, 24573). Auch diese Prognoseentscheidung ist nach Auffassung des OLG Hamm für einen Nacherben ausschließend für den Zeitpunkt des Nacherbfalls zu treffen.

*Die Schriftleitung (PH)*

### Zum Sachverhalt:

I. Die Bet. streiten um die Hoferbfolge an dem im Grundbuch von B. seit dem 23. 12. 1946 als Hof eingetragenen landwirtschaftlichen Grundbesitz.

Vormals gehörte der landwirtschaftliche Besitz dem am ... 1936 geborenen B-C1, der diesen seinerseits von seinem Vater, dem am ... 1953 verstorbenen M-C1, geerbt hatte. Die am ... 1934 und ... 1940 geborenen Bet. zu 2) und 3) sind die weiteren Kinder des M-C1 und Schwestern des B-C1. Die am ... 1979 geborene Bet. zu 4) ist das einzige Kind der Bet. zu 3), das im Wege der Volladoption von der Bet. zu 2) angenommen worden ist. Die Bet. zu 2) hat keine weiteren Kinder. Der Bet. zu 5) ist das am ... 2011 geborene Kind der Bet. zu 4).

B-C1 war in erster Ehe mit N-C1 verheiratet. Er verstarb am ... 1962 kinderlos. Bis zu seinem Tod unterhielt er auf dem o. g. Besitz einen landwirtschaftlichen Betrieb. Seine Witwe N-C1 heiratete nach dem frühen Tod ihres ersten Mannes erneut, und zwar ihren zweiten Ehemann T. Der Bet. zu 1) ist das einzige noch lebende Kind aus dieser zweiten Ehe der T., vormals C1.

Nach dem Tod von B-C1 wurde seine Ehefrau N-C1, später T., Vorerbin des o. g. landwirtschaftlichen Besitzes. Nach dem Beschluss des Landwirtschaftsgerichts B. vom 4. 4. 1962 besteht hinsichtlich dieses Hofes Nacherbfolge, die mit dem Tod der Vorerbin eintreten soll. Danach wird Nacherbe, wer in diesem Zeitpunkt als Hoferbe des Voreigentümers, des Bauern B-C1 dazu berufen ist. Ein entsprechender Nacherbenvermerk wurde in Abt. II des Grundbuchs eingetragen.

T., vormals C1, verpachtete nach dem Tod ihres ersten Ehemannes die zum Hof gehörenden Grundstücke an ihren zwei-

ten Ehemann T., der diese von seinem eigenen Hof in B., aus bewirtschaftete. Die frühere Hofstelle wurde bis in das Jahr 1995 von der Mutter des B-C1, E. C1, bewohnt. Seitdem ist die Hofstelle unbenutzt und verfällt ebenso wie die früheren Wirtschaftsgebäude, die seit dem Tod des B-C1 nicht mehr für die Landwirtschaft genutzt wurden. Der zweite Ehemann der T. verstarb am ... 2009, sie selbst starb am ... 2011 und wurde von ihrem Sohn, dem Bet. zu 1), allein beerbt. Die zum früheren Hof C1 gehörenden Grundstücke werden derzeit vom Bet. zu 1) als Pächter landwirtschaftlich bestellt. Der Pachtvertrag hat noch eine Laufzeit bis in das Jahr 2016.

Die Bet. zu 4) hat in dem beigezogenen Verfahren – AG B., 8 Lw 95/11 – die Erteilung eines Hoffolgezeugnisses beantragt. Dieses Verfahren ist im Hinblick auf das vorliegende Verfahren ausgesetzt worden. Im vorliegenden Verfahren hat sich der Bet. zu 1) zunächst auf den Wegfall der Hofeigenschaft nach dem Tod des B-C1 berufen. Schließlich hat der Bet. zu 1) beantragt, festzustellen, dass unter den nach Höferecht berufenen Personen – den Bet. zu 2) – 4) – sich niemand befindet, der wirtschaftsfähig gem. § 6 VII HöfeO ist; weiter hat er begehrt, festzustellen, dass er nach dem Tod seiner Mutter Hoferbe des o. g. Besitzes geworden ist, hilfsweise, dass beim Tod seiner Mutter kein Hof mehr gegeben war.

Die Bet. zu 2) bis 4) haben den Anträgen widersprochen und die Auffassung vertreten, dass der Bet. zu 1) nicht als Hoferbe in Betracht komme, weil er mit dem Erblasser B-C1 nicht verwandt gewesen sei. Seine Mutter habe den Hof nie selbst bewirtschaftet sondern bewusst verfallen lassen. Die Bet. zu 4) hat behauptet, ein Wiederanspannen des früheren landwirtschaftlichen Betriebes aus den Mitteln des Hofes sei möglich und dazu ein Betriebskonzept vorgelegt. Weiter hat sie gemeint, dass sie wirtschaftsfähig sei und sich hierfür auf ein landwirtschaftliches Praktikum, das sie in der Zeit vom 1. 7. bis zum 21. 10. 2011 und vom 11. bis zum 23. 3. 2012 absolviert hat, berufen sowie auf die Teilnahme an einem absolvierten Lehrgang zur Agrar-Bürokauffrau in der Zeit vom 14. 9. bis 30. 11. 2011.

Das Landwirtschaftsgericht hat mit Beschluss vom 16. 4. 2013 hierzu eine Stellungnahme der Landwirtschaftskammer vom 3. 4. 2012 eingeholt und die Bet. sowie den Vertreter der Landwirtschaftskammer persönlich angehört. Auf das Sitzungsprotokoll vom 16. 4. 2013 wird verwiesen.

Das Landwirtschaftsgericht hat den Anträgen des Bet. zu 1) – Feststellung, dass unter den nach Höferecht berufenen Personen, den Bet. zu 2)–4), sich niemand befindet, der wirtschaftsfähig ist, sowie Feststellung, dass der Bet. zu 1) mit dem Tod seiner Mutter Hoferbe der streitgegenständlichen Besitzung geworden ist – stattgegeben. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt: Die Hoferbfolge nach B-C1 unterliege dem Recht zum Zeitpunkt seines Todes im Jahr 1962. Danach sei seine Ehefrau N-C1 nur Hofesvorerbin geworden, § 6 I Nr. 3 HöfeO a. F. Die nun in Betracht kommenden Hoferben, die Geschwister des Erblassers, die Bet. zu 2) und 3), sowie seine Nichte, die Bet. zu 4), seien allesamt zum maßgeblichen Zeitpunkt des Nacherbfalls nicht wirtschaftsfähig gem. § 6 V HöfeO a. F. gewesen. Damit sei die Hofesvorerbin mit ihrem Tod Vollerbin geworden, mit der Folge, dass ihr einziger noch lebender Abkömmling, der Bet. zu 1), an dessen Wirtschaftsfähigkeit keine Zweifel bestünden, Hoferbe geworden sei. Wegen der Einzelheiten wird auf den Beschluss des Landwirtschaftsgerichts vom 16. 4. 2012 Bezug genommen.

Gegen diesen Beschluss hat die Bet. zu 4) form- und fristgerecht sofortige Beschwerde eingelegt, mit der sie ihr erstinstanzliches Begehren – Zurückweisung der Anträge des Bet. zu 1) – weiter verfolgt. Sie vertritt weiterhin die Auffassung, dass sie wirtschaftsfähig sei und trägt ergänzend vor, sie habe ihre landwirtschaftlichen Kenntnisse durch Teilnahme bei

einem 190-stündigen Kurs der Landwirtschaftskammer in der Zeit vom 24. 10. 2012 bis April 2013 vervollständigt. Zudem wendet sie ein, dass ihr am . . . 2011 geborener Sohn, der Bet. zu 5), an dem Verfahren zu beteiligen sei, weil auch er als Hoferbe in Betracht komme und von seiner späteren Wirtschaftsfähigkeit auszugehen sei.

Der Bet. zu 5) hat sich dem Beschwerdeabhilfeverfahren angeschlossen, und beantragt, festzustellen, dass er mit dem Tod der Vorerbin Hofnacherbe geworden ist und umfassend zu seiner Wirtschaftsfähigkeit vorgetragen, die nach seiner Ansicht nur aufgrund seines jungen Alters noch fehle.

[. . .]

Im Nicht-Abhilfe-Beschluss vom 18. 2. 2013 hat das Landwirtschaftsgericht klargestellt, dass sich unter den nach Höferecht berufenen Personen niemand befindet, der wirtschaftsfähig gem. § 6 VII HöfeO ist. Im Übrigen hat es den Beschwerden der Bet. zu 4) und 5) nicht abgeholfen und festgestellt, dass der Bet. zu 5) nicht wirtschaftsfähig ist, auch nicht allein aufgrund mangelnder Altersreife. Zur Begründung hat es ausgeführt, die Beschwerden der Bet. zu 4) und 5) seien unbegründet, weil auch eine erneute Überprüfung ergeben habe, dass die Wirtschaftsfähigkeit der Bet. zu 4) zum Zeitpunkt des Nacherbfalls nicht gegeben sei. Auch der Bet. zu 5) sei gem. § 6 VI 2 HöfeO nicht wirtschaftsfähig, weil die hierfür notwendige Erwartung, dass er in einen landwirtschaftlichen Beruf hineinwachsen werde, nicht begründet sei. Wegen der Einzelheiten sowie der Begründung wird auf den Beschluss des Landwirtschaftsgerichts vom 18. 2. 2013 Bezug genommen.

Gegen diesen Beschluss hat der Bet. zu 5) form- und fristgerecht Beschwerde eingelegt, mit der er sein erstinstanzliches Begehren weiterverfolgt und ergänzend zu seiner Wirtschaftsfähigkeit vorträgt. Er meint, aufgrund der gegebenen Tatsachen – insbesondere seines familiären Umfeldes – sei davon auszugehen, dass er in einen landwirtschaftlichen Beruf hineinwachsen werde. Insoweit verweist er unter anderem auf die vielfältigen Fortbildungen sowie das Engagement seiner Mutter im landwirtschaftlichen Bereich.

Auch die Bet. zu 4) hat gegen den Nicht-Abhilfe-Beschluss Beschwerde eingelegt. Sie ist weiterhin der Meinung, dass an ihrer Wirtschaftsfähigkeit kein Zweifel bestehe und fasst ihre Fortbildungen und ihr Engagement in der Landwirtschaft nochmals zusammen. Weiter meint sie, auch bei den Bet. zu 2) und 3) könne die Wirtschaftsfähigkeit nicht einfach verneint werden. Auch wenn auf den Zeitpunkt des Nacherbfalls abzustellen sei, müsse es ausreichen, wenn der Hoferbe ohne längere Umstellungszeit den Hof weiter bewirtschaften könne. Zudem sei bei einem verpachteten Hof dem Hoferben eine gewisse Einarbeitungszeit zuzugestehen. Bereits im Dezember 2010 habe sie sich bei der Landwirtschaftskammer nach Seminaren für junge Betriebsnachfolger erkundigt. Nur aufgrund ihrer Schwangerschaft habe sie dann zunächst von dem Absolvieren von Praktika und Lehrgängen abgesehen. Zudem habe sie den streitgegenständlichen Besitz regelmäßig mit einem befreundeten Landwirt besichtigt. Es könne nicht sein, dass nun ein nicht blutsverwandter Angehöriger Hoferbe werde. Schließlich meint sie, auch bei ihrem Sohn sei aufgrund des späteren Hoferwerbes und ihres Engagements eine steigende Affinität zur Landwirtschaft festzustellen.

Die Bet. zu 4) beantragt, den angefochtenen Beschluss in der Fassung des Nicht-Abhilfe-Beschlusses vom 18. 2. 2013 abzuändern und die Anträge des Bet. zu 1) zurückzuweisen.

Der Bet. zu 5) beantragt, die Beschlüsse des AG – Landwirtschaftsgericht – B. vom 16. 4. 2012 und 18. 2. 2013 abzuändern und die Anträge des Bet. zu 1) zurückzuweisen, und festzustellen, dass er mit dem Tod der Vorerbin T. Hofnacherbe geworden ist.

Der Bet. zu 1) beantragt, die gegnerischen Beschwerden zurück zu weisen.

Der Bet. zu 1) verteidigt die ergangenen Entscheidungen und trägt ergänzend vor, bereits die E-Mail der Bet. zu 4) vom 30. 12. 2010 an die Landwirtschaftskammer zeige, dass sie bis zum Nacherbfall noch keine landwirtschaftlichen Kenntnisse erworben habe. Auf ihre späteren Bemühungen käme es nicht an, ungeachtet dessen, dass die belegten Seminare keine Wirtschaftsfähigkeit vermitteln könnten. Bei dem Bet. zu 5) könne keine Wirtschaftsfähigkeit prognostiziert werden, weil beide Elternteile nicht in der Landwirtschaft tätig seien, ebenso wie die Bet. zu 2) und 3) seit ca. 50 Jahren keinen Kontakt zur Landwirtschaft gehabt hätten. Vor diesem familiären Hintergrund sei es eher wahrscheinlich, dass der Bet. zu 5) später in den gewerblichen Betrieb seines Vaters, der momentan Junior-Chef bei der Fa. Q Fensterbau sei, hineinwachsen werde. Im Übrigen reiche für die Wirtschaftsfähigkeit die Fähigkeit zu einer weiteren Verpachtung der Flächen nicht aus, vielmehr müsse der Hof in Eigenbewirtschaftung übernommen werden können. Schließlich handele es sich bei dem Bet. zu 1) nicht um einen hoffremden Erwerber, sondern um den Pächter der die Flächen seit Jahren gut bewirtschaftete.

Wegen des weiteren Vorbringens der Bet. wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

[. . .]

#### Aus den Gründen:

II. Die Beschwerden der Bet. zu 4) und 5), die sich gegen den Beschluss des Landwirtschaftsgerichts vom 16. 4. 2012 in der Fassung des Nicht-Abhilfe-Beschlusses vom 18. 2. 2013 richten, sind zulässig. Sie sind aber nur in einem geringen Umfang begründet, weil nur der Antrag des Bet. zu 1) auf Feststellung seiner Hoferbfolge, zurückzuweisen war. Im Übrigen blieben die Beschwerden ohne Erfolg.

Zu Recht hat das Landwirtschaftsgericht dem Antrag des Bet. zu 1), dass sich unter den nach Höferecht zur Hoferbfolge berufenen Personen niemand befindet, der wirtschaftsfähig ist, stattgegeben. Ebenso zutreffend ist die erstinstanzliche Feststellung, dass der Bet. zu 5) nicht wirtschaftsfähig ist.

Lediglich der Antrag des Bet. zu 1), wonach er mit dem Tod seiner Mutter, T., verwitwete C1, Hoferbe des landwirtschaftlichen Besitzes in B. geworden ist, ist unbegründet. Stattdessen war seinem Hilfsantrag auf Feststellung, dass im Zeitpunkt der Todes seiner Mutter kein Hof i. S. d. HöfeO mehr gegeben war, stattzugeben.

#### Die Hoferbfolge bestimmt sich hier nach der HöfeO in der Fassung vom 24. 4. 1947

1. Die Hoferbfolge nach dem am . . . 1962 verstorbenen B-C1 bestimmt sich nach dem zum Zeitpunkt seines Todes geltenden Höferecht in der Fassung vom 24. 4. 1947 (vgl. § 3 des Änderungsgesetzes zur HöfeO vom 24. 8. 1964).

#### Nach § 6 Abs. 3 HöfeO a. F. ist die Ehefrau des Erblassers nur Vorerbin des Hofes geworden, da der Erblasser im Jahre 1962 ohne Hinterlassung eigener Abkömmlinge verstorben ist

Bei dem im Grundbuch von B. eingetragenen Grundbesitz mit einer Größe von rund 24 Hektar handelte es sich zum Zeitpunkt des Erbfalls im Jahr 1962 um einen Hof

i. S. d. Höfeordnung. Ein Hofvermerk war seit dem 23. 12. 1946 für diesen Besitz im Grundbuch von B. eingetragen. Unstreitig ist auch, dass der Erblasser B-C1 auf diesem Besitz, den er von seinem Vater geerbt hatte, bis zu seinem Tod im Vollerwerb Landwirtschaft in Form von Ackerbau und Viehzucht betrieb. Da der Erblasser B-C1 ohne Hinterlassung eigener Abkömmlinge sowie einer letztwilligen Verfügung verstorben ist, hat seine damalige Ehefrau T., den Hof geerbt, allerdings gem. § 6 III HöfeO a. F. mit der Maßgabe, dass sie nur Hofvorerbin geworden ist. Das bedeutet, dass nach ihrem Tod derjenige Nacherbe des Hofes wird, der zu diesem Zeitpunkt als Hoferbe des Voreigentümers, also des Erblassers B-C1 berufen wäre, wenn dieser erst zum Zeitpunkt des Nacherbfalls verstorben wäre. Ein dementsprechender Beschluss zur Hoferbfolge ist nach dem Erbfall vom zuständigen Landwirtschaftsgericht gefasst worden.

**Ein Hof, der im Zeitpunkt des Eintritts des Vorerbfalls ein Hof i. S. d. Höfeordnung war, wird auch dann nach der HöfeO vererbt, wenn die Hofeigenschaft vor dem Eintritt des Nacherbfalls weggefallen ist**

Unmaßgeblich für die Beurteilung der Hoferbfolge mit Eintritt des Nacherbfalls am 2. 8. 2011 ist, ob der Hof in der Zeit nach dem Tod des Erblassers B-C1 und vor dem Eintritt des Nacherbfalls seine Hofeigenschaft verliert, wie es hier unstreitig der Fall war (vgl. dazu BGH, Beschluss vom 23. 11. 2012, ZEV 2013, 384 = DNotZ 2013, 446 = DNotI-Report 2013, 54). Damit kommt es für die Beurteilung der Hoferbfolge auch nicht darauf an, dass die Vorerbin den landwirtschaftlichen Betrieb ihres ersten Ehemannes nicht fortführte, die frühere Hofstelle sowie die Nebengebäude verfallen ließ und die zum Hof gehörenden Ländereien an ihren zweiten Ehemann verpachtete mit der Folge, dass diese seitdem von dem Hof des Pächters aus bewirtschaftet wurden.

**Als Hoferben kommen hier nach § 5 Nr. 4 HöfeO a. F. nur die Geschwister des Erblassers und deren Abkömmlinge in Betracht**

Zum Zeitpunkt des Todes der Vorerbin am . . . 2011 lebten die Eltern des Erblassers nicht mehr. Als Hoferben kommen somit gem. § 5 Nr. 4 HöfeO a. F. nur seine Geschwister, die Bet. zu 2) und 3), sowie deren Abkömmlinge, die Bet. zu 4) und 5), in Betracht.

**Die Geschwister des Erblassers und deren Abkömmlinge scheiden als Hoferben jedoch aus, wenn sie zum Zeitpunkt des Erbfalls nicht wirtschaftsfähig i. S. d. § 5 Abs. 4 HöfeO a. F. waren**

Allerdings scheiden die Vorgenannten als Hoferben aus, wenn sie beim Nacherbfall nicht wirtschaftsfähig i. S. d. § 6 VI HöfeO a. F. waren. Damit hängt die Hoferbfolge nach dem Erblasser B-C1 davon ab, ob einer seiner gem. § 5 IV HöfeO a. F. in Betracht kommenden Hoferben beim Erbfall wirtschaftsfähig war. Ist zum Zeitpunkt des Versterbens der Vorerbin am . . . 2011 keiner der nach § 5 HöfeO a. F. in Betracht kommenden Hoferben wirtschaftsfähig, führt das dazu, dass die vormalige Vorerbin mit dem Eintritt des Nacherbfalls zur Vollerbin wird, mit der Folge, dass der frühere Hof sich in der Fa-

milie der Vorerbin weiter vererbt (vgl. Lange-Wulff, 5. Aufl., § 6 HöfeO Rz. 82). So verhält es hier, weil bei keinem der als Hoferben in Betracht kommenden Verwandten des Erblassers B-C1 eine Wirtschaftsfähigkeit gestellt werden kann.

**Ausschließlich maßgebend für die Beurteilung der Wirtschaftsfähigkeit ist der Zeitpunkt des Eintritts des Nacherbfalls**

2. Maßgebend für die Beurteilung der Wirtschaftsfähigkeit ist vorliegend der Zeitpunkt des Eintritts des Nacherbfalls, also der 2. 8. 2011, und kein späterer Zeitpunkt, wie etwa die letzte mündliche Verhandlung des Landwirtschaftsgerichts über die Hoferbfolge. Denn ein Hoferbe muss aus Gründen der Rechtssicherheit bereits im Zeitpunkt des Erbfalls bestimmbar sein und nicht erst danach (vgl. OLG Celle AgrarR 1988, 209; OLG Hamm AgrarR 1990, 112/113; Wöhrmann, Das Landwirtschaftserbrecht, 10. Aufl., § 6 HöfeO Rz. 108).

**Bei der Bewertung der Frage der Wirtschaftsfähigkeit ist insbesondere auf die Art und Struktur der Bewirtschaftung des zu übernehmenden Hofes abzustellen**

a) Nach der Legaldefinition des § 6 VI HöfeO a. F. ist nicht wirtschaftsfähig, wer die ordnungsgemäße Bewirtschaftung des Grundstücks zum Nachteil der allgemeinen Ernährungslage gefährden würde. Dem entspricht die positiv formulierte Definition des § 6 VII HöfeO n. F., wonach derjenige wirtschaftsfähig ist, der nach seinen körperlichen und geistigen Fähigkeiten, nach seinen Kenntnissen und seiner Persönlichkeit in der Lage ist, den von ihm zu übernehmenden Hof selbstständig ordnungsgemäß zu bewirtschaften. Abzustellen ist auf die Art und Struktur der Bewirtschaftung des zu übernehmenden Erbhofes, hier also auf den früheren Hof C1 (vgl. Fassbender/v. Jeinsen/Hötzel/Pikalo, 3. Aufl., § 6 HöfeO Rz. 41). Dabei sind zunächst die landwirtschaftlich-technischen Fähigkeiten zu berücksichtigen, die erforderlich sind, um einen solchen Betrieb ordnungsgemäß zu bewirtschaften (wie Einhaltung der Fruchtfolge, ordnungsgemäße Feldbestellung, rechtzeitige Einbringung und Lagerung der Ernte, etc.). Dazu müssen organisatorisch-kalkulatorische Fähigkeiten des Hoferben treten. Hierbei geht es um die „finanzielle“ Wirtschaftsfähigkeit des Anwärters, das heißt, wie Einnahmen für betriebliche und private Zwecke im Verhältnis zu den Betriebseinnahmen zu bringen sind, laufende Verbindlichkeiten beglichen werden, Wirtschaftspläne aufgestellt und gebotene Investitionsentscheidungen getroffen werden. (vgl. Wöhrmann, a.a.O., § 6 HöfeO Rz. 94, 95). Zudem muss ein Hofanwärter den Hof jederzeit in Eigenbewirtschaftung übernehmen können. Das heißt, allein die Fähigkeit, für eine Verpachtung der Ländereien zu sorgen und die Rechte und Pflichten eines Verpächters wahrzunehmen, reicht für die Wirtschaftsfähigkeit nicht aus. Das gilt insbesondere bei dem hier gegebenen, eher kleineren landwirtschaftlichen Besitz, der nach heutigen Kriterien nur im Nebenerwerb wirtschaftlich sinnvoll zu führen ist (vgl. OLG Hamm, Entsch. v. 23. 9. 2008, 10 W 22/08, Juris-Rz. 27; OLG Oldenburg, 10 W 37/09 = RNotZ 2011, 625, Beschluss vom 21. 12. 2010, Juris-Rz. 31; Lange/Wulff/



Lüdtke-Handjery, 10. Aufl., § 6 HöfeO Rz. 63; Wöhrmann a.a.O., § 6 HöfeO Rz. 93 ff.).

### **Die Feststellungen zur Wirtschaftsfähigkeit sind vom Landwirtschaftsgericht im Rahmen der Amtsermittlung in freier Beweiswürdigung zu treffen**

Die Feststellungen zur Wirtschaftsfähigkeit hat das Landwirtschaftsgericht im Rahmen der Amtsermittlung zu treffen, §§ 9 LwVG, 26 FamFG, wobei es über den Umfang der anzustellenden Ermittlungen und der zu erhebenden Beweise nach freiem Ermessen entscheidet (vgl. Ernst, LwVG, 8. Aufl., § 14 Rz. 261). Unter Zugrundelegung dieser Kriterien ist die Wirtschaftsfähigkeit der Bet. zu 2) bis 5) vom erstinstanzlichen Gericht zu Recht verneint worden.

### **Zur Wirtschaftsfähigkeit der möglichen Nacherben**

[. . .]

c) Die Bet. zu 4) war beim Nacherbfall 31 Jahre alt. Im Gegensatz zu ihrer leiblichen und ihrer Adoptivmutter ist sie nicht in einem landwirtschaftlichen Betrieb aufgewachsen, sondern im elterlichen Pensionsbetrieb in B. Diesem familiären Umfeld entsprechend hat sie den Beruf der Hotelfachfrau erlernt und anschließend sich als Hotelbetriebswirtin ausbilden lassen. In diesem Bereich hat sie auch für einige Zeit in der Schweiz gearbeitet. Ein Bezug zur Landwirtschaft ist somit vor Antritt ihres im Juli 2011 beginnenden Praktikums auf dem Hof H. nicht festzustellen. Letzteres hat sie bei ihrer Anhörung vor dem Landwirtschaftsgericht am 16. 4. 2012 selbst eingestanden. Auch ihre Anfrage gegenüber Herrn T. vom 30. 12. 2010 zeigt deutlich, dass sie sich vor dem Nacherbfall in erster Linie wegen des damals bevorstehenden Erbfalls – bei der Vorerbin war zu diesem Zeitpunkt bereits Bauchspeicheldrüsenkrebs diagnostiziert worden – für den Erwerb landwirtschaftlichen Wissens interessierte. So hat sie in diesem Schreiben formuliert, sie habe „keinerlei Vorkenntnisse“ für die Führung eines landwirtschaftlichen Betriebs bestehend aus Ackerbau und Grünland und müsse nun „schnellstmöglich Grundkenntnisse erwerben“.

Somit kann die Bet. zu 4) zum Zeitpunkt des Eintritts des Nacherbfalls am 2. 8. 2011 nur ein gerade einen Monat lang laufendes Praktikum auf dem Hof der befreundeten Familie H. vorweisen, das sie in Teilzeit an zwei Tagen pro Woche mit je 4 Stunden absolvierte. Zu dem hier maßgeblichen Zeitpunkt – am 2. 8. 2011 – hatte sie somit gerade einmal an 8 Tagen einen landwirtschaftlichen Betrieb in der Weise kennen gelernt, dass sie bei verschiedenen Arbeiten zuschauen und mithelfen durfte. Das in dieser Zeit erworbene Wissen kann deshalb nur als ein erstes Kennenlernen der landwirtschaftlichen Besonderheiten gewertet werden, nicht aber als Erwerb von Grundwissen für die selbständige Leitung eines Hofbetriebes.

Etwas anderes ist auch nicht aus dem von der Bet. zu 4) vorgelegten Betriebskonzept herzuleiten. Diese Betriebskalkulation ist von dem landwirtschaftlichen Unternehmensberater T1 und nicht von der Bet. zu 4) ausgearbeitet worden. Die dort ausgearbeiteten Pläne belegen gerade keine eigene Sachkenntnis der Bet. zu 4), zumal auch das „fachliche Know-how“ mit eingekauft

werden soll. Hinzukommt, dass dieses Konzept am 21. 2. 2012, also mehr als ein halbes Jahr nach dem Nacherbfall, erstellt worden ist. Soweit die Bet. zu 4) plant, ihr neu errichtetes Familienhaus dem neuen Hof zuzuordnen und die verfallenen Wirtschaftsgebäude im Außenbereich neu zu errichten, um auf diese Weise eine Hofstelle zu schaffen, mag es zwar zutreffen, dass bei einem modernen landwirtschaftlichen Betrieb mit dem Schwerpunkt im Ackerbau, Wohn- und Außengebäude nicht mehr in unmittelbarer Nachbarschaft stehen müssen. Allerdings kann der nach dem Nacherbfall erfolgte Umzug der Bet. zu 4) in ihr neues Haus, das auf dem Grundstück der früheren elterlichen Pension in B. gebaut wurde, kaum als eine bewusste Hinwendung zur Landwirtschaft gewertet werden.

Auch die erstinstanzlich eingeholte Stellungnahme der Landwirtschaftskammer vom 3. 4. 2012 vermag keine Wirtschaftsfähigkeit der Bet. zu 4) zu belegen, ungeachtet dessen, dass sie für die Beurteilung des Gerichts nicht maßgebend ist (vgl. dazu Wöhrmann, a.a.O., § 6 HöfeO Rz. 139). Die Stellungnahme vom 3. 4. 2012 enthält nur eine allgemeine Würdigung zur Wirtschaftsfähigkeit der Bet. zu 4) unter Berücksichtigung des o. g. Betriebskonzepts ohne auf den hier maßgeblichen Zeitpunkt des Nacherbfalls abzustellen. Das in der Stellungnahme hervorgehobene, besondere Engagement der Bet. zu 4) bei den von der Landwirtschaftskammer angebotenen Weiterbildungsmaßnahmen – wie Ausbildung zur Agrar-Bürofachfrau, Teilnahme an der Weiterbildung im Netz (WIN) – betrifft hauptsächlich den Zeitraum nach Eintritt des Nacherbfalls, der nach den o. g. Kriterien nicht maßgebend sein kann. Insoweit verfängt auch die Argumentation der Bet. zu 4) nicht, die streitgegenständlichen Flächen seien noch verpachtet und bis zum Ende der Pachtzeit bzw. nach einer gewissen Lehrzeit habe sie die notwendigen Kenntnisse für eine Betriebsübernahme erworben. Denn nach der oben zitierten einhelligen Rechtsprechung muss schon zum Zeitpunkt des Erbfalls feststehen, wer Hoferbe wird. Deshalb ist auch die von der Bet. zu 4) geforderte Prognoseentscheidung bis zur Übernahme des Hofes im Eigenbetrieb unzulässig.

Gleiches gilt für die Argumentation der Bet. zu 4), nur wegen ihrer ab Sommer 2010 einsetzenden Schwangerschaft habe sie nicht früher die notwendigen Kenntnisse in der Landwirtschaft erwerben können. Zunächst gibt es keinen Nachweis dafür, dass sie schon vor ihrer Schwangerschaft ein Praktikum beim Hof H. oder Ähnliches absolvieren wollte. Vielmehr folgt aus ihrer E-Mail vom 30. 12. 2010, dass sie erst Ende 2010 wegen des in Kürze zu erwartenden Erbfalls auf den Gedanken gekommen ist, schnellstmöglich Kenntnisse für die Übernahme eines landwirtschaftlichen Betriebes zu erwerben, obwohl die Vorerbenstellung der T. ebenso wie die nach ihrem Tod eintretende Nacherbfolge in der Familie schon lange bekannt war. Trotzdem hat die Bet. zu 4) – auch nach der Schließung des elterlichen Pensionsbetriebes im Jahr 2006 – nur in landwirtschaftsfremden Berufen gearbeitet. Ihre letzte Berufstätigkeit hat sie auch nicht wegen einer Hinwendung zur Landwirtschaft sondern wegen ihrer Familienplanung mit der Geburt ihres Sohnes I. beendet. Davon abgesehen hindert eine einsetzende Schwangerschaft grundsätzlich nicht da-

ran, ein Praktikum in Teilzeit bzw. einen theoretischen Lehrgang bei der Landwirtschaftskammer zu belegen. Aufgrund dessen kann eine einsetzende Schwangerschaft nicht dazu führen, die zum Erbfall erforderliche Wirtschaftsfähigkeit in zeitlicher Hinsicht hinaus zu zögern und stattdessen – wie bei einem Minderjährigen nach § 6 VI 2 HöfeO – eine Prognoseentscheidung zuzulassen.

Hinzukommt, dass auch die nach dem Nacherbfall nachgewiesenen Aktivitäten der Bet. zu 4) nach Auffassung des Senats nicht belegen können, dass sie nun als fähig anzusehen ist, eigenverantwortlich einen landwirtschaftlichen Betrieb zu führen. Insoweit weist das erstinstanzliche Gericht zu Recht darauf hin, dass die Bet. zu 4) weder in einem landwirtschaftlichen Betrieb aufgewachsen ist noch eigenverantwortlich in einem solchen gearbeitet hat. Diese fehlende praktische Erfahrung lässt sich weder durch ein Praktikum auf einem Bauernhof noch durch Besuche bei der befreundeten Familie H. ersetzen. Gleiches gilt für die von der Bet. zu 4) durchlaufende 96-stündige, rein theoretische Ausbildung zur Agrar-Bürokauffrau vom 14. 9. bis 30. 11. 2011 oder ihre Teilnahme am Programm Weiterbildung im Netzwerk. Allenfalls der inzwischen von der Bet. zu 4) besuchte Abendkurs für Nebenerwerbslandwirte – vom 24. 10. 2012 bis April 2013 – könnte im Ergebnis zu einem Berufsabschluss als Landwirt und damit zur Annahme der Wirtschaftsfähigkeit führen. Da aber zum hier maßgeblichen Zeitpunkt des Nacherbfalls – am 2. 8. 2011 – die erfolgreiche Absolvierung einer solchen Berufsausbildung nicht vorhersehbar war, kann es darauf nicht ankommen. Ergänzend und zur Vermeidung von Wiederholungen wird auf die diesbezüglichen Ausführungen des erstinstanzlichen Gerichts in den angefochtenen Beschlüssen verwiesen, denen sich der Senat anschließt.

**Dem im Zeitpunkt des Nacherbfalls erst vier Monate alten möglichen Hoferben darf nicht wegen mangelnder Altersreife die Wirtschaftsfähigkeit abgesprochen werden (§ 6 Abs. 6 HöfeO)**

d) Schließlich ist auch der am 26. 3. 2011 geborene Sohn der Bet. zu 4), der Bet. zu 5) I. Q., nicht Hoferbe geworden.

Hinsichtlich des zum Zeitpunkt des Nacherbfalls erst 4 Monate alten Bet. zu 5) gilt zwar die Besonderheit, dass diesem nicht wegen mangelnder Altersreife die Wirtschaftsfähigkeit abgesprochen werden darf, vgl. § 6 V HöfeO a. F. (wortgleich mit § 6 VI HöfeO n. F.).

**Bei fehlender Altersreife eines Kindes ist für den Zeitpunkt des Hoferbfalls die Prognose zu stellen, ob das Kind nach Neigung und Einfluss der Umwelt die Annahme rechtfertigt, dass es in den landwirtschaftlichen Beruf hineinwachsen wird**

Das bedeutet allerdings, dass die fehlende Altersreife bei einem Kind der alleinige Grund für die Wirtschaftsunfähigkeit ist und für den Zeitpunkt des Hoferbfalls die Prognose zu stellen ist, dass der Minderjährige nach Neigung und Einfluss der Umwelt die Annahme rechtfertigt, dass er in den landwirtschaftlichen Beruf hineinwachsen werde. Das ist nicht der Fall, wenn das Kind

nach den gegebenen Verhältnissen in einer Umwelt aufwachsen wird, die es den Weg in die Landwirtschaft aller Wahrscheinlichkeit nicht finden lassen wird (vgl. OLG Hamm AgrarR 1989, 112, 113; Beschluss vom 23. 9. 2008, 10 W 22/08 Juris-Rz. 29; OLG Oldenburg, Entsch. v. 22. 9. 2009, 10 W 4/08, Juris-Rz. 25, Wolter, RdL 2012, 113, 116). Diese für § 6 V HöfeO a. F. erforderliche, positive Prognose kann vorliegend nicht gegeben werden, da ein künftiges Hineinwachsen des Bet. zu 5) in einen landwirtschaftlichen Beruf gerade nicht wahrscheinlich ist.

Insoweit fällt ins Gewicht, dass die Familie, in die der Bet. zu 5) hinein geboren wurde, selbst nicht in der Landwirtschaft tätig ist. So stammte der Vater des Bet. zu 5), U. Q., aus einer Familie, die seit 1953 die Bau- und Möbelschreinerei Q. in B. betreibt. Diese Firma wird inzwischen vom Vater des Bet. zu 5) zusammen mit seinem Bruder in dritter Generation weitergeführt. Bei einem solchen familiären Hintergrund gibt es eher Anhaltspunkte für ein Hineinwachsen in dieses seit Generationen bestehende Familienunternehmen für den ältesten und bisher einzigen Sohn des Juniorchefs als für das Ergreifen eines Berufes in der Landwirtschaft.

Auch die Mutter des Bet. zu 5) war bis zum Eintritt des Nacherbfalls nicht beruflich in der Landwirtschaft tätig. Vielmehr ist sie im elterlichen Pensionsbetrieb groß geworden und hat diesem familiären Umfeld entsprechend eine Ausbildung im Hotelgewerbe absolviert und eine solche landwirtschaftsfremde Berufstätigkeit auch bis zur Schwangerschaft mit dem Bet. zu 5) ausgeübt. Angesichts dieses familiären Umfelds ist ein Hineinwachsen in die Landwirtschaft alles andere als wahrscheinlich, auch unter Berücksichtigung des aktuellen Interesses der Bet. zu 4) an der Landwirtschaft, das maßgeblich auf den nun eingetretenen Nacherbfall zurückzuführen ist. Selbst wenn dieses Engagement der Mutter, das bislang nur zum Absolvieren von Praktika und landwirtschaftlichen Kursen geführt hat, Grund für eine landwirtschaftliche Berufstätigkeit werden sollte, dann reicht das für eine Prognose über den späteren beruflichen Werdegang ihres Sohnes nicht aus. Es erscheint keineswegs sicher, dass ein Kind denselben Beruf ergreift wie seine Mutter, insbesondere wenn deren landwirtschaftliche Tätigkeit nicht auf einem landwirtschaftlichen Besitz ausgeübt wird, auf welchem die Familie zusammen lebt und auf dem das Kind aufwächst.

**Bei der Prognoseentscheidung nach § 6 Abs. 6 S. 2 HöfeO ist auch auf den Zeitpunkt des Nacherbfalls abzustellen**

Es kommt hinzu, dass auch für die Prognoseentscheidung im Rahmen des § 6 VI S. 2 HöfeO auf den der Zeitpunkt des Erbfalls abzustellen ist (vgl. OLG Hamm, 10 W 22/08, Beschluss vom 23. 9. 2008, Juris-Rz. 29; OLG Oldenburg, 10 W 4/08, Beschluss vom 22. 9. 2009, Juris-Rz. 26). Bei Eintritt des hier maßgeblichen Nacherbfalls am 2. 8. 2011 war eine längerfristige Hinwendung der Bet. zu 4) zur Landwirtschaft aber noch nicht erkennbar. Vielmehr hatte sie zu diesem Zeitpunkt gerade erst ein Praktikum bei der befreundeten Familie H. begonnen. Damit war es am 2. 8. 2011 zumindest fraglich, ob das neue Interesse der Mutter des Bet. zu 5) an

der Landwirtschaft den Erbfall überdauern und zu einer künftigen – längerfristigen – beruflichen Tätigkeit in diesem Bereich führen wird.

Für eine positive Prognose reicht es auch nicht aus, dass die Familie des Bet. zu 5) nahe an landwirtschaftlich bewirtschafteten Feldern wohnt und engen Kontakt zu Landwirten bzw. deren Kindern hat. Ebenso wenig kann darauf abgestellt werden, mit wem der Bet. zu 5) den Kindergarten bzw. später die Schule besuchen wird, da dort – auch im ländlich geprägten B. – auch andere Berufsgruppen vertreten sind. Gleiches gilt für den von den Eltern des Bet. zu 5) ausgewählten Patenonkel G. Q., der im Übrigen selbst keinen landwirtschaftlichen Bezug aufweist, sondern allenfalls seine derzeitige Lebensgefährtin, die wohl von einem Hof stammt, selbst jedoch nicht mehr in der Landwirtschaft tätig ist. Entsprechendes gilt für einen Vetter des Vaters des Bet. zu 5), der als Erntehelfer aushelfen soll, und für die mit der Familie Q. befreundete Familie H., auch wenn Letztere einen Hof betreibt. Der mögliche Einfluss einer mit den Eltern befreundeten Familie ist – selbst wenn Frau H. sich momentan gerne um den kleinen I. Q. kümmert – zu gering, als dass er für die späteren Neigungen und den Berufswunsch des Bet. zu 5) bestimmend sein kann.

Damit ist dem erstinstanzlichen Gericht zuzustimmen, dass bei den vorliegenden Gegebenheiten und Einflüssen aus Umwelt und sozialen Beziehungen keinerlei Anhaltspunkte für eine am 2. 8. 2011 gegebene, positive Prognose gem. § 6 V HöfeO a. F. erkennbar sind, so dass auch der Bet. zu 5) als Hoferbe ausscheidet.

#### **Mangels in Betracht kommender Hofnacherben ist die Vorerbin mit ihrem Tod Vollerbin des landwirtschaftlichen Besitzes geworden**

3. Mangels in Betracht kommender Hoferben nach dem Erblasser B-C1 ist die Mutter des Bet. zu 1) mit ihrem Tod Vollerbin seines landwirtschaftlichen Besitzes geworden. Beim Eintritt des Nacherbfalles – am 2. 8. 2011 – war dieser Grundbesitz allerdings kein Hof mehr i. S. d. HöfeO.

#### **Ein Hofvermerk stellt nur eine widerlegbare Vermutung für die Hofeigenschaft dar, die Hofeigenschaft des landwirtschaftlichen Grundbesitzes ist hier außerhalb des Grundbuchs entfallen**

Dem steht nicht entgegen, dass für diese Besitzung weiterhin ein Hofvermerk gem. § 5 HöfeVfO eingetragen ist. Denn ein solcher Hofvermerk stellt nur eine widerlegbare Vermutung für die Hofeigenschaft dar. Ungeachtet dessen kann durch endgültige Aufgabe des landwirtschaftlichen Betriebes die Hofeigenschaft außerhalb des Grundbuchs entfallen (vgl. dazu Wöhrmann, a.a.O., § 1 HöfeO Rz. 119 ff.). Das war hier der Fall.

Unstreitig ist ein eigenständiger landwirtschaftlicher Betrieb nach dem Tod des B-C1 nicht weitergeführt worden. Vielmehr hat die Vorerbin eine Pension in B. betrieben und die zum Hof gehörenden Flächen bereits mit Vertrag vom 9. 7. 1963 an ihren zweiten Ehemann verpachtet, der diese von seinem eigenen Hof aus bewirtschaftete. Die ehemalige Hofstelle wurde nicht mehr

als solche genutzt und ist inzwischen verfallen. Damit ist ein eigenständiger landwirtschaftlicher Betrieb bereits in den 60er Jahren aufgegeben worden, so dass die Hofeigenschaft für den streitgegenständlichen Besitz außerhalb des Grundbuchs entfallen ist.

#### **Auch die Erbfolge hinsichtlich der landwirtschaftlichen Besitzung unterliegt hier nicht mehr der HöfeO sondern dem allgemeinen Erbrecht des BGB, da die frühere Hofvorerbin mit ihrem Tode zur Vollerbin des Hofes wurde**

Da die frühere Vorerbin mit ihrem Tod zur Vollerbin wurde, unterfällt ihre Erbfolge – auch hinsichtlich der streitgegenständlichen Besitzung – nicht mehr dem Sondererbrecht der Höfeordnung, sondern dem allgemeinen Erbrecht nach BGB. Der Bet. zu 1) ist deshalb gem. § 1924 I BGB als Alleinerbe seiner Mutter Eigentümer dieser Besitzung geworden, ohne dass es darauf ankommt, ob er am 2. 8. 2011 wirtschaftsfähig war, auch wenn Letzteres unzweifelhaft der Fall war.

Folglich war der Ausspruch des Landwirtschaftsgerichts, dass der Bet. zu 1) Hoferbe geworden ist, aufzuheben und stattdessen seinem erstinstanzlich gestellten Hilfsantrag stattzugeben, wonach im Zeitpunkt des Todes seiner Mutter kein Hof i. S. d. HöfeO mehr gegeben war.

[ . . ]

#### **5. Erbrecht – Verbesserung der Erb-/Pflichtteilsquote durch Erb- bzw. Pflichtteilsverzicht kein rechtlicher Vorteil i. S. v. § 7 Abs. 1 BeurkG**

(OLG Düsseldorf, Urteil vom 19. 7. 2013 – 7 U 170/12, mit Anmerkung von Rechtsanwältin und Notar Dr. Martin Armasow, Emmerich)

#### **BeurkG §§ 7; 27 BGB § 260**

- 1. Ein Erb-, Pflichtteils- und Zuwendungsverzicht ist keine Verfügung von Todes wegen i. S. v. § 27 BeurkG.**
- 2. Die Beurkundung eines Erb- und Pflichtteilsverzichts ist nicht deshalb unwirksam, weil der Notar oder einer seiner in § 7 Abs. 1 BeurkG genannten Angehörigen zu den möglicherweise Erb- und Pflichtteilsberechtigten gehört.**
- 3. Ein Zuwendungsverzicht ist nur dann i. S. v. § 7 BeurkG auf die Verschaffung eines rechtlichen Vorteils gerichtet, wenn die die Zuwendung enthaltende letztwillige Verfügung wirksam ist.**

#### **Zum Sachverhalt:**

I. Die Kl. begehrt die Feststellung ihrer Miterbenstellung und macht gegen den Bekl. daraus folgende Ansprüche im Wege der Stufenklage geltend, hilfsweise Ansprüche als Pflichtteilsberechtigte. Sie ist die Halbschwester des Bekl. Beide sind Kinder des am 22. 11. 1999 in E. verstorbenen F. (im Folgenden: Erblasser). Die Kl. stammt aus der ersten Ehe des Erblassers mit der vorverstorbenen H., der Bekl. aus der zweiten Ehe des Erblassers mit der vorverstorbenen F.



Am 30. 12. 1980 errichteten der Erblasser und seine zweite Ehefrau ein gemeinschaftliches Testament, in dem sie sich wechselseitig zu alleinigen Erben einsetzten und ihren Sohn, den Bekl., zum „Nacherben des Längstlebenden“. Der Kl. wurde ein Vermächtnis ausgesetzt. Beurkundet wurde das Testament von dem Notar S1, dem Schwiegervater des Bekl. Die Mutter des Bekl. verstarb im Jahr 1984 und wurde von dem Erblasser beerbt. Am 19. 12. 1988 schlossen der Erblasser und die Kl. vor dem Notar S2, dem Schwager des Bekl., einen Erbverzichtsvertrag. Darin verpflichtete sich der Erblasser zur Zahlung von 190 000,- DM zum Ausgleich aller denkbaren Ansprüche der Kl. an seinem dermaleinstigen Nachlass. Mit Erfüllung der Schenkung erklärte sich die Kl. wegen ihrer möglichen künftigen Erbteils- und Pflichtteilsansprüche nach ihrem Vater für abgefunden und verzichtete ausdrücklich und unwiderruflich gegenüber dem Erblasser auf ihr gesetzliches Erbrecht und Pflichtteilsrecht für sich und ihre Abkömmlinge. Zugleich erklärte sie ihren unwiderruflichen Verzicht auf jegliche Zuwendungen, die der Erblasser in einer letztwilligen Verfügung zu ihren Gunsten getroffen hat, insbesondere auf das Vermächtnis aus dem gemeinschaftlichen Testament vom 30. 12. 1980.

Die Kl. hat behauptet, ihr sei nicht erläutert worden, wie sich die errechnete Ausgleichssumme zusammensetze, und es sei ihr auch kein Hinweis auf das tatsächliche Vermögen des Erblassers zum damaligen Zeitpunkt erteilt worden. Hätte eine solche Belehrung stattgefunden, wäre deutlich geworden, auf welche Ansprüche sie letztlich verzichtete und in welchem Missverhältnis die vorgesehene Abfindungssumme zu dem Gesamtvermögen stand. Dieses habe schon zum damaligen Zeitpunkt geschätzt 2 Mio. Euro betragen. Sie ist der Ansicht, dass sowohl das Testament von 1980 als auch der Erbverzichtsvertrag von 1988 unwirksam seien, weil sowohl der Schwiegervater des Bekl. als Notar als auch der Schwager des Bekl. als Notar an der Beurkundung nicht hätten mitwirken dürfen (§ 7BeurkG). Höchst vorsorglich fechte sie ihre Willenserklärung aus dem Erb- und Pflichtteilsverzichtsvertrag wegen Irrtums und arglistiger Täuschung an, dieses habe sie bereits mit Anwaltsschreiben vom 25. 10. 2011 getan. Ihr sei seinerzeit erklärt worden, nach der damaligen Vermögenslage ihres Vaters hätte sie überhaupt keinen Anspruch. Das Anfechtungsrecht sei auch nicht verjährt, da sie von den die Anfechtung begründenden Tatsachen erst im Oktober 2011 erfahren habe. Für den Fall, dass der Vertrag von 1988 als wirksam erachtet werden sollte und die vorsorglich erklärte Anfechtung nicht durchgreifen würde, ständen ihr gegenüber dem Bekl. als Rechtsnachfolger des Vaters als auch gegenüber dem Notar Schadensersatzansprüche zu. Dem Bekl. sei ein abstrakter rechtlicher Vorteil verschafft worden durch den Verzichtsvertrag, da sie gemäß § 2310 S. 2 BGB von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen worden sei und damit sich zwangsläufig unmittelbar der gesetzliche Erbteil und der Pflichtteil des verbliebenen gesetzlichen Erben der ersten Ordnung, des Bekl., verdoppelt habe.

Die Kl. hat beantragt,

I. festzustellen, dass sie neben dem Bekl. Miterbin zu  $\frac{1}{2}$  – Anteil hinsichtlich des Nachlasses des am 22. 11. 1999 verstorbenen F. geworden ist,

II. den Bekl. im Wege der Stufenklage zu verurteilen, Auskunft über den Bestand des Nachlasses des am 22. 11. 1999 verstorbenen F. zu erteilen und zwar durch Vorlage eines Verzeichnisses gemäß § 260 Abs. 1 BGB, wobei das Verzeichnis insbesondere folgende Angaben zum Bestand des Nachlasses zu enthalten hat – 1. Stufe –:

1. Auskunft über alle Vermögensgegenstände, insbesondere

a) Angaben zu allen beim Erbfall vorhandenen Sachen und Forderungen (Aktiva), nämlich zu:

- sämtlichen Giro-, Spar- und Prämienkonten, Wertpapieren, Depots und Schließfächern, sowie zu allen sonstigen Zahlungs- und Herausgabeforderungen gegen Banken und Sparkassen,
  - allen Versicherungsverträgen, insbesondere solchen mit Unfall- und Lebensversicherungen,
  - sonstigen Vermögensgegenständen wie z.B. Pkw's, Schmuck, Wertpapiere, Hausrat, Grundstücke, Wohn- und Teileigentum, Teilzeit-Wohnrechte i. S. d. § 481 BGB sowie Erbbaurechte,
  - allen Urkunden über Leistungen der Sozialversicherungsträger aus Anlass des Todes,
  - Firmenbeteiligungen, Firmeninhaberschaften, evtl. freiberuflichen Praxen bzw. Büros,
  - sonstigen Rechten und Forderungen;
- b) Auskunft zu allen beim Erbfall vorhandenen Nachlassverbindlichkeiten (Passiva);
2. Auskunft hinsichtlich evtl. vorhandener Hausgrundstücke durch Vorlage eines Wertgutachtens und zwar mit Zeitwertbestimmung zum Zeitpunkt des Erbfalls;
3. Auskunft über den Verbleib der Erbschaftsgegenstände durch Fertigung einer schriftlichen Aufstellung gemäß § 260 Abs. 1 BGB und über die bisherige Verwaltung des Nachlasses Rechenschaft abzulegen;
4. Auskunft über alle Zuwendungen, Schenkungen und Ausstattungen, die der Bekl. von dem verstorbenen F. erhalten hat;
5. Auskunft über alles mit Mitteln des Nachlasses Erworbene sowie über alle von ihm gezogenen Nutzungen und Früchte des Nachlasses, an denen er Eigentum erworben hat;

III. wenn das Verzeichnis nicht mit der erforderlichen Sorgfalt errichtet worden sein sollte, den Bekl. im Wege der Stufenklage in der 2. Stufe zu verurteilen, zu Protokoll an Eides Statt zu versichern, dass er nach bestem Wissen den Bestand und den Verbleib des Nachlasses i. S. d. Antrags gem. Ziff. II so vollständig angegeben hat, als er dazu im Stande ist;

IV. 1. den Bekl. im Wege der Stufenklage in der 3. Stufe nach der Auskunftserteilung zu verurteilen, der Berichtigung der Eigentumseintragungen und Forderungsinhaberschaften unter Berücksichtigung der bestehenden Miterbengemeinschaft zu je  $\frac{1}{2}$ -Anteil zuzustimmen und alle dazu erforderlichen rechtlichen Erklärungen abzugeben und Handlungen vorzunehmen,

2. den Bekl. im Wege der Stufenklage in der 3. Stufe nach Auskunftserteilung des Weiteren zu verurteilen, einen nach Erledigung zu Ziffer 1. zu beziffernden Ergänzungsbetrag nach § 2326 BGB und § 2329 BGB sowie einen der Höhe nach zu beziffernden Ausgleichsbetrag gemäß § 2050 BGB und einen zu beziffernden Ausgleichsbetrag gem. § 2316 BGB für die dem Bekl. zu Lebzeiten des Erblassers F. von dem Erblasser erhaltenen Ausstattungen und anzurechnenden Zuwendungen sowie für zur Ausgleichung zu bringende Zuwendungen zu zahlen,

3. den Bekl. im Wege der Stufenklage in der 3. Stufe nach Auskunftserteilung des Weiteren zu verurteilen, sämtliche nach Erledigung zu Ziffer 1. zu bezeichnenden Nachlassgegenstände, Rechte und Forderungen nach § 2018 BGB sowie alle zu bezeichnende mit Mitteln des Nachlasses Erworbene nach § 2019 BGB sowie nach § 2020 BGB sämtliche zu bezeichnenden Nutzungen sowie Früchte des Nachlasses an denen der Bekl. Eigentum erworben hat, für die Erbengemeinschaft, bestehend aus der Kl. und dem Bekl. zu hinterlegen,

hilfsweise,

wenn sie sich nicht zur Hinterlegung eignen, an einen gerichtlich bestellten Verwahrer für die Erbengemeinschaft der Parteien herauszugeben und – soweit eine Herausgabe unter der Voraussetzung des § 2021 BGB nicht möglich ist – Wertersatz zu leisten,

weiter hilfsweise,

wenn sich zu bezeichnende Nachlassgegenstände, Recht und Forderungen weder zur Hinterlegung noch zur Herausgabe an einen gerichtlich bestellten Verwahrer eignen, der Kl. in ihrer Eigenschaft als Miterbin Mitbesitz oder Mitberechtigung einzuräumen (§ 2039 BGB);

V. den Bkl. zu verurteilen, der Kl. allen Schaden zu ersetzen, der ihr dadurch entstanden ist oder entsteht, dass der Erb- und Pflichtteilsverzicht gem. Vertrag des Notars S. vom 19. 12. 1988 ihr gegenüber Rechtswirksamkeit entfaltet hat oder Rechtswirksamkeit entfaltet,

VI. hilfsweise zu den Anträgen zu I. und IV.

den Bkl. zu verurteilen, der Kl. nach Erledigung der Auskunftsstufe (II) einen der Höhe nach zu beziffernden Pflichtteil in Höhe von  $\frac{1}{4}$  des Nachlasses des Erblassers F. und einen der Höhe nach zu berechnenden Pflichtteilsergänzungsbetrag für die seitens des Bkl. zu Lebzeiten des Erblassers F. von dem Erblasser erhaltenen Ausstattung und anzurechnenden Zuwendungen sowie für zur Ausgleichung zu bringende Zuwendungen nebst 5 % Zinsen über dem jeweiligen Basiszinsatz seit dem 22. 11. 1999 zu zahlen.

Der Bkl. und der Streithelfer des Bkl. haben beantragt, die Klage abzuweisen.

Sie sind der Auffassung, dass der am 19. 12. 1988 beurkundete Erb- und Pflichtteilsverzicht wirksam ist. Ob die Urkunde vom 30. 12. 1980 wirksam sei, sei unerheblich. Der Bkl. habe aus dem Erb- und Pflichtteilsverzichtsvertrag keine rechtlichen Vorteile i. S. d. § 7 Ziff. 3 BeurkG erlangt. Der rechtliche Vorteil müsse sich unmittelbar aus der in der Urkunde niedergelegten Willenserklärung ergeben. Nicht ausreichend sei, dass der rechtliche Vorteil erst als Folge der Willenserklärung eintrete oder sogar erst zukünftig eintreten könne.

Das LG hat die Klage abgewiesen und ausgeführt, der Vertrag vom 19. 12. 1988 sei weder gemäß § 7 Nr. 3 BeurkG noch gemäß §§ 7 Nr. 3, 27 BeurkG unwirksam. Der Bkl. sei an diesem Vertrag nicht beteiligt gewesen und sei in diesem Vertrag weder bedacht worden i. S. d. § 27 BeurkG, noch sei ihm durch den Vertrag ein unmittelbarer rechtlicher Vorteil zugeflossen. Zwar könne es sich für den Bkl. positiv auswirken, wenn ein weiterer Erb- und Pflichtteilsberechtigter durch einen Verzicht ausfalle. Dies führe aber nicht zu einem unmittelbaren rechtlichen Vorteil, da die Erb- und Pflichtteilsposition des Bkl. zu diesem Zeitpunkt noch nicht gesichert gewesen sei. Die Unwirksamkeit der Beurkundung vom 30. 12. 1980 führe zu keinem anderen Ergebnis, da der Bkl. auch bei Wegfall dieses Testamentes zum gesetzlichen Alleinerben seines Vaters geworden sei. Der Vertrag sei nicht wegen Anfechtung nichtig, weil kein die Anfechtung begründender Irrtum nachvollziehbar dargetan worden sei und auch zum Fristablauf kein entsprechender Vortrag vorliege. Eine Grundlage für einen Schadensersatzanspruch, wie er hilfsweise geltend gemacht worden sei, sei nicht vorhanden.

Dagegen richtet sich die Kl. mit ihrer Berufung.

Sie macht geltend, der unmittelbare rechtliche Vorteil ergebe sich aus ihrem Wegfall als Erb- und Pflichtteilsberechtigte, was dem Bkl. zugute gekommen sei. Darüber hinaus sei in der Urkunde aufgenommen, dass die Kl. auf ein ihr zugedachtes Vermächtnis verzichte, das den Bkl. belastet hätte. Die falsche Auslegung des LG beruhe auf einer Vermischung der

Begriffe „rechtlicher Vorteil“ und „wirtschaftlicher Vorteil“. Rechtlich vorteilhaft sei jede Vermehrung von Rechten, auf eine wirtschaftliche Besserstellung komme es dabei nicht an. Es sei anerkannt, dass immer dann, wenn zugunsten einer Person auf etwas verzichtet werde, ein unmittelbarer rechtlicher Vorteil vorliege.

Die Kl. beantragt, das angefochtene Urteil abzuändern und nach den erstinstanzlich gestellten Anträgen zu erkennen.

Der Bkl. und der Streitverkündete beantragen, die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigen das erstinstanzliche Urteil als richtig. Vertiefend führen sie aus, dass das gemeinschaftliche Testament der Eheleute vom 30. 12. 1980 dahingehend auszulegen sei, dass das der Kl. ausgesetzte Vermächtnis den überlebenden Ehegatten und nicht den Bkl. beschweren sollte. Ein Verzicht der Kl. darauf in dem Erbverzichtsvertrag vom 19. 12. 1988 habe daher dem Erblasser einen Vorteil gebracht, nicht dem Bkl. Hilfsweise berufen sie sich auf Verjährung.

Im nachgelassenen Schriftsatz der Kl. vom 19. 6. 2013 hat diese weiterhin beantragt, festzustellen, dass das Vermächtnis zu ihren Gunsten wirksam ist. Wegen des weiteren Sach- und Streitstandes wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze ergänzend Bezug genommen.

## Aus den Gründen:

### II. Die Berufung ist unbegründet.

A. Der Kl. stehen die geltend gemachten Ansprüche auf Feststellung ihrer Miterbenstellung (Antrag zu Ziffer I.), auf Auskunft (II.), eidesstattliche Versicherung (III.), Herausgabe etc. (IV.) hilfsweise auf Pflichtteilszahlung (VI.) nicht zu. Sie ist an ihrer Geltendmachung durch den mit notarieller Urkunde vom 19. 12. 1988 des Streithelfers erklärten Erb-, Pflichtteils- und Zuwendungsverzicht gehindert. Die nach §§ 2348, 2352 BGB notwendige Beurkundung der entsprechenden Erklärungen ist nicht nach §§ 7, 27 BeurkG unwirksam, noch ist der Verzicht nach § 142 BGB nichtig.

1. Die Beurkundung des Erb-, Pflichtteils- und Zuwendungsverzichts ist nicht nach § 27 BeurkG unwirksam. § 27 BeurkG bezieht sich auf Personen, die „in einer Verfügung von Todes wegen bedacht“ sind. Die Vorschrift ist auf die Beurkundung von Erb-, Pflichtteils- und Zuwendungsverzichten nicht anwendbar, weil diese keine Verfügung von Todes wegen darstellen (Staudinger-Schotten, BGB, 2010, § 2348 Rn. 11; Münch-Komm-BGB/Wegerhoff, 5. Aufl., § 2348 Rn. 3).

2. Eine Unwirksamkeit des Erb- und Pflichtteilsverzichts folgt nicht aus § 7 Ziff. 3 BeurkG. Danach ist die Beurkundung von Willenserklärungen insoweit unwirksam, als diese darauf gerichtet sind, einer Person, die mit dem Notar in gerader Linie verwandt oder verschwägert oder in der Seitenlinie bis zum dritten Grade verwandt oder bis zum zweiten Grad verschwägert ist oder war, einen rechtlichen Vorteil zu verschaffen.

Der Bkl. ist der Schwager des beurkundenden Notars und gehört damit dem in § 7 Nr. 3 BeurkG genannten Personenkreis an.

Rechtlicher Vorteil i. S. v. § 7 BeurkG ist jede Verbesserung der Rechtsposition durch die Einräumung vorher nicht bestehender Rechte oder die Verminderung bestehender Verpflichtungen. Der rechtliche Vorteil

muss sich unmittelbar aus der in der Urkunde niedergelegten Willenserklärung ergeben und nicht erst als deren Folge eintreten oder gar erst eintreten können. Nicht erforderlich ist demgegenüber eine auf Zuwendung des Vorteils gerichtete Absicht der Bet. Vielmehr genügt es, dass nach der objektiven Rechtslage aus dem Rechtsgeschäft unmittelbar ein rechtlicher Vorteil erwächst (BGH NJW 2013, 52 = ZEV 2012, 657 m. w. N.; vgl. auch RGZ 88, 147, 150).

Der beurkundete Erb- und Pflichtteilsverzicht der Kl. und die Annahme durch den Erblasser waren nicht darauf gerichtet, dem Bekl. einen unmittelbaren rechtlichen Vorteil zu verschaffen.

Durch den Wegfall der Kl. als Erb- und Pflichtteilsberechtigter hat sich die Rechtsstellung des Bekl. in seiner Eigenschaft als gesetzlicher Erbe und als Pflichtteilsberechtigter verbessert. Die Verbesserung der Erb- und Pflichtteilsquote stellt aber lediglich eine mittelbare, von weiteren Voraussetzungen abhängige Folge des in der notariellen Urkunde erklärten Verzichts dar. Der Ursprung und die rechtliche Qualität des Erb- und Pflichtteilsrechts des Bekl. bleiben durch den Verzicht unverändert. Der Wegfall eines eventuellen Miterben und Pflichtteilsberechtigten bedingt lediglich einen möglichen zukünftigen wirtschaftlichen Vorteil, der zum Zeitpunkt der Urkundenerrichtung zudem ungewiss ist, weil die gesetzliche oder gewillkürte Erbenstellung kein gesichertes Anwartschaftsrecht bedingt. Es liegt – anders als die Kl. meint – kein Verzicht „zugunsten des Bekl.“ vor, sondern allenfalls ein Verzicht zugunsten der zukünftigen Erben des Erblassers (vgl. Huhn/von Schuckmann/Armbrüster, BeurkG, 4. Aufl., § 7 Rn. 4; Winkler, BeurkG, 16. Aufl., § 7 Rn. 7).

3. Aber auch der von der Kl. in der notariellen Urkunde vom 19. 12. 1988 erklärte Zuwendungsverzicht, der sich insbesondere auf das ihr mit dem notariellen Testament des Erblassers und seiner 2. Ehefrau ausgesetzte Vermächtnis bezog, ist nicht unwirksam, da er dem Bekl. keinen unmittelbaren rechtlichen Vorteil gebracht hat. Nach der objektiven Rechtslage zum Zeitpunkt des Verzichts war der Bekl. mit einem solchen Vermächtnis nicht belastet.

a) Nach dem Wortlaut des Testaments ist nicht der Bekl. mit dem der Kl. ausgesetzten Vermächtnis beschwert, sondern der überlebende Ehegatte, hier der Vater der Parteien („... [die Kl.] erhält vom Längstlebenden ein Vermächtnis in der Höhe des Pflichtteils nach dem Tod ihres Vaters. Dies gilt nicht, wenn sie den Pflichtteilsanspruch geltend macht...“). Legt man das Testament in dieser Weise aus, führte der durch den Zuwendungsverzicht bedingte Wegfall des Vermächtnisses zu einem unmittelbaren rechtlichen Vorteil allein des Erblassers.

b) Der Zuwendungsverzicht stellt aber auch dann keinen unmittelbaren rechtlichen Vorteil für den Bekl. dar, wenn man das notarielle Testament vom 30. 12. 1980 – der Kl. folgend – so auslegt, dass mit dem Vermächtnis nicht der Längstlebende, sondern der Bekl. als Nacherbe des Erstversterbenden und Schlusserbe des Längstlebenden beschwert war. Der Verzicht reduzierte dann zwar unmittelbar die den Bekl. aus dem Testament

treffenden Verpflichtungen. Jedoch hat die Kl. hier auf etwas verzichtet, auf das sie nach der objektiv bestehenden Rechtslage gar keinen Anspruch hatte. Das Testament vom 30. 12. 1980 war, soweit es den Bekl. begünstigte, gem. §§ 7, 27 BeurkG, § 125 BGB unwirksam, weil der Bekl. der Schwiegersohn des beurkundenden Notars war und er in einer letztwilligen Verfügung, dem Testament, „bedacht“ worden ist. Die daraus folgende Unwirksamkeit der Erbeinsetzung des Bekl. führt dann gemäß § 139 BGB zur Unwirksamkeit der in dem notariellen Testament enthaltenen Aussetzung des Vermächtnisses zugunsten der Kl. § 2085 BGB greift in diesem Zusammenhang nicht, da beide Testierende für den Fall, dass sie die Längstlebenden sein sollten, ohne die Einsetzung ihres einzigen gemeinsamen Sohnes, des Bekl., als testamentarischen Alleinerben keinen Anlass für die Aussetzungen eines Vermächtnisses an die Kl. hatten.

4. Der Erb- und Pflichtteilsverzicht der Kl. wäre aber auch dann wirksam, wenn man davon ausginge, dass der Zuwendungsverzicht einen unmittelbaren rechtlichen Vorteil für den Bekl. darstellte, weil das notarielle Testament vom 30. 12. 1980 den Bekl. als Nacherben des Erstversterbenden und Schlusserven des Längstlebenden beschwert hätte und es auf die objektive Zielrichtung des Vertrages im Sinne eines „Gerichtetseins“ ankäme, unabhängig von der (möglicherweise nicht erkannten) Unwirksamkeit der Bestimmungen des notariellen Testaments vom 30. 12. 1980. Der Verzicht reduzierte dann unmittelbar die den Bekl. aus dem Testament treffenden Verpflichtungen. Eine sich daraus ergebende Unwirksamkeit des Zuwendungsverzichts bedingte jedoch keine Unwirksamkeit des in derselben Urkunde enthaltenen Erb- und Pflichtteilsverzichts, da gemäß § 139 BGB keine Gesamtunwirksamkeit vorliegt, sondern anzunehmen ist, dass die Kl. und der Erblasser den Erb- und Pflichtteilsverzicht auch ohne den Zuwendungsverzicht aufrechterhalten wollten, zumal die Zuwendung, auf die verzichtet wurde, ohnehin nichtig war.

5. Der Erbverzichtsvertrag vom 19. 12. 1988 ist nicht nach § 142 BGB nichtig, weil die Kl. ihre Willenserklärung wegen Irrtums, § 119 BGB, oder arglistiger Täuschung, § 123 BGB, wirksam angefochten hätte. Das LG hat – nach Hinweis – dazu ausgeführt, dem schließt sich der Senat an. Die Kl. hat hierzu in der Berufungsgründung nicht weiter vorgetragen.

B. Der Kl. steht gegen den Bekl. kein Anspruch auf Schadensersatz wegen des Inhalts des gegenüber dem Erblasser erklärten Verzichts zu. Eine Anspruchsgrundlage hierfür ist nicht ersichtlich. Ein Schadensersatzanspruch gegen den Bekl. als Erben des Erblassers aufgrund eines Verhaltens des Erblassers im Zusammenhang mit dem Zustandekommen des Verzichts ist zwar grundsätzlich denkbar, tatsächliche Anhaltspunkte hierfür sind aber weder substantiiert vorgetragen noch sonst ersichtlich. Eine Verpflichtung des Erblassers, die Kl. über die Angemessenheit der ihr angebotenen Abfindung aufzuklären, bestand nicht.

C. Der im nachgelassenen Schriftsatz der Kl. vom 19. 6. 2013 enthaltene Feststellungsantrag war, da nach Schluss der mündlichen Verhandlung nicht wirksam



gestellt, § 296 a ZPO, nicht zu bescheiden. Ein Anlass, die mündliche Verhandlung wiederzueröffnen, besteht nicht.

D. Die Kostenentscheidung beruht auf, §§ 97, 101 ZPO. Der Ausspruch zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Die Revision wird zugelassen nach § 543 Abs. 2 ZPO. Soweit ersichtlich ist weder entschieden noch in der Literatur erörtert worden, ob die Beurkundung eines Erb- und Pflichtteilsverzichts einen unmittelbaren rechtlichen Vorteil i. S. v. § 7 BeurkG für andere Erb- und Pflichtteilsberechtigte begründet.

Streitwert für das Berufungsverfahren: 500 000,– €

### Anmerkung:

1. Nach § 7 BeurkG ist die Beurkundung unwirksam, wenn eine der dort genannten Personen einen rechtlichen Vorteil erhält. In den veröffentlichten Gerichtsentscheidungen ging es bislang – soweit ersichtlich – immer nur um den rechtlichen Vorteil, mit dem Begünstigten musste man sich nicht weiter befassen, da dessen Person feststand. Deshalb verhalten sich auch die Kommentare zu § 7 BeurkG nur über den rechtlichen Vorteil, nicht über die Person des Begünstigten.

Das hat sich mit dem Fall des OLG geändert. Er zeigt, dass nicht nur die Feststellung eines rechtlichen Vorteils schwierig sein kann, sondern auch, ob die begünstigte Person unter § 7 BeurkG fällt. Das OLG löst den Fall richtig, wobei es allerdings die beiden Fragen nicht deutlich trennt. Es scheint der Auffassung zu sein, dass der Beklagte zwar Begünstigter ist, aber keinen rechtlichen Vorteil erhält, sondern nur einen wirtschaftlichen, der zu dem ungewiss ist, weil die gesetzliche oder gewillkürte Erbenstellung kein gesichertes Anwartschaftsrecht bedingt.

Beide Kriterien des § 7 BeurkG müssen kumulativ vorliegen, sie bedingen einander jedoch nicht. Es kann also ein rechtlicher Vorteil vorliegen, der keinem Begünstigten i. S. des § 7 BeurkG zukommt; es kann aber auch der Begünstigte unter § 7 BeurkG fallen und der Vorteil lediglich wirtschaftlicher Art sein. Im Falle des OLG sind beide Voraussetzungen zu verneinen.

2. Ausgangspunkt für die Beurteilung des rechtlichen Vorteils ist RGZ 88, 147. Auf dieses Urteil bezieht sich der BGH und zitiert es fast wörtlich (NJW 97, 946 (947); MDR 12, 1468 (1469)). Auch das OLG beruft sich auf die Entscheidung des RG.

Allerdings musste sich das RG nur mit dem rechtlichen Vorteil befassen, nicht mit der begünstigten Person. Begünstigt war die Urkundsperson selbst, so dass hierüber kein Streit bestand.

Das RG betont die Sicherheit des geschäftlichen Verkehrs, die verlange, Zweifel über die Rechtsbeständigkeit einer Urkunde zu vermeiden. Deshalb hat der Vorteil rechtlicher und nicht nur wirtschaftlicher Art zu sein. Außerdem muss der Erfolg der rechtlichen Besserstellung durch die in der Urkunde niedergelegte rechts-

geschäftliche Willenserklärung eintreten. Er darf nicht erst als deren Folge eintreten oder gar erst eintreten können. Die Begünstigung muss unmittelbare Wirkung des Rechtsgeschäfts sein.

Das heißt, der rechtliche Vorteil darf – mit Ausnahme von Bedingungen, die in der Urkunde festgelegt sind – nicht von Umständen abhängig sein, die erst nachträglich von Dritten geschaffen werden oder die zufällig eintreten können.

3. Die Rechtsnatur des Erbverzichtsvertrages ist umstritten. Nach Palandt/Weidlich (72. Aufl., § 2346, Rz 4 mwN) ist er kein gegenseitiger Vertrag, auch wenn er mit Rücksicht auf eine Gegenleistung abgeschlossen wird (a. A. Staudinger/Schotten, Neubearbeitung 2010, § 2346, Rz 122 mwN; Münchener Kommentar/Wegerhoff, 6. Aufl., § 2346, Rz 22). Jedenfalls aber ist er kein Vertrag zugunsten Dritter, weil er kein Recht eines Dritten begründet (Palandt/Weidlich a.a.O.) und insbesondere ist er keine Schenkung, wie § 517 BGB ausdrücklich bestimmt. „Durch den Erbverzicht tritt nämlich weder eine vermögensmäßige Bereicherung des Erblassers oder des Begünstigten noch eine Vermögensminderung des Verzichtenden ein.“ (Staudinger/Schotten, a.a.O., Rz 121 mwN; ebenso Münchener Kommentar/Wegerhoff, a.a.O., Rz 5). Zweck der Abfindung für einen Erbverzicht ist, „dass durch den Vertrag einzig und allein eine zukünftige Erbfolgeregelung zeitlich vorweggenommen wird und dass der Erblasser die Abfindung lediglich als wirtschaftliches Surrogat für einen unentgeltlichen Erwerb von Todes wegen leistet“ (Staudinger/Schotten a.a.O. Rz 127).

Ein rechtlicher Vorteil für den Erben ist ein Erb- und Pflichtteilsverzicht also nicht und, da der Erbe nichts geschenkt erhält, noch nicht einmal ein wirtschaftlicher.

4. Auch die Person des Begünstigten muss sich eindeutig und unabänderbar aus den Erklärungen der Urkunde ergeben, wobei wiederum Bedingungen zulässig sind. Die Identität der begünstigten Person darf nicht von der Bestimmung durch Dritte oder von Zufällen abhängig sein. Denn der Notar muss allein aufgrund der von ihm errichteten Urkunde zweifelsfrei und sofort erkennen können, wer begünstigt ist und ob demzufolge ein Beurkundungshindernis besteht. Daher steht der Beurkundung nichts im Wege, wenn die Person, der der rechtliche Vorteil zukommen soll, zu dem Kreis der in § 7 BeurkG genannten gehört, aber deren Rechtsstellung, wie das OLG sagt, nicht gesichert ist, d. h. unter Umständen, die außerhalb der Urkunde liegen, ein Dritter in den Genuss des rechtlichen Vorteils gelangen kann.

Beispiel: Wenn E in seinem Testament die Tochter des beurkundenden Notars als Ersatzerbin einsetzt, ist diese Begünstigte im Sinne des § 7 BeurkG und der Notar darf nicht beurkunden. Setzt E seine „zukünftige Ehefrau“ als Erbin ein, besteht kein Beurkundungshindernis, und zwar auch dann, wenn E die Tochter des Notars zu heiraten beabsichtigt.

5. Das Urteil ist rechtskräftig. Das OLG ließ jedoch die Revision zu, weil „soweit ersichtlich... weder entschieden noch in der Literatur erörtert worden (ist), ob die Beurkundung eines Erb- und Pflichtteilsverzichts

einen unmittelbaren rechtlichen Vorteil im Sinne von § 7 BeurkG für andere Erb- und Pflichtteilsberechtigte begründet.“

Der Hinweis ist nicht ganz zutreffend. Zwar gibt es keine gerichtliche Entscheidung zu der Frage, ansonsten ist aber nicht zweifelhaft, dass der Erb- und Pflichtteilsverzicht Rechte nicht begründet (vgl. oben Ziffer 3.). Das eigentliche Wichtige in dem Urteil ist, auch wenn es nicht ganz deutlich wird, dass Begünstigter im Sinne des § 7 BeurkG nur sein kann, wer in der Urkunde eine gesicherte Rechtsposition erlangt hat.

*Rechtsanwalt und Notar Dr. Martin Armasow,  
Emmerich*

## **6. Erbrecht – Nachweis der Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers bei einem Insichgeschäft**

(*OLG Düsseldorf*, Beschluss vom 14. 8. 2013 – 3 Wx 41/13)

**BGB §§ 181; 2205; 2368  
GBO § 29**

- 1. Der Testamentsvollstrecker kann zur Erfüllung einer wirksamen Nachlassverbindlichkeit ein Grundstück an sich selbst auflassen, wenn ein entsprechendes Vermächtnis, eine Teilungsanordnung oder eine Auflage zu seinen Gunsten besteht.**
- 2. Zur Frage, welche Nachweise das Grundbuchamt zum Beleg der Wirksamkeitsvoraussetzungen einer vom Testamentsvollstrecker nach Maßgabe des § 181 BGB zu seinen Gunsten vorgenommenen Grundstücksverfügung für die Eigentumsumschreibung (im Wege der Zwischenverfügung) verlangen kann.**

### **Zur Einordnung:**

Obgleich die unmittelbare Anwendung des § 181 BGB auf den Testamentsvollstrecker unter Hinweis auf seine Stellung als Träger eines öffentlichen Amtes, der nicht die Erben vertritt, sondern unabhängig von deren Willen sein Amt ausübt, allgemein verneint wird, ist § 181 BGB auf ihn dennoch wegen der Vergleichbarkeit der Konfliktlage grundsätzlich entsprechend anwendbar (BGHZ 30, 67, 68 f.; 51, 209, 214 f.). Gleiches gilt für die bei unmittelbarer Anwendung des § 181 BGB anerkannten Ausnahmen. Besteht daher das vom Testamentsvollstrecker vorgenommene Rechtsgeschäft ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit, liegt kein Verstoß gegen § 181 BGB analog vor (BayObLG, Rpfleger 1982, 344, 345; MünchKomm/Zimmermann, BGB, 6. Aufl. 2013, § 2205 Rn. 84; Beck-OK/Mayer, Stand 1. 5. 2013, § 2205 Rn. 16). Gleiches gilt, wenn der Erblasser das Selbstkontrahieren gestattet hat, wobei sich aus der Auslegung der Verfügung von Todes wegen auch eine konkludente Gestattung ergeben kann (BGHZ 30, 67, 69). Zu beachten ist indessen, dass der Erblasser den Testamentsvollstrecker von dem Gebot ordnungsgemäßer Verwaltung des Nachlasses (§ 2216 Abs. 1 BGB) gemäß § 2220 BGB nicht be-

freien kann, so dass die Gestattung bei nicht ordnungsgemäßer Verwaltung insoweit unwirksam und § 181 BGB insoweit entsprechend anwendbar ist (BGHZ 30, 67, 70 f.).

Davon, ob § 181 BGB analog der Vornahme eines Rechtsgeschäfts durch den Testamentsvollstrecker entgegensteht, ist die Frage zu unterscheiden, wie der Nachweis der Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts gegenüber dem GBA zu führen ist. Hierzu hat sich, soweit ersichtlich, vor der Entscheidung des OLG Düsseldorf allein das OLG Köln geäußert und entschieden, dass der Nachweis nicht i. d. F. des § 29 Abs. 1 GBO geführt werden muss (OLG Köln RNotZ 2013, 103, 105). Stattdessen kann nach dem OLG Köln der Testamentsvollstrecker den Nachweis der Gestattung bei einem öffentlichen Testament oder einem Erbvertrag durch Vorlage einer beglaubigten Abschrift oder Verweis auf die beim selben AG geführten Nachlassakten führen. Bei einem privatschriftlichen Testament genügt die Vorlage einer beglaubigten Abschrift mit Eröffnungsvermerk (OLG Köln RNotZ 2013, 103, 105; Zahn, MittRhNotK 2000, 90, 107; auch in diesem Fall ist freilich ein Verweis auf die bei dem betreffenden Gericht geführten Nachlassakten möglich). Das OLG Köln lehnt ausdrücklich den Nachweis durch Vorlage eines Testamentsvollstreckerzeugnisses ab, da die Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB dort regelmäßig nicht aufgenommen wird (OLG Köln RNotZ 2013, 103, 106; hierzu u. a. auch OLG Hamm DNotZ 2004, 808, 810). Das OLG Düsseldorf schließt sich in seiner untenstehenden Entscheidung der Argumentation des OLG Köln an. Es hält außerdem fest, dass der Testamentsvollstrecker zur Erfüllung einer wirksamen Nachlassverbindlichkeit ein Grundstück an sich selbst auflassen kann, wenn ein entsprechendes Vermächtnis, eine Teilungsanordnung oder eine Auflage zu seinen Gunsten besteht (Beck-OK/Mayer, Stand 1. 5. 2013, § 2205 Rn. 19).

Die Entscheidungen des OLG Düsseldorf und des OLG Köln bieten ein gutes Fundament zur Führung des Nachweises gegenüber dem GBA, dass der Testamentsvollstrecker bei Insichgeschäften nicht gegen § 181 BGB verstößt. Zwar hat der BGH, soweit ersichtlich, zu dieser Frage noch keine Stellung genommen, angesichts der überzeugenden Argumentation der beiden Oberlandesgerichte und der ganz überwiegenden Stellungnahmen in der Literatur dürfte nun aber für die Praxis hinreichende Verlässlichkeit geschaffen worden sein.

*Die Schriftleitung (SB)*

### **Zum Sachverhalt:**

I. Im Grundbuch des AG V. Blatt ... ist der am 21. 6. 2007 verstorbene R. W. als Eigentümer eingetragen.

Der Erblasser hat am 11. 10. 2003 ein privatschriftliches Testament errichtet, in dem er die Bet. zu 1) bis 3), seine drei Kinder, zu Erben einsetzte, nachfolgend die wesentlichen Vermögensgegenstände unter seinen Kindern verteilte, hinsichtlich des restlichen Nachlasses ein Erbe der Kinder zu gleichen Teilen verfügte, ferner Testamentsvollstreckung angeordnete und die Bet. zu 1) zur Testamentsvollstreckerin ernannte.

Ziffer 3 des Testaments lautet:

„Meine Tochter M. D. erbt mein Haus in . . . V. mit den zugehörigen Grundstücken, eingetragen im Grundbuch von V. Blatt . . . Flur . . . , Flurstücke . . . und . . .“

Das AG erteilte der Bet. zu 1), die das Amt des Testamentsvollstreckers angenommen hat, am 20.9.2007 ein Testamentsvollstreckerzeugnis.

Zu UR.-Nr. . . . vom 29.5.2012 der Notarin V. in Hamburg erklärte die Bet. zu 1) als Testamentsvollstreckerin „in Erfüllung dieses Vermächtnisses“ die Übertragung der Grundstücke auf sich selbst und erklärte die entsprechende Auffassung.

Unter dem 5./11.9.2012 beantragte die Notarin V. die Löschung des Rechts in Abt. III Nr. 3 im Grundbuch von V. Blatt . . . Flurstücke . . . und . . . sowie die Eintragung der Eigentumsumschreibung im Grundbuch unter gleichzeitiger Abschreibung und Eintragung auf einem neu anzulegenden Grundbuch(blatt).

Das GBA hat unter dem 16.1.2013 zur Erledigung bis zum 16.3.2013 unter Androhung der Antragszurückweisung eine „Zwischenverfügung“ erlassen, in der es der Erledigung des Antrags vom 5.9.2012 entgegen stehende Hindernisse wie folgt beschreibt:

In der notariellen Urkunde vom 29.5.2012 lasse die Bet. zu 1) die Grundstücke, eingetragen im Grundbuch von V. Blatt . . . , Gemarkung V., Flur . . . , Flurstück . . . und . . . , . . . V. an sich selbst auf (Selbstkontrahieren). Grundlage der Auffassung sei die Erfüllung eines Vermächtnisses aus dem privatschriftlichen Testament des Erblassers und noch eingetragenen Eigentümers R. W. Die Bet. zu 1) handle einerseits als Testamentsvollstreckerin andererseits als Miterbin und Vermächtnisnehmerin. Das i. d. F. d. § 29 GBO vorgelegte Testamentsvollstreckerzeugnis enthalte keinen Hinweis auf eine Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB. Obwohl die Testamentsvollstreckerin in Erfüllung einer Verbindlichkeit i. S. d. § 181 BGB handle, seien gemäß § 29 GBO alle zur Eintragung erforderlichen Eintragungsunterlagen in öffentlich oder öffentlich beglaubigter Form beizubringen. Als formgerechter Nachweis für das GBA, dass die Testamentsvollstreckerin zur Vornahme eines Insichgeschäfts mit Wirkung für die Erben berechtigt ist, sei eine Ergänzung des Testamentsvollstreckerzeugnisses mit dem Zusatz, dass die Testamentsvollstreckerin von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit ist, erforderlich. Alternativ sei als Nachweis der Erbfolge der Erbschein und die Zustimmung aller Miterben zu der von der Testamentvollstreckerin erklärten Auffassung in öffentlich oder öffentlich beglaubigter Form gemäß §§ 35, 29 GBO vorzulegen.

Hiergegen hat sich die Bet. zu 1) mit Schrift vom 25.2.2013 gewandt und hat geltend gemacht, zum Einen gehe es hier um die Erfüllung einer Verbindlichkeit in Gestalt des zu ihren Gunsten ausgesetzten Vermächtnisses, was § 181 BGB nicht verbiete, zum Anderen habe der Erblasser sie, die Miterbin, durch ihre Bestellung als uneingeschränkte Testamentsvollstreckerin im Rahmen einer ordnungsgemäßen Verwaltung von dem Verbot des Insichgeschäfts befreit. Die Darlegung, dass sie bei der Übertragung von Grundstücken in Erfüllung einer Verbindlichkeit handle, bedürfe nicht des Nachweises durch öffentliche Urkunden, zumal der Erblasser nur privatschriftlich testiert habe. Da ein (Voraus-) Vermächtnis in einem eigenhändigen Testament insbesondere nicht durch einen Erbschein nachweisbar sei, werde dem Testamentsvollstrecker andernfalls die Möglichkeit genommen, die Anordnungen des Erblassers auszuführen, soweit diese in einer ihm selbst gegenüber zu erfüllenden Verpflichtung, insbesondere einem Vermächtnis bestehen.

Mit Beschluss vom 1.3.2013 hat das AG – Rechtspflegerin – der Beschwerde nicht abgeholfen, weil keinerlei Gründe vor-

getragen worden seien, die eine Änderung der Entscheidung rechtfertigten.

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

## Aus den Gründen:

### Die Beschwerde ist zulässig

II. 1. Das Rechtsmittel ist gemäß §§ 71 Abs. 1, 72, 73 Abs. 1 und Abs. 2 S. 1 GBO als Beschwerde zulässig und nach der vom GBA erklärten Nichtabhilfe dem Senat zur Entscheidung angefallen, § 75 GBO. Der Ablauf der gesetzten Frist berührt die Zulässigkeit nicht (vgl. Demharter, GBO, 27. Aufl. 2010, § 18 Rz. 55). Gegenstand der Beschwerde ist nur das vom GBA angenommene Eintragungshindernis (BayObLG 1986, 212; Demharter, a.a.O. § 71 Rz. 74).

### Die Beschwerde hat auch in der Sache Erfolg

2. Die Beschwerde hat auch in der Sache Erfolg. Die Zwischenverfügung vom 16.1.2013 hat keinen Bestand.

a) Eine Zwischenverfügung soll es dem Ast. ermöglichen, Eintragungshindernisse vor einer endgültigen Zurückweisung des Antrags zu beheben. Dies ist aus rechtsstaatlicher Sicht geboten, um dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu genügen (vgl. Senat FGPrax 2010, 249 = RNotZ 2010, 477 m. Anm. Terner; Keidel/Heinemann, FamFG, 17. Aufl. 2011, § 382 Rz. 20). Diese Zielrichtung impliziert, dass in der Zwischenverfügung die Hindernisse, die der Eintragung entgegen stehen, klar zu benennen (OLG Frankfurt Rpfleger 1977, 103; BayObLG Rpfleger 1997, 15 = DNotZ 1997, 395; BeckOK-Hügel/Zeiser, GBO, Stand 1.6.2013, § 18 Rz. 30) und die zur Beseitigung des Hindernisses geeigneten Mittel anzugeben sind (Demharter, GBO, 27. Aufl. 2010, § 18 Rz. 31 m. N.; Zeiser, a.a.O. Rz. 32; vgl. auch Senat I-3 Wx 114/111 vom 25.5.2011 und I-3 Wx 233/10 vom 6.10.2010 BeckRS 2010, 26120). Bei mehreren Möglichkeiten der Beseitigung sind alle aufzuführen (Zeiser, a.a.O. m. Rspr.-Nachweisen).

b) Die nachgesuchte Eigentumsumschreibung durfte das GBA im Wege der Zwischenverfügung ebenso wenig von der Einreichung einer Ergänzung des Testamentsvollstreckerzeugnisses mit dem Zusatz, dass die Testamentsvollstreckerin von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit ist, abhängig machen [aa]), wie alternativ davon, dass die Bet. zu 1) als Nachweis der Erbfolge einen Erbschein vorlegt und die Zustimmung aller Miterben zu der von der Testamentvollstreckerin erklärten Auffassung in öffentlicher oder öffentlich beglaubigter Form gemäß §§ 35, 29 GBO beibringt [bb]).

### Auf den Testamentsvollstrecker findet § 181 BGB entsprechende Anwendung

aa) (a) (aa) Der Testamentsvollstrecker ist in entsprechender Anwendung vom § 181 BGB grundsätzlich daran gehindert, Insichgeschäfte abzuschließen (BGH NJW 1981, 1271; OLG München, ZEV 2012, 333; BeckOK-Hügel/Zeiser, GBO, Stand 1.6.2013, § 52 Rn. 63).



**Das Verbot des Selbstkontrahierens gilt nicht bei Erfüllung einer Verbindlichkeit sowie auch nicht bei ausdrücklicher oder konkludenter Gestattung des Insichgeschäfts durch den Erblasser, soweit diese nicht gegen das Gebot der ordnungsgemäßen Verwaltung (§ 2216 Abs. 1 BGB) verstößt**

(bb) Dieses Verbot des Selbstkontrahierens gilt allerdings nicht, wenn es sich bei der Verfügung um die Erfüllung einer Verbindlichkeit handelt, da dann der Schutzzweck des § 181 BGB keine Anwendung findet (Palandt-Ellenberger, BGB, 71. Aufl. 2012, § 198 Rz. 22), sowie im Falle einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Gestattung von Seiten des Erblassers, die ggf. durch Auslegung der Verfügung von Todes wegen zu ermitteln ist (BeckOK-Bamberger/Roth/Mayer, BGB, Stand 1. 5. 2013, § 2205 Rn. 16). Aber selbst wenn eine Gestattung angenommen werden kann, ist diese unwirksam, wenn sie gegen das Gebot der ordnungsgemäßen Verwaltung verstößt (§ 2216 Abs. 1 BGB), da der Erblasser hiervon den Testamentsvollstrecker nicht befreien kann (§ 2220 BGB; BGHZ 30, 67, 70 f.; BGH WM 1960, 1419; KG JW 1935, 2755; Palandt/Weidlich, Rn 30; MünchKomm/Zimmermann, Rn. 85). Umgekehrt kann eine Gestattung angenommen werden, wenn das Rechtsgeschäft ordnungsgemäßer Nachlassverwaltung entspricht (BGHZ 30, 67, 70 = NJW 1959, 1429; BGH WM 1960, 1419, 1420; MünchKomm/Zimmermann, Rn. 85), wobei hieran jedoch strenge Anforderungen zu stellen sind.

**Zur Erfüllung einer wirksamen Nachlassverbindlichkeit kann der Testamentsvollstrecker mit sich selbst kontrahieren, wenn ein entsprechendes Vermächtnis, eine Teilungsanordnung oder Auflage zu seinen Gunsten besteht**

Der Testamentsvollstrecker kann zur Erfüllung einer wirksamen Nachlassverbindlichkeit bei einem Grundstücksvermächtnis auch mit sich selbst kontrahieren, etwa ein Grundstück an sich selbst auflassen, wenn ein entsprechendes Vermächtnis (BayObLG DNotZ 1983, 176; Zeiser, a.a.O., Rn. 65), eine Teilungsanordnung oder Auflage zu seinen Gunsten besteht (BeckOK-Bamberger/Roth/Mayer, BGB, Stand 1. 5. 2013, § 2205 Rn. 19; Lange/Kuchinke, § 31 V 3 Fn 140; Staudinger/Reimann, Rn 68).

**Ein Nachweis der Befreiung von § 181 BGB analog ist nicht in der Form des § 29 GBO dem Grundbuchamt gegenüber nachzuweisen**

(b) Entgegen der Annahme des GBA muss die Bet. zu 1) ihre Befreiung von der Einschränkung des § 181 BGB nicht i. d. F. des § 29 GBO nachweisen.

(aa) Das Verbot des Selbstkontrahierens gilt vorliegend nicht, denn mit der hier in Rede stehenden Verfügung erfüllt die Bet. zu 1) zum Einen eine Verbindlichkeit, zum Anderen ist ihr die Grundstücksübertragung an sich im Rahmen ihrer Befugnis als Testamentsvollstreckerin durch die letztwillige Verfügung des Erblassers gestattet, sodass der Schutzzweck des § 181 BGB keine Anwendung findet.

(bb) Nach § 2205 S. 3 BGB ist ein Testamentsvollstrecker zu unentgeltlichen Verfügungen über Nachlass-

gegenstände nur in Ausnahmefällen berechtigt, nämlich wenn sie einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprechen. Der Nachweis, dass sich der Testamentsvollstrecker bei der Verfügung über ein Grundstück in diesen Grenzen seiner Verfügungsmacht gehalten hat, insbesondere der Entgeltlichkeit des Geschäfts, kann vom GBA im Wege der freien Beweiswürdigung festgestellt werden (OLG Köln FGPrax 2013, 105 = RNotZ 2013, 103 m. N.).

Auch wenn der Testamentsvollstrecker über ein Grundstück zu seinen eigenen Gunsten verfügt und deshalb grundsätzlich der Verfügungsbeschränkung nach § 181 BGB unterliegt, muss das GBA die Wirksamkeitsvoraussetzungen prüfen und sich nachweisen lassen. Dieser Nachweis braucht ebenfalls nicht i. d. F. nach § 29 Abs. 1 GBO geführt zu werden; es gelten die gleichen Grundsätze wie für den Nachweis der Entgeltlichkeit einer Grundstücksverfügung (OLG Köln FGPrax 2013, 105 = RNotZ 2013, 103).

**Bei einem privatschriftlichen Testament genügt die Vorlage einer beglaubigten Abschrift mit Eröffnungsvermerk**

Liegt – wie hier – ein privatschriftliches Testament vor, so genügt die Vorlage einer beglaubigten Abschrift mit Eröffnungsvermerk (BeckOK-GBO/Hügel/Zeiser, Stand: 1. 6. 2013, § 52 Rn. 79; Staudinger/Reimann, BGB, 2012, § 2205 Rn. 73; MünchKomm-BGB/Zimmermann, 5. Aufl. 2010, § 2205 Rn. 101). Ein praktisches Bedürfnis hierfür besteht vor allem deswegen, weil der Nachweis mit Hilfe eines Testamentsvollstreckerzeugnisses gemäß § 2368 BGB nicht möglich ist. Die Befreiung des Testamentsvollstreckers von der Einschränkung des § 181 BGB wird nämlich regelmäßig nicht in dieses Zeugnis aufgenommen (OLG Hamm NJW-RR 2004, 1448 = DNotZ 2004, 808; Palandt-Weidlich, BGB, 71. Aufl. 2012, § 2368 Rz. 2). Dafür besteht schon deshalb kein Anlass, weil das Zeugnis dem Ausweis der Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers im Rechtsverkehr mit Dritten dient. Für Rechtsgeschäfte des Testamentsvollstreckers mit sich selbst kann das Zeugnis demgegenüber keinerlei Wirkung entfalten, zumal die Frage, ob das jeweilige Geschäft sich in den Grenzen ordnungsgemäßer Verwaltung hält, ohnehin der Prüfung im Einzelfall vorbehalten bleiben muss (OLG Köln FGPrax 2013, 105 = RNotZ 2013, 103; OLG Hamm DNotZ 2004, 808; MünchKomm-BGB/Mayer, 5. Aufl. 2010, § 2368 Rn. 37).

bb) (a) Die Vorlage eines Erbscheins ist nicht geeignet, ein mit der Zwischenverfügung angenommenes Hindernis zu beseitigen. Denn, ob die Testamentsvollstreckerin zur Erfüllung einer wirksamen Nachlassverbindlichkeit im Wege des Insichgeschäfts das Grundstück an sich selbst auflassen kann, hängt nicht davon ab, ob der Erblasser es ihr als Vermächtnis zugewandt hat oder sie Miterbin geworden ist und der Erblasser lediglich Einfluss auf die Aufteilung seines Vermögens unter Miterben nehmen wollte, indem er in Bezug auf das Grundstück eine Teilungsanordnung (§ 2048 BGB) getroffen hat (vgl. BeckOK-BGB/Bamberger/Roth/Mayer, Stand 1. 5. 2013, § 2205 Rn. 19).

(b) Dass die Bet. zu 1) die Zustimmung aller Miterben zu der von der Testamentvollstreckerin erklärten Auflassung in öffentlich oder öffentlich beglaubigter Form gemäß §§ 35, 29 GBO beibringt, kann schon deshalb nicht Gegenstand einer Zwischenverfügung sein, weil hierdurch nicht das vom GBA angenommene Defizit einer Auflassung durch ein gegen § 181 BGB verstoßendes Inlichgeschäft der Testamentvollstreckerin ausgeräumt, sondern der auf Eigentumsumschreibung gerichtete Eintragungsantrag gleichsam auf eine neue Grundlage gestellt würde.

Hiernach war die angefochtene „Zwischenverfügung“ vom 10. 11. 2011 aufzuheben.

## 7. Handels-/Gesellschaftsrecht – Eintragung der Einzelvertretungsbefugnis bei möglicher Bestellung weiterer Geschäftsführer

(OLG Zweibrücken, Beschluss vom 20. 3. 2013 – 3 W 8/13)

### BGB § 181 GmbHG §§ 8; 10

**Bestimmt die Satzung einer GmbH, dass die Gesellschafterversammlung für den Fall, dass mehrere Geschäftsführer vorhanden sind, einem oder mehreren von diesen Einzelvertretungsmacht erteilen kann, so kann sie einen entsprechenden Beschluss im Zweifel auch schon zu einem Zeitpunkt fassen, zu dem erst ein Geschäftsführer vorhanden ist.**

#### Zur Einordnung:

Bei der Gründung einer GmbH sind in der Handelsregisteranmeldung sowohl die abstrakte Vertretungsbefugnis der Geschäftsführer als auch die konkrete Vertretungsbefugnis jedes einzelnen Geschäftsführers anzugeben (Notarhandbuch Gesellschafts- und Unternehmensrecht/Terbrack, § 13 Rn. 80). Gemäß § 35 Abs. 2 S. 1 GmbHG sind mehrere Geschäftsführer nur gemeinschaftlich zur Vertretung der Gesellschaft befugt, es sei denn, der Gesellschaftsvertrag bestimmt etwas anderes. Dabei muss der Gesellschaftsvertrag eine entsprechende andere Regelung nicht selber treffen, sondern kann auch lediglich die Gesellschafterversammlung ermächtigen, die Frage der Vertretungsbefugnis der einzelnen Geschäftsführer in den Grenzen der durch den Gesellschaftsvertrag vorgegebenen allgemeinen Vertretungsregelung zu regeln (so bereits RGZ 28, 177, 183; siehe etwa auch BGH NJW 1975, 1741; Lutter/Hommelhoff/Kleindieck, GmbHG, 18. Aufl. 2012, § 35 Rn. 37). Hierbei kommt neben der Möglichkeit zur Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB insbesondere die Ermächtigung zur Erteilung von Einzelvertretungsbefugnis in Betracht. Unabhängig von einer solchen Regelung, ergibt sich die Einzelvertretungsbefugnis eines Geschäftsführers bereits unmittelbar aus § 35 Abs. 2 S. 1 GmbHG, wenn nur ein Geschäftsführer bestellt ist. Auch in diesem Fall dürfen sich Anmeldung und Eintragung der abstrakten Vertretungsbefugnis im Handelsregister aber aus eu-

roparechtlichen Gründen (hierzu EuGH BB 1974, 1500, 1500 f.) nicht darauf beschränken, dass mehrere Geschäftsführer gesamtvertretungsberechtigt sind, sondern es ist ebenfalls anzumelden und einzutragen, dass bei Bestellung eines einzigen Geschäftsführers dieser die Gesellschaft alleine vertritt (BGHZ 63, 261, 264 f.). Auch dann, wenn nur ein Geschäftsführer bestellt ist, kann aber die Gesellschafterversammlung eine entsprechende Ermächtigung im Gesellschaftsvertrag ohne Weiteres dazu nutzen, dem Alleingeschäftsführer Einzelvertretungsbefugnis zu erteilen.

Die Formulierung der gesellschaftsvertraglichen Ermächtigung zur Erteilung von Einzelvertretungsbefugnis bot Anlass für die unten abgedruckte Entscheidung des OLG Zweibrücken. In dem zu entscheidenden Fall enthielt der Gesellschaftsvertrag einer neu gegründeten GmbH in § 6 folgende Regelung: „1. Ist nur ein Geschäftsführer bestellt, so vertritt er die Gesellschaft allein. Sind mehrere Geschäftsführer bestellt, so wird die Gesellschaft durch zwei Geschäftsführer oder durch einen Geschäftsführer gemeinsam mit einem Prokuristen vertreten. 2. Die Gesellschafterversammlung kann für den Fall, dass mehrere Geschäftsführer vorhanden sind, einem, mehreren oder allen Geschäftsführern Einzelvertretungsbefugnis erteilen.“ Auf dieser Grundlage hatte sich der alleinige Gründungsgesellschafter selbst zum alleinigen Geschäftsführer bestellt, sich Einzelvertretungsbefugnis erteilt und als konkrete Vertretungsbefugnis angemeldet, dass er stets einzelvertretungsberechtigt sei. Das Registergericht beanstandete daraufhin, dass die zur Eintragung angemeldete Vertretungsregelung nicht der Ermächtigung durch die Satzung entspreche, weil diese zu einer solchen Regelung nur „für den Fall, dass mehrere Geschäftsführer vorhanden sind“, ermächtige. Das OLG Zweibrücken hingegen hielt die angemeldete Vertretungsregelung für eintragungsfähig und sah die konkrete Regelung der Vertretungsbefugnis auch durch die Formulierung in § 6 Nr. 2 des Gesellschaftsvertrages gedeckt.

Mag auch eine andere als die vom OLG Zweibrücken vorgenommene Auslegung der gesellschaftsvertraglichen Regelung in § 6 Nr. 2 eher fern gelegen haben, so bleibt doch allgemein festzuhalten, dass die Regelungen im Gesellschaftsvertrag zur Vertretungsbefugnis – wie alle anderen Regelungen in notariellen Verträgen – so formuliert werden sollten, dass Zweifel hinsichtlich ihres Inhalts erst gar nicht entstehen. Es empfiehlt sich deshalb ohne jegliche Einschränkung zu formulieren, dass die Gesellschafterversammlung Geschäftsführern Einzelvertretungsbefugnis erteilen kann (siehe etwa die Formulierungsvorschläge bei Notarhandbuch Gesellschafts- und Unternehmensrecht/Stucke, § 13 Rn. 431).

*Die Schriftleitung (SB)*

#### Zum Sachverhalt:

I. Der Geschäftsführer der beteiligten GmbH in Gründung hat über den verfahrensbevollmächtigten Notar unter dem 7. 9. 2012 (UR.-Nr. . . .) die Gesellschaft zur Eintragung in das Han-

delsregister angemeldet. Unter § 1 Ziffer 5 der Urkunde heißt es:

„Zum Geschäftsführer wird bestellt:

Herr B. . . K. . . , . . .

Konkrete Vertretungsbefugnis:

Er ist stets einzelvertretungsberechtigt, auch wenn weitere Geschäftsführer bestellt sind (konkrete Vertretungsregelung). Er ist befugt, die Gesellschaft bei der Vornahme von Rechtsgeschäften mit sich selbst oder als Vertreter eines Dritten uneingeschränkt zu vertreten (Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB 1. und 2. Alternative).“

Im Gesellschaftsvertrag (Anlage zur Gründungsurkunde – UR.-Nr. . . . – vom 7. 9. 2012) ist die Vertretung der Gesellschaft in § 6 geregelt. Dort heißt es:

„1. Ist nur ein Geschäftsführer bestellt, so vertritt er die Gesellschaft allein. Sind mehrere Geschäftsführer bestellt, so wird die Gesellschaft durch zwei Geschäftsführer oder durch einen Geschäftsführer gemeinsam mit einem Prokuristen vertreten.

2. Die Gesellschafterversammlung kann für den Fall, dass mehrere Geschäftsführer vorhanden sind, einem, mehreren oder allen Geschäftsführern Einzelvertretungsbefugnis erteilen.

3. Die Gesellschafterversammlung kann jedem Geschäftsführer Befreiung von den Beschränkungen des § 181 des Bürgerlichen Gesetzbuches erteilen.“

Die zur Eintragung angemeldete Geschäftsführerbestellung entspricht dem Wortlaut des Gesellschafterbeschlusses in § 3 der Gründungsurkunde vom 7. 9. 2012. Mit Zwischenverfügung vom 19. 12. 2012 hat die Rechtspflegerin des Registergerichts beanstandet, dass die zur Eintragung angemeldete Vertretungsregelung durch den Geschäftsführer nicht der Ermächtigung durch die Satzung entspreche und hat der Ast. unter Fristsetzung aufgegeben, Beschluss und Anmeldung „klarstellend“ zu berichtigen.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Bet. vom 14. 1. 2013. Dieser hat das AG mit Beschluss vom 16. 1. 2013 unter Bezugnahme auf die Begründung der angefochtenen Zwischenverfügung nicht abgeholfen.

#### Aus den Gründen:

II. Die Beschwerde der Ast. ist gem. §§ 119 Abs. 1 Nr. 1 b GVG, 382 Abs. 4 S. 2, 58 Abs. 1, 59 Abs. 1, 63 Abs. 1, 64 Abs. 1, 65 Abs. 1 FamFG statthaft und auch im Übrigen zulässig (§ 63 Abs. 3 S. 1 FamFG). Der Senat ist zur Entscheidung gem. § 4 Abs. 3 Nr. 2 a GerOrgG RP berufen. Die Beschwerde hat auch in der Sache Erfolg.

#### Die Zwischenverfügung des Registergerichts ist bereits aus formellen Gründen aufzuheben

Die Zwischenverfügung des AG – Registergericht – K. unterliegt bereits aus formellen Gründen der Aufhebung. Das Registergericht hat der Bf. in der angefochtenen Zwischenverfügung der Sache nach die Vorlage eines geänderten Gesellschaftsvertrages und eines geänderten Gesellschafterbeschlusses aufgegeben. Dies kann nicht Inhalt einer Zwischenverfügung sein. Über einen Eintragungsantrag kann außer durch Eintragung (§ 382 Abs. 1 FamFG) nur durch Zurückweisung (§ 382 Abs. 3 FamFG) oder Zwischenverfü-

gung (§ 382 Abs. 4 FamFG) entschieden werden. Letzteres setzt voraus, dass die Anmeldung zum Handelsregister unvollständig ist oder der Eintragung ein anderes durch den Ast. behebbares Hindernis entgegensteht. Die Zwischenverfügung soll es dem Ast. ermöglichen, etwaige Fehler und Mängel der Anmeldung vor einer endgültigen Antragszurückweisung zu beheben (Keidel/Heinemann, FamFG, 17. Aufl., § 382 Rn. 20, 22 m. ausf. w. N.). Die Rechtspflegerin macht hier die Eintragung in das Handelsregister von der Vorlage eines geänderten Gesellschaftsvertrages und eines neuen Gesellschafterbeschlusses abhängig. Insofern liegt ein behebbares Hindernis gerade nicht vor, sondern es käme danach nur eine Rücknahme der ursprünglichen Anmeldung und Neuanmeldung auf der Grundlage eines neuen Gesellschafterbeschlusses in Betracht. Da das Registergericht dies nicht zum Gegenstand einer Zwischenverfügung machen durfte, war die Zwischenverfügung bereits aus diesem Grund aufzuheben (vgl. Senat, Beschluss v. 9. 5. 2011, Az.: 3 W 1/11; Beschluss v. 17. 12. 2012, Az.: 3 W 93/12 = NZG 2013, 907; OLG Düsseldorf NZG 2010, 719 und NZG 2010, 754).

#### Die Zwischenverfügung greift auch in der Sache nicht durch

Unbeschadet dessen geht der Senat auch in der Sache davon aus, dass die angemeldete Vertretungsregelung eintragungsfähig ist. Nach §§ 8 Abs. 4, 10, Abs. 1 S. 2 GmbHG ist bei der Anmeldung zur Eintragung in das Handelsregister anzugeben, welche Vertretungsbefugnis die Geschäftsführer der Gesellschaft nach dem Gesellschaftsvertrag oder nach gesetzlicher Regelung haben. Anzumelden sind die für die Geschäftsführer generell bestehende Vertretungsregelung sowie die konkrete Vertretungsbefugnis einzelner Geschäftsführer (Senat, NJW-RR 1993, 933 = DNotZ 1993, 199; OLG Bremen NJW 2010, 542 = DNotZ 2010, 73; BayObLG NZG 1988, 72; OLG Stuttgart NZG 2009, 754 = DNotZ 2010, 71; Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 8 Rn. 19 m. w. N.). Weiterhin ist nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung dann, wenn – wie hier gem. § 6 Abs. 2 der Satzung – das Vertretungsorgan einer Gesellschaft aus einem oder mehreren Mitgliedern bestehen kann, nicht nur die bei einer Mehrheit von Vertretungsberechtigten geltende Vertretungsregelung offen zu legen, sondern auch anzugeben, dass bei Bestellung eines einzigen Vertretungsberechtigten dieser die Gesellschaft allein vertritt, selbst wenn sich eine solche Befugnis ohne weiteres aus dem nationalen Recht ergibt (EuGH, Urteil v. 12. 11. 1974, Az.: 32/74, BB 1974, 1500). Dies bedeutet, dass die alleinige Vertretungsmacht des einzigen Geschäftsführers stets zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden ist, auch wenn sich diese ohne weiteres aus der vorhandenen Eintragung über die Rechtslage bei Bestellung mehrerer Geschäftsführer in Verbindung mit der gesetzlichen Regelung folgern lässt (BGHZ 63, 261). Die Einzelvertretungsbefugnis des derzeitigen alleinigen Geschäftsführers ist also, unabhängig von dem Umstand, dass derzeit von der Möglichkeit der Bestellung weiterer Geschäftsführer kein Gebrauch gemacht worden ist, jedenfalls in das Handelsregister einzutragen.



### Zur Auslegung von § 6 Ziffer 2 des Gesellschaftsvertrages

Dem hat die Ast. mit ihrer Anmeldung vom 7. 9. 2012 Rechnung getragen. Soweit das Registergericht hier die Auffassung vertreten hat, die konkrete Regelung der Vertretungsmacht des bestellten Geschäftsführers durch Gesellschafterbeschluss sei durch die Satzung nicht gedeckt, folgt dem der Senat nicht. Zwar ist es richtig, dass ausgehend vom Wortlaut der Satzungsbestimmung in § 6 Ziffer 2 des Gesellschaftsvertrages vom 7. 9. 2012 der Eindruck entstehen könnte, dass die Gesellschafterversammlung – nur – für den Fall, dass mehrere Geschäftsführer vorhanden sind, einem Geschäftsführer Einzelvertretungsbefugnis erteilen dürfe. Zur Überzeugung des Senats ist diese Regelung aber vielmehr so zu verstehen, dass die Gesellschafterversammlung für den Fall, dass – möglicherweise in Zukunft – mehrere Geschäftsführer vorhanden sind, bereits vorab einem Geschäftsführer Einzelvertretungsbefugnis erteilen darf. Dies ergibt sich aus dem durch Auslegung zu ermittelnden Willen der Handelnden bei Erstellung der Satzung und Gründung der Gesellschaft. Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass der der Gründungsurkunde beigeschlossene Gesellschaftsvertrag und der hier in Frage stehende Gesellschafterbeschluss über die Vertretungsregelung, ebenso wie die Anmeldung zur Eintragung, vom selben Tag, dem 7. 9. 2012, datieren, und es sich bei der beteiligten GmbH um eine Ein-Personen-Gesellschaft handelt, deren einziger Gesellschafter durch den Gesellschafterbeschluss zum einzelvertretungsberechtigten Geschäftsführer bestellt worden ist. Insoweit liegt es auf der Hand, dass durch den Gesellschafter die Regelung des § 6 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrages bereits mit Blick darauf und in der Absicht geschaffen worden ist, sich durch Gesellschafterbeschluss mit Gründung der GmbH direkt zum einzelvertretungsberechtigten Geschäftsführer zu bestellen, selbst für den Fall, dass möglicherweise zukünftig noch weitere Geschäftsführer bestellt werden. Irgendwelche Interessen Dritter werden hierdurch nicht berührt. Der durch den Gesellschafterbeschluss bestellte Geschäftsführer ist ohnehin bereits gem. § 6 Abs. 1 S. 2 des Gesellschaftsvertrages alleinvertretungsberechtigt. Die mit dem Gesellschafterbeschluss zusätzlich geregelte Einzelvertretungsbefugnis des bestellten Geschäftsführers auch für den zukünftig möglicherweise eintretenden Fall, dass weitere Geschäftsführer bestellt werden, läuft aktuell ins Leere. Für den Fall, dass – wie von der Satzung in § 6 Ziffer 2 vorgesehen – tatsächlich weitere Geschäftsführer bestellt werden, kann mit dem entsprechenden Gesellschafterbeschluss ohne weiteres eine abweichende von der nunmehr einzutragenden Einzelvertretungsbefugnis des derzeitigen Geschäftsführers und Alleingesellschafters getroffen werden, die dann in das Handelsregister einzutragen wäre. Der zur Eintragung angemeldete Zusatz, dass die Einzelvertretungsbefugnis des jetzigen Geschäftsführers auch bei Bestellung weiterer Geschäftsführer bestehen bleiben soll, ist insoweit derzeit unschädlich und hindert eine Eintragung nicht.

Einer Kostentscheidung bedarf es nicht (§ 131 c, KO i. V. m. § 4 HRGeBVO und Nr. 2100 der Anlage zu § 1 HRGeBVO). Ebenso erübrigt sich die Festsetzung eines Gegenstandswertes des Beschwerdeverfahrens.

### 8. Handels-/Gesellschaftsrecht – Wirksamkeit der einer Firmenbestattung dienenden Geschäftsführerbestellung

(OLG Karlsruhe, Beschluss vom 19. 4. 2013 – 2 (7) Ss 89/12)

**AktG § 241**

**BGB § 138**

**GmbHG § 46**

**InsO § 15 a**

1. Die Bestellung eines neuen Geschäftsführers einer GmbH ist nicht allein deshalb nichtig, weil sie im Rahmen einer sog. „Firmenbestattung“ erfolgt.
2. Die Nichtigkeit eines Gesellschafterbeschlusses einer GmbH ist in entsprechender Anwendung von § 241 AktG zu beurteilen.
3. Soweit sich die Nichtigkeit wegen Verstoßes gegen drittschützende Vorschriften (§ 241 Nr. 3 AktG) oder wegen Sittenwidrigkeit (§ 241 Nr. 4 AktG) ergeben kann, muss der Verstoß sich aus dem Inhalt des Beschlusses selbst in der Weise ergeben, dass er ihm seinem inneren Gehalt nach anhaftet.

#### Zur Einordnung:

Firmenbestattungen sind immer wieder Gegenstand gerichtlicher Entscheidungen (vgl. zuletzt OLG Zweibrücken RNotZ 2013, 554). Durch eine Firmenbestattung wird versucht, Gesellschaften durch die Abberufung von Geschäftsführern sowie durch eine Sitzverlegung einer ordnungsgemäßen Insolvenz und Liquidation zu entziehen.

Die vorliegende strafrechtliche Entscheidung des OLG Karlsruhe befasst sich mit der Frage, ob die Bestellung eines neuen Geschäftsführers nichtig ist, wenn diese im Rahmen einer Firmenbestattung erfolgt. Im Rahmen der Revision gegen das landgerichtliche Berufungsurteil, das den Angeklagten wegen Insolvenzverschleppung in zwei Fällen verurteilte, versuchte der Angeklagte sich dadurch zu verteidigen, dass seine Bestellung zum Geschäftsführer wegen Unvereinbarkeit der Firmenbestattung mit den gesetzlichen Vorschriften unwirksam sein soll. Das OLG Karlsruhe lehnte die Nichtigkeit der Geschäftsführerbestellung ab und bestätigte den Schuldpruch.

Damit lehnt das OLG die überwiegend in Rechtsprechung und Literatur vertretene Auffassung ab, die die Geschäftsführerbestellung im Wege einer Firmenbestattung als ein Verstoß gegen die guten Sitten betrachtet (AG Memmingen GmbHR 2004, 952; LG Potsdam wistra 2005, 193; Baumbach/Hueck-Zöllner, GmbHG, 20. Aufl. 2013, Anh. § 47 Rn. 55; MünchKomm-GmbHG/Wißmann, § 84 Rn. 64). Zum einen folgt die Nichtigkeit der Bestellung nicht aus der entsprechenden Anwendung des § 241 Nr. 3 AktG. Danach ist ein Gesellschafterbeschluss nichtig, wenn er mit den Strukturmerkmalen der GmbH nicht zu vereinbaren ist oder durch einen Inhalt Vorschriften verletzt, die ausschließlich oder überwiegend zum Schutze der Gläubiger der Gesellschaft oder sonst im

öffentlichen Interesse gegeben sind. Zwar ist danach ein Beschluss nichtig, der durch seinen Inhalt jedenfalls überwiegend dem Schutze der Gesellschafts-gläubiger dienende Vorschriften verletzt. Allerdings muss sich der Verstoß aus dem Inhalt des Beschlusses ergeben, was bei dem inhaltlich indifferenten Wechsel des Geschäftsführers zu verneinen ist.

Zum anderen ist die Geschäftsführerbestellung auch nicht auf Grund eines Verstoßes gegen die guten Sitten i. S. d. § 241 Nr. 4 AktG analog nichtig. Bei der Frage nach einem Verstoß gegen die guten Sitten muss der Inhalt des Beschlusses für sich allein betrachtet sittenwidrig sein; auf den unsittlichen Zweck oder Beweggrund kommt es nicht an – so das Gericht.

Der BGH hat bisher in seinen strafgerichtlichen Entscheidungen die Frage ausdrücklich offengelassen, ob der Zweck der Firmenbestattung die Nichtigkeit eines Geschäftsführerwechsels begründet. Der hauptsächlich für Gesellschaftsrecht zuständige II. Zivilsenat des BGH nimmt grundsätzlich eine Nichtigkeit nach § 241 Nr. 4 AktG an, wenn ein Beschluss „*seinem inneren Gehalt* nach in einer sittenwidrigen Schädigung nicht anfechtungsberechtigter Personen besteht“ (BGHZ 15, 382, 385 f. = NJW 1955, 221). Inwiefern die Frage des „inneren Gehalts“ nicht ohne Berücksichtigung der Beschlussmotive – hier: Firmenbestattung – beurteilt werden kann, ist demnach der Ausgangspunkt, ob eine Nichtigkeit der Geschäftsführerbestellung vorliegt oder nicht. Vorliegend verneint das OLG Karlsruhe diese Frage und legt die Nichtigkeitstatbestände des § 241 Nr. 3 und 4 AktG eng aus.

Das Gericht lässt im Rahmen der strafrechtlichen Würdigung explizit dahinstehen, ob ein vor dem Bestellungsbeschluss geschlossener Anteilsübertragungsvertrag im Rahmen einer Firmenbestattung sittenwidrig und damit i. S. d. § 138 BGB nichtig ist (zur Nichtigkeit nach § 134 BGB OLG Zweibrücken RNotZ 2013, 554). Jedenfalls wurde der Erwerb des Geschäftsanteils unter Nachweis des Übergangs bei der Gesellschaft i. S. d. § 16 Abs. 1 GmbHG a. F. angemeldet und entfaltete für einen anschließenden Bestellungsbeschluss Legitimationswirkung.

Hinzuweisen ist darauf, dass die Entscheidung sich mit der Rechtslage vor dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) auseinandersetzt. Eines der Ziele dieses Gesetzes – mit der Einführung des § 15 a Abs. 3 InsO (Insolvenzantragspflicht jedes Gesellschafters bei Führungslosigkeit) sowie des § 35 Abs. 1 S. 2 GmbHG (Empfangsvertretung der Gesellschafter bei Führungslosigkeit) – war die Bekämpfung missbräuchlicher Firmenbestattungen (BT-Drucks. 16/6140, S. 26). Durch die häufig anzutreffende Personenidentität zwischen Geschäftsführer und Gesellschafter im Rahmen der Firmenbestattung ist nunmehr auch der Firmenbestatter als Gesellschafter bei Führungslosigkeit der GmbH gem. § 15 a Abs. 3 InsO insolvenzantragspflichtig.

*Die Schriftleitung (AG)*

## Zum Sachverhalt:

Das AG X. verurteilte den Angeklagten wegen vorsätzlicher Insolvenzverschleppung in zwei Fällen sowie wegen Bankrotts in zwei Fällen zu der Gesamtgeldstrafe von 90 Tagessätzen zu je 15,– €. Auf die Berufung des Angeklagten wurde der Angeklagte mit dem angefochtenen Urteil des LG X. vom Vorwurf des Bankrotts freigesprochen und wegen vorsätzlicher Insolvenzverschleppung in zwei Fällen zu der Gesamtgeldstrafe von 60 Tagessätzen zu je 15,– € unter Bewilligung von Zahlungserleichterungen verurteilt. Die weitergehende Berufung des Angeklagten und die Berufung der Staatsanwaltschaft wurden verworfen.

Die hiergegen form- und fristgerecht eingelegte, auf die Sachrüge gestützte Revision des Angeklagten ist nach einstimmiger Entscheidung des Senats offensichtlich unbegründet i. S. d. § 349 Abs. 2 StPO.

I. Nach den im Berufungsurteil rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen übernahm der Angeklagte am 16. 2. 2006 die Geschäftsanteile sowohl der Y. GmbH als auch der Dipl.-Ing. J. S. GmbH (im Folgenden: S. GmbH), deren Sitz jeweils anschließend von H. nach F. – den Wohnsitz des Angeklagten – verlegt wurde, und wurde jeweils zum Geschäftsführer bestellt. Bei der Y. GmbH ging dabei die Bestellung zum Geschäftsführer der Übernahme der Geschäftsanteile voraus, während der Angeklagte bei der S. GmbH zunächst die Geschäftsanteile übernahm und sich anschließend als Alleingesellschafter selbst zum Geschäftsführer bestellte. Im Hinblick darauf, dass beide Gesellschaften bereits am 16. 2. 2006 überschuldet und zahlungsunfähig waren, hielt es das LG für naheliegend, dass jedenfalls seitens der Veräußerer die am 16. 2. 2006 abgeschlossenen Rechtsgeschäfte dem Zweck der „Firmenbestattung“ dienten, um sich der strafrechtlichen Verantwortlichkeit wegen unterbliebener Stellung eines Insolvenzantrags und wegen Bankrotts zu entziehen. Der Angeklagte erwarb die Gesellschaften nach den getroffenen Feststellungen nicht für eigene Zwecke, sondern mutmaßlich im Auftrag eines Bekannten, der die Gesellschaften möglicherweise für strafbare Zwecke nutzen wollte. Auch nachdem der Angeklagte – bezüglich der Y. GmbH am 18. 1. 2008, bezüglich der S. GmbH am 13. 12. 2008 – von der Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit Kenntnis hatte, stellte er in der Folge bis zur Löschung der Gesellschaften im Handelsregister, die bezüglich der Y. GmbH am 17. 11. 2008, bezüglich der S. GmbH am 14. 1. 2010 erfolgte, keinen Insolvenzantrag.

## Aus den Gründen:

II. Diese Feststellungen tragen die Verurteilung wegen vorsätzlicher Insolvenzverschleppung in zwei Fällen. Näherer Erörterung bedarf dabei nur, welche Auswirkungen die von den Bet. mit der Veräußerung der Geschäftsanteile und der Bestellung des Angeklagten zum Geschäftsführer verfolgten Zwecke auf die Wirksamkeit dieser Rechtsgeschäfte hatten.

1. Soweit mit der Revision geltend gemacht wird, der Angeklagte sei nicht wirksam zum Geschäftsführer der beiden Gesellschaften bestellt worden und deshalb zur Stellung von Insolvenzanträgen nicht verpflichtet gewesen, weil die Bestellung jeweils wegen des damit verfolgten Zwecks der „Firmenbestattung“ sittenwidrig und daher nichtig sei, greift dies bereits aus tatsächlichen Gründen nicht durch. Dies versagt schon deshalb, weil in den Gründen des angefochtenen Urteils eine entsprechende Absicht bei Abschluss der am 16. 2. 2006 vorgenommenen Rechtsgeschäfte weder in

Bezug auf den Angeklagten selbst noch hinsichtlich der früheren Gesellschaftsinhaber positiv festgestellt ist.

2. Soweit die Strafkammer das Vorhandensein einer solchen Absicht hinsichtlich der früheren Gesellschaftsinhaber als naheliegend bewertet hat, war sie nicht in Anwendung des Zweifelsgrundsatzes verpflichtet, vom Bestehen einer solchen Absicht auszugehen, weil sich eine solche Annahme vorliegend nicht zu Gunsten des Angeklagten auswirkt.

Allerdings wird teilweise die Nichtigkeit von Rechtsgeschäften angenommen, die im Rahmen einer „Firmenbestattung“ vorgenommen werden, wobei ganz überwiegend mit der Sittenwidrigkeit der Rechtsgeschäfte argumentiert wird (LG Potsdam wistra 2005, 193; AG Memmingen Rpfleger 2004, 223; Baumbach/Hueck/Zöllner, GmbHG, 20. Aufl. 2013, Anh § 47 Rn. 55; Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, 18. Aufl. 2012, Anh zu § 47 Rn. 20; MünchKomm-GmbHG/Wißmann, 2012, § 84 Rn. 64; Kilper, Unternehmensabwicklung außerhalb der gesetzlichen Insolvenz- und Liquidationsverfahren in der GmbH, 2009, S. 333–383; Kümmel, wistra 2012, 165; Ries, Rpfleger 2004, 226; differenzierend Wachter, GmbHR 2004, 955).

Unter dem Begriff der „Firmenbestattung“ wird dabei im Allgemeinen die Abwicklung einer insolventen oder insolvenzgefährdeten GmbH außerhalb der dazu vorgesehenen gesetzlichen Vorschriften verstanden, die sich typischerweise durch folgendes Vorgehen auszeichnet: Die Geschäftsanteile werden – oftmals unter Einschaltung eines darauf spezialisierten Vermittlers – an einen Käufer veräußert, der zur Fortführung der Geschäfte weder geeignet noch willens ist und bei dem es sich in der Regel um eine – häufig im Ausland ansässige – vermögenslose Person oder Gesellschaft handelt. Gleichzeitig werden die bisherigen Geschäftsführer abberufen und neue Geschäftsführer (meistens der Erwerber) bestellt. Die Firma der Gesellschaft wird (wiederholt) geändert und der Sitz der Gesellschaft (mehrfach) verlegt. Die Geschäftsunterlagen werden planmäßig beiseite geschafft oder vernichtet (vgl. zum Ganzen Wachter, a.a.O.; Kilper, a.a.O., S. 7 – 26; Hey/Regel, GmbHR 2000, 115; Hirte, ZInsO 2003, 833).

Soweit im Vorliegenden jedenfalls eine Veräußerung der Geschäftsanteile an den Angeklagten erfolgt ist, er zum neuen Geschäftsführer bestellt wurde und der Sitz der Gesellschaften verlegt wurde, führt dies auch unter Berücksichtigung der (möglichen) Motivation der Bet. nicht zur Unwirksamkeit der Bestellung des Angeklagten zum Geschäftsführer.

**Bestellung als Geschäftsführer ist selbst dann nicht nichtig, wenn seitens der Veräußerer eine „Firmenbestattung“ bezweckt war**

a) Bezüglich der Y. GmbH ergibt sich dies allein daraus, dass die Bestellung des Angeklagten zum neuen Geschäftsführer selbst dann nicht als nichtig anzusehen ist, wenn zu seinen Gunsten unterstellt wird, dass seitens der Veräußerer der Gesellschaft eine „Firmenbestattung“ bezweckt war.

Die Bestellung eines Geschäftsführers erfolgt nach § 46 Nr. 5 GmbHG durch einen Gesellschafterbeschluss. Die

Wirksamkeit eines solchen Beschlusses beurteilt sich mangels Regelung im GmbHG nach allgemeiner Meinung in entsprechender Anwendung der Regelungen im Aktiengesetz (BGHZ 15, 382; 101, 113 = DNotZ 1988, 185; Zöllner, a.a.O., Anh. § 47 Rn. 44 ff.; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Koppensteiner/Gruber, GmbHG, 5. Aufl., 2013, § 47 Rn. 85 ff.; Roth/Altmeppen, GmbHG, 7. Aufl. 2012, § 47 Rn. 91 ff.; Bayer, a.a.O., Anh zu § 47 Rn. 1 ff.; MünchKomm/Wertenbruch, a.a.O., § 47 Anh. Rn. 1 ff.). Nichtigkeit kann sich danach in entsprechender Anwendung von § 241 AktG insbesondere daraus ergeben, dass ein Gesellschafterbeschluss mit dem Wesen der GmbH nicht zu vereinbaren ist, durch seinen Inhalt Vorschriften verletzt, die ausschließlich oder überwiegend zum Schutz der Gläubiger oder sonst im öffentlichen Interesse gegeben sind (§ 241 Nr. 3 AktG) oder durch seinen Inhalt gegen die guten Sitten verstößt (§ 241 Nr. 4 AktG).

**Die Bestellung eines Geschäftsführers im Rahmen einer Firmenbestattung ist nicht gem. § 241 Nr. 3 AktG analog nichtig**

aa) Zur Nichtigkeit nach § 241 Nr. 3 AktG führt danach ein Verstoß gegen zwingende Vorschriften, die entweder zu den Strukturmerkmalen der GmbH zählen (Zöllner, a.a.O., Anh § 47 Rn. 50; Ulmer/Habersack/Winter/Raiser, GmbHG, 2006, Anh. § 47 Rn. 53) oder jedenfalls ihrem Schwerpunkt nach den Schutz der Rechte Dritter, besonders der Gläubiger, oder öffentlicher Interessen bezwecken (vgl. Raiser, a.a.O., Anh. § 47 Rn. 51, 54; Scholz/Schmidt, GmbHG, 10. Aufl. 2007, § 45 Rn. 75; Roth/Altmeppen, a.a.O., § 47 Rn. 97; Bayer, a.a.O., Anh zu § 47 Rn. 19).

Die Abberufung des bisherigen Geschäftsführers in Verbindung mit der Bestellung eines neuen Geschäftsführers stellt aber den vom GmbHG vorausgesetzten Regelfall dar, so dass darin kein Verstoß gegen Strukturmerkmale der GmbH gesehen werden kann (vgl. Kilper, a.a.O., S. 146 – 153).

Soweit die Vertreter einer Nichtigkeit befürwortenden Auffassung insbesondere auf die Unvereinbarkeit der „Firmenbestattung“ mit den gesetzlichen Vorschriften über das Insolvenzverfahren verweisen (vgl. Wachter, a.a.O.; Kilper, a.a.O., S. 357 f.), stellt sich zunächst die Frage, ob die letztlich nur indirekt dem Gläubigerschutz dienenden allgemeinen Vorschriften der Insolvenzordnung (so zutreffend Kilper, a.a.O., S. 358) oder doch nur die Regelungen zur Insolvenzanfechtung nach §§ 129 ff. InsO als dritt- und insbesondere gläubigerschützende Vorschriften i. S. d. § 241 Nr. 3 AktG anzusehen sind. Letztlich bedarf dies aber keiner Entscheidung, weil die zweite und dritte Alternative des § 241 Nr. 3 AktG nach dem der Auslegung Grenzen setzenden Wortlaut der Bestimmung voraussetzen, dass sich der Verstoß aus dem Inhalt des Beschlusses ergeben muss und dieser daher losgelöst vom Motiv der Beschließenden und dem Zweck des Beschlusses zu beurteilen ist (Zöllner, a.a.O., Anh § 47 Rn. 51; Koppensteiner/Gruber, a.a.O., § 47 Rn. 100). Zieht man insoweit die Rechtsprechung des BGH zur gleichgelagerten Problematik bei § 241 Nr. 4 AktG heran (dazu nachstehend), muss sich der Verstoß jedenfalls aus dem inneren Gehalt des Beschlusses ergeben, was etwa bei einer gegen § 4a



GmbHG verstoßenden Verlegung des Sitzes der Gesellschaft der Fall ist (vgl. KG GmbHR 2011, 1104 = RNotZ 2011, 562), indes bei dem inhaltlich indifferenten Wechsel des Geschäftsführers zu verneinen ist.

#### **Eine Nichtigkeit folgt auch nicht aus § 241 Nr. 4 AktG analog**

bb) Nichtigkeit in entsprechender Anwendung von § 241 Nr. 4 AktG, der im Verhältnis zu § 138 BGB die speziellere Regelung darstellt (Staudinger/Sack/Fischinger, BGB, Neubearb. 2011, § 138 Rn. 198; Erman/Palm/Arnold, BGB, 13. Aufl. 2011, § 138 Rn. 4; Bamberger/Roth/Wendtland, BGB, 2012, § 138 Rn. 14), setzt in vergleichbarer Weise voraus, dass der Beschluss durch seinen Inhalt gegen die guten Sitten verstoßen muss. Nach der reichsgerichtlichen Rechtsprechung (Nachweise bei BGHZ 15, 282) musste deshalb der Inhalt des Beschlusses „für sich allein betrachtet“ sittenwidrig sein, während es auf einen unsittlichen Zweck oder Beweggrund nicht ankam. Dies ist vom BGH dahin erweitert worden, dass zur Nichtigkeit auch führt, „wenn der Beschluss seinem Wortlaut nach keine Sittenwidrigkeit beinhaltet, aber seinem inneren Gehalt nach in einer sittenwidrigen Schädigung nicht anfechtungsberechtigter Personen besteht“ (BGHZ 15, 382; ebenso OLG Dresden NZG 1999, 1109; OLG Brandenburg ZInsO 2005, 42) oder in unverzichtbare Rechte des Gesellschafters eingreift.

Weitere Fallgestaltungen, in denen sich die Sittenwidrigkeit aus der Verfolgung anderer Zwecke ergeben soll, sind bisher obergerichtlich nicht anerkannt worden.

Das OLG München (OLGR München 1994, 244 – Abberufung des Geschäftsführers, um ungestört wettbewerbsfähig der GmbH Wettbewerb machen zu können), das OLG Nürnberg (NZG 2000, 700 – Abberufung des Geschäftsführers unter Verstoß gegen Treuepflichten im Konzernverbund und gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz) und das OLG Hamm (Urt. v. 17. 10. 2007 – 8 U 28/07, bei juris) haben jeweils das Vorliegen nur eines unsittlichen Beweggrundes oder Zweckes für die Abberufung eines Geschäftsführers nicht als Nichtigkeitsgrund anerkannt.

Ob der Zweck der „Firmenbestattung“ die Nichtigkeit eines Geschäftsführerwechsels begründet, ist in drei strafgerichtlichen Entscheidungen des BGH (BGH NJW 2003, 3787 – insoweit in BGHSt 48, 307 nicht abgedruckt; NSTz 2009, 635 und ZIP 2013, 514) ausdrücklich offengelassen worden.

#### **Die Verfolgung des rechtsmissbräuchlichen Zwecks ergibt sich nicht bereits aus dem inneren Gehalt des Bestellungsbeschlusses**

Im Hinblick darauf, dass die Nichtigkeit von Gesellschaftsbeschlüssen nach der gesetzlichen Regelung die Ausnahme darstellt, was für eine enge Auslegung der Nichtigkeitsstatbestände spricht (vgl. Raiser, a.a.O., Anh. § 47 Rn. 33), und den Wortlaut von § 241 Nr. 4 AktG unter Berücksichtigung der dazu ergangenen zivilgerichtlichen Entscheidungen vertritt der Senat die Auffassung, dass der Wechsel des Geschäftsführers im Rahmen einer „Firmenbestattung“ nicht als nichtig bewertet werden kann, weil die Verfolgung des rechtsmissbräuch-

lichen Zwecks sich nicht bereits aus dem inneren Gehalt des die Abberufung des alten und die Bestellung des neuen Geschäftsführers beinhaltenden Beschlusses selbst ergibt (vgl. Wertenbruch, a.a.O., § 47 Anh. Rn. 56 f.; Koppenstein/Gruber, a.a.O., Rn. 105; Roth/Altmeyden, a.a.O., § 47 Rn. 99 f.; Schmidt, a.a.O., § 45 Rn. 76; ders., AktG, 6. Lfg. 1996, § 241 Rn. 65; Hüffer, AktG, 10. Aufl. 2012, § 241 Rn. 24; ders. in MünchKomm, AktG, 3. Aufl. 2011, § 241 Rn. 24; gegen Nichtigkeit auch Brand/Reschke, ZIP 2010, 2134).

Gegen die Nichtigkeitswirkung sprechen auch die praktischen Auswirkungen der gegenteiligen Auffassung. Sie führt nicht nur zu dem widersinnigen Ergebnis, dass dem der Insolvenzverschleppung verdächtigten neuen Geschäftsführer die Möglichkeit eröffnet wird, sich zu seiner Verteidigung auf sittenwidriges Verhalten zu berufen. Sie beseitigt auch die Rechtsklarheit, indem sie die Feststellung der Verantwortlichkeit als Geschäftsführer, die – von den Fällen der faktischen Geschäftsführung abgesehen – an den formalen Bestellungsakt anknüpft, erheblich erschwert.

#### **Es kann dahinstehen, ob die Übertragung der Geschäftsanteile im Rahmen der „Firmenbestattung“ als sittenwidrig und damit nichtig anzusehen war**

b) Soweit bezüglich der S. GmbH der Bestellung des Angeklagten zum neuen Geschäftsführer die Übertragung der Geschäftsanteile vorausging, vermag auch dies der Bestellung des Angeklagten zum Geschäftsführer nicht die Wirksamkeit zu nehmen.

Dabei kann letztlich dahinstehen, ob die Übertragung der Geschäftsanteile im Hinblick auf den von dem Veräußerer möglicherweise verfolgten Zweck der „Firmenbestattung“ zugunsten des Angeklagten nach § 138 BGB als sittenwidrig und damit nichtig anzusehen war.

Insoweit ist nämlich zu beachten, dass die an den Erwerb des Geschäftsanteils geknüpften Rechte und Pflichten auf den Erwerber im Verhältnis zur Gesellschaft auch unter den in § 16 Abs. 1 GmbHG aufgestellten Voraussetzungen übergehen, ohne dass es dafür auf die Wirksamkeit der Übertragung ankommt (BGHZ 112, 103 = DNotZ 1991, 917; GmbHR 1991, 311 = MittRhNotK 1991, 223 = DNotZ 1992, 164; OLG Hamm GmbHR 2001, 920 = DNotZ 2001, 959; Ulmer/Habersack/Winter/Löbke, GmbHG, 2005, § 16 Rn. 5, 14). Nach der seinerzeit geltenden Gesetzesfassung war dies der Fall, wenn der Erwerb des Geschäftsanteils unter Nachweis des Übergangs bei der Gesellschaft angemeldet wurde. Nach der Rechtsprechung des BGH (GmbHR 1991, 311 = MittRhNotK 1991, 223 = DNotZ 1992, 164) hängt es dabei von den Umständen des Einzelfalls ab, ob die Vornahme der Anteilsübertragung unter Beteiligung des bisherigen (Allein-) Geschäftsführers als konkludente Anmeldung i. S. d. § 16 Abs. 1 GmbHG a. F. zu bewerten ist. Im vorliegenden Fall bleibt zunächst festzuhalten, dass nach den im Urteil getroffenen Feststellungen die Veräußerung der Geschäftsanteile an der S. GmbH am 16. 2. 2006 durch die damalige Alleingesellschafterin und Geschäftsführerin erfolgte. Auch im Hinblick darauf, dass nach den Urteilsfeststellungen noch am 16. 2. 2006 die entsprechenden Anmeldungen zum Handelsregister veranlasst

wurden, ist davon auszugehen, dass die Vertragsparteien eine sofortige Umsetzung der Übertragung und damit auch die Wirkung gegenüber der Gesellschaft herbeiführen wollten (vgl. BGH GmbHR 1991, 311 = MittRhNotK 1991, 223 = DNotZ 1992, 164).

Da der Angeklagte damit im Verhältnis zur Gesellschaft alle mit der Gesellschafterstellung verbundene Rechten und Pflichten erlangte (vgl. dazu auch Winter/Löbke, a.a.O., § 16 Rn. 27 ff.; MünchKomm/Heidinger, a.a.O., § 16 Rn. 155; Bayer, a.a.O., § 16 Rn. 28), konnte er sich insoweit wirksam zum neuen Geschäftsführer bestellen.

[. . .]

### 9. Notarrecht – Zum berechtigten Interesse des Nachbarn auf Grundbucheinsicht bei drohenden Nachbarschaftskonflikten wegen künftig angrenzender Wohnbebauung

(OLG Karlsruhe, Beschluss vom 29. 5. 2013 – 11 Wx 40/13)

#### GBÖ § 12

**Der Nachbar kann ein berechtigtes Interesse auf Grundbucheinsicht i. S. d. § 12 Abs. 1 S. 1 GBO darlegen, wenn eine Wohnbebauung in der Nähe zu seinem lärmintensiven Unternehmen geplant ist und rechtliche Auseinandersetzungen mit den künftigen Bewohnern zu befürchten sind.**

#### (RNotZ-Leitsatz)

##### Zur Einordnung:

Nach § 12 Abs. 1 S. 1 GBO ist die Einsicht in das Grundbuch jedem gestattet, der ein berechtigtes Interesse darlegt. Ein berechtigtes Interesse hat derjenige, der ein verständiges, durch die Sachlage gerechtfertigtes Interesse verfolgt (Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 525). Das berechtigte Interesse braucht sich – im Gegensatz zum rechtlichen Interesse – nicht auf ein bereits vorhandenes Recht oder konkretes Rechtsverhältnis zu stützen (BayObLG DNotZ 1999, 739). Auch ein bloß tatsächliches, insbesondere wirtschaftliches Interesse kann genügen (BayObLG NJW-RR 1998, 1241; DNotZ 1999, 739).

Das OLG Karlsruhe sah diese Voraussetzung als erfüllt an. Der Ast. hatte dargelegt, dass er ein Interesse an der Kenntnis des Eigentümers habe, um einen bei einer geplanten Wohnbebauung drohenden Nachbarschaftskonflikt durch Gespräche mit dem derzeitigen Eigentümer zu vermeiden. Es sei zu befürchten gewesen, dass eine Rechtsbeziehung zu dem Eigentümer des von der Auskunft betroffenen Grundstücks in naher Zukunft entstehen werde, wenn dieser die Nutzung seines Grundstücks veränderte und es so dann zu Auseinandersetzungen über mögliche Lärmimmissionen des Ast. komme.

Zu diesem Zweck darf aber nur eine beglaubigte Grundbuchabschrift (vgl. § 45 Abs. 1 GBV) erteilt werden, die den derzeitigen Eigentümer ausweist. Ein berechtigtes Interesse an Auskünften über frühere Eigentümer, sowie Eintragungen in Abteilung II und III

bestehen jedoch nicht. Der Ast. hat nur Anspruch auf Einsicht in diejenigen Teile des Grundbuches, auf die sich das Interesse bezieht.

Der Ast. hat sein berechtigtes Interesse auf Einsicht in das Grundbuch darzulegen. Das erfordert Vortrag von Tatsachen, die überzeugenden Anhalt für die Richtigkeit des Vorbringens geben (KG; RNotZ 2004, 464). Eine Glaubhaftmachung (§ 31 FamFG; § 294 ZPO) ist nicht vorgesehen. Allerdings kann bei begründeten Bedenken aber die Vorlage von Unterlagen, gegebenenfalls auch Glaubhaftmachung verlangt werden (Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 526).

Gem. § 133 a Abs. 1 S. 1 GBO in der Fassung des Gesetzes zur Übertragung von Aufgaben im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit auf Notare dürfen Notare demjenigen, der ihnen ein berechtigtes Interesse i. S. d. § 12 GBO darlegt, den Inhalt des Grundbuchs mitteilen. Dadurch wurde klargestellt, dass die Befugnis des Notars zur Mitteilung des Grundbuchinhalts auch die Fälle der von jeglicher Beratung losgelösten sog. „isolierten Grundbucheinsicht“ umfasst. Die Entscheidung über die Zulässigkeit der Grundbucheinsicht trifft der Notar, der im Fall der „isolierten Grundbucheinsicht“ über die Mitteilung des Grundbuchinhalts grundsätzlich ein Protokoll zu führen hat.

*Die Schriftleitung (AG)*

#### Zum Sachverhalt:

I. Die Bet. wendet sich gegen die Entscheidung des GBA, ihr eine teilweise Grundbuchabschrift für das im Rubrum näher bezeichnete Grundstück zu verweigern.

Die Bet. ist Eigentümerin eines Grundstücks in der Stadt B., das sich – durch eine Straße getrennt [. . .] – in der Nähe des angefragten Flurstücks 3079 befindet. Mit einem am 8. 4. 2013 eingegangenen Schreiben beantragte sie die Überlassung eines unbeglaubigten Grundbuchauszugs. Das Flurstück 3079 solle bebaut werden; sie wolle mit dem Grundstückseigentümer Kontakt aufnehmen. Der Ratschreiber wies den Antrag mit Verfügung vom 8. 4. 2013 zurück. Eine direkte Nachbarschaft zu dem angefragten Grundstück bestehe nicht; auch eine solche rechtfertige eine Einsichtnahme in das Grundbuch zudem nicht ohne weiteres. Mit der dagegen eingelegten Erinnerung hat die Bet. geltend gemacht, durch die auf dem Flurstück 3079 geplante Wohnbebauung werde sie in ihrer wirtschaftlichen Existenz bedroht. Sie betreibe ein lärmintensives Unternehmen und müsse rechtliche Auseinandersetzungen mit den künftigen Bewohnern befürchten. Sie habe daher Anspruch auf einen Grundbuchauszug ohne die Angaben in Abteilung III. Der Grundbuchrechtspfleger hat der Erinnerung mit dem angefochtenen Beschluss nicht abgeholfen. Eine direkte Nachbarschaft fehle. Im Übrigen sei die Erteilung von unbeglaubigten Abschriften nur eines Teils des Grundbuchblattes – hier ohne die Abteilung III – nicht zulässig. Dagegen richtet sich die Beschwerde der Bet., der das GBA nicht abgeholfen hat. Mit der Rechtsmittelbegründung macht die Bet. ergänzend geltend, die Stadt B. plane auf der zwischen den Grundstücken gelegenen Straße die Anlage eines Parkstreifens; dies könne zur Folge haben, dass Lastkraftwagen das Grundstück der Bet. nicht mehr ohne weiteres anfahren könnten.

Das zunächst vom GBA mit der Beschwerde befasste LG K. hat die Sache im Hinblick auf Artikel 111 Abs. 1 S. 1 FGG-RG mit Beschluss vom 8. 5. 2013 an das OLG K. abgegeben.

**Aus den Gründen:**

II. Die Beschwerde ist nach §§ 12 c Abs. 4 S. 2, 71 Abs. 1 GBO i. V. m. § 33 Abs. 1 LF GG, § 11 Abs. 1 RPfIG zulässig; sie hat in der Sache insoweit Erfolg, als die Bet. Anspruch auf Erteilung einer beglaubigten Abschrift der Eintragung über den derzeitigen Grundstückseigentümer hat.

1. Der Rechtspfleger hat zutreffend seine Zuständigkeit für eine die Instanz abschließende Entscheidung angenommen. Zwar spricht § 12 Abs. 4 S. 1 GBO davon, dass gegen die Entscheidung des Urkundsbeamten – hier des Ratschreibers (§ 32 Abs. 2 Nr. 1 LF GG) – auf Entscheidung des „Grundbuchrichters“ angetragen werden könne. „Grundbuchrichter“ in diesem Sinne ist aber nach § 3 Nr. 1 h) RPfIG der Rechtspfleger (vgl. OLG Schleswig BeckRS 2011, 1850 m. w. N. und einer Auseinandersetzung mit der Gegenauffassung).

**Ein „berechtigtes Interesse“ an Grundbucheinsicht hat derjenige, der ein verständiges, durch die Sachlage gerechtfertigtes Interesse verfolgt**

2. Ein „berechtigtes Interesse“ an Grundbucheinsicht hat nach allgemeiner Auffassung, wer ein verständiges, durch die Sachlage gerechtfertigtes Interesse verfolgt (Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rn. 525); ausreichend ist, dass sachliche Gründe vorgetragen werden, welche die Verfolgung unbefugter Zwecke oder bloßer Neugier ausgeschlossen erscheinen lassen (Demharter, GBO, 28. Aufl., § 12 Rn. 7 m. w. N.). Dabei sind auch bloß tatsächliche, insbesondere wirtschaftliche Interessen ausreichend (Bauer/von Oefele/Maaß, GBO, 3. Aufl., § 12 Rn. 9; BeckOK/Wilsch, Edition 17, § 12 GBO Rn. 2). Für Einsichtsansprüche von Nachbarn hat das OLG Köln (RNotZ 2010, 203) entschieden, dass es der Darlegung konkreter Umstände bedürfe, welche ein gegenwärtiges berechtigtes Interesse an der Einsichtnahme begründeten; das Nachbarschaftsverhältnis als solches sei nicht ausreichend. Nach diesem zutreffenden Maßstab ist ein berechtigtes Interesse hier anzunehmen.

**Die Vermeidung eines bei einer geplanten Wohnbebauung drohenden Nachbarschaftskonflikts ist ein durch die Sachlage gerechtfertigtes Interesse**

a) Die Bet. hat dargelegt, dass sie ein Interesse an der Kenntnis des Eigentümers habe, um einen bei einer geplanten Wohnbebauung drohenden Nachbarschaftskonflikt durch Gespräche mit dem derzeitigen Eigentümer zu vermeiden. Das ist ein durch die Sachlage gerechtfertigtes Interesse. Zwar entspricht es der ganz überwiegend vertretenen Auffassung (vgl. etwa BayObLG MDR 1991, 1172, juris-Rn. 12), dass etwa ein Kaufinteressent nur dann Anspruch auf Grundbucheinsicht hat, wenn er darlegt, dass er bereits in Kaufverhandlungen eingetreten ist. Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass Grundbucheinsicht nicht gewährt werden soll, wenn Rechtsbeziehungen zwischen dem Ast. und dem Betroffenen weder bereits bestehen noch in naher Zukunft zu erwarten sind. Eine dem vergleichbare Situation liegt hier indes nicht vor. Nach der Darlegung des Ast. ist zu befürchten, dass eine Rechtsbeziehung

zu dem Eigentümer des Grundstücks 3079 in naher Zukunft entstehen wird, wenn dieser die Nutzung seines Grundstücks verändert und es sodann zu Auseinandersetzungen über mögliche Lärmimmissionen des Ast. kommen wird. In derartigen Fällen haben die Grundstücksnachbarn ein nachvollziehbares Interesse daran, durch frühzeitige Gespräche mit den Eigentümern drohende Konflikte nach Möglichkeit zu vermeiden.

**Eine im Rechtssinne eine unmittelbare Grundstücksnachbarschaft muss nicht bestehen**

b) Dass eine im Rechtssinne unmittelbare Nachbarschaft nicht besteht – das angefragte Grundstück also nicht direkt an dasjenige der Bet. angrenzt – rechtfertigt keine andere Beurteilung. Ob ein Nachbarschaftskonflikt im Falle der Wohnbebauung droht, hängt nicht davon ab, ob im Rechtssinne eine unmittelbare Grundstücksnachbarschaft besteht; ein verständliches Interesse vielmehr besteht, wenn die Entfernung zwischen den Grundstücken – wie hier – so gering ist, dass bei einer Veränderung der Nutzung Konflikte wegen Lärmbelastungen konkret zu besorgen sind.

2. Der Glaubhaftmachung des geltend gemachten Interesses ist nicht erforderlich. § 12 Abs. 1 GBO verlangt ausdrücklich nur die Darlegung des Interesses; eine Glaubhaftmachung kann nur gefordert werden, wenn im Einzelfall begründete Bedenken ausgeräumt werden sollen (BeckOK/Wilsch, GBO, Edition 17, § 12 Rn. 7).

**Es genügt eine Grundbuchabschrift, die den derzeitigen Eigentümer des Grundstücks ausweist**

3. Der Ast., der sein berechtigtes Interesse erfolgreich dargelegt hat, hat nach ganz überwiegender Auffassung (vgl. etwa Bauer/von Oefele/Maaß, GBO, 3. Aufl., § 12 Rn. 59) – für die der gebotene Schutz der Interessen der Eigentümer spricht – nur Anspruch auf Einsicht in diejenigen Teile des Grundbuchs, auf die sich das Interesse bezieht, also unter Umständen nur in das aktuelle Blatt, in einzelne Eintragungen oder einzelne Abteilungen. Um in Gespräche mit dem Grundstückseigentümer über die geplante künftige Nutzung eintreten zu können, genügt hier eine Grundbuchabschrift, die den derzeitigen Eigentümer des Grundstücks ausweist. Ein berechtigtes Interesse, Auskünfte über frühere Eigentümer oder Eintragungen in der Abteilung II zu erhalten – auf diese bezieht sich der Antrag, der nur die Abteilung III ausnimmt – seinem Wortlaut nach ebenfalls, hat die Bet. nicht.

4. Abschriften eines Teils des Grundbuchs dürfen nach § 45 Abs. 1 GBV nur in beglaubigter und nicht – wie von der Bet. beantragt – in unbeglaubigter Form erteilt werden. Der Antrag kann indes – trotz der damit verbundenen Mehrkosten (§ 73 KostO) – dahin ausgelegt werden, dass er sich hilfsweise auf die Erteilung einer beglaubigten Abschrift bezieht. Der Bet. kommt es ersichtlich nicht darauf an, die Auskunft oder Abschrift in einer bestimmten Form zu erhalten; für sie ist vielmehr entscheidend, die Information über den derzeitigen Grundstückseigentümer zu erhalten.

[. . .]



## RNotZ – Forum

### Rechtsprechung in Leitsätzen

#### 1. Liegenschaftsrecht – Gemeinschaftliches Eigentum an Wohnungseingangstüren

(BGH, Urteil vom 25. 10. 2013 – V ZR 212/12)

#### WEG §§ 3; 7

1. Wohnungseingangstüren stehen im gemeinschaftlichen Eigentum der Wohnungseigentümer.

(amtlicher Leitsatz)

2. Auf die Regelung in einer Teilungserklärung, nach der die Türen der Zwischenwände innerhalb der Sondereigentumsräume und die Türen zum Treppenhaus zum Sondereigentum gehören, kommt es für die sachenrechtliche Zuordnung nicht an. Durch eine Teilungserklärung kann Sondereigentum an wesentlichen Bestandteilen des Gebäudes nämlich nicht begründet werden (wie bereits BGH DNotZ 2013, 522).

(RNotZ-Leitsatz)

(Fundstellen: BGH-Homepage)

#### 2. Liegenschaftsrecht – Zur Unwirksamkeit einer formularmäßigen Abnahmevollmacht an den vom Bauträger bestimmten Erstverwalter

(BGH, Beschluss vom 12. 9. 2013 – VII ZR 308/12)

#### BGB § 307

Eine von einem Bauträger in Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Erwerbsvertrages verwendete Klausel, die die Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch einen vom Bauträger bestimmbaren Erstverwalter ermöglicht, ist gemäß § 9 Abs. 1 AGBG (jetzt: § 307 Abs. 1 S. 1 BGB) unwirksam.

(Fundstellen: Beck-Online; BGH-Homepage; DNotl-Report 2013, 158; ZNotP 2013, 344)

#### 3. Liegenschaftsrecht – 44-jährige Bindungsdauer für Ankauf eines Erbbaugrundstücks nicht schlechthin unzulässig

(BGH, Urteil vom 1. 3. 2013 – V ZR 31/12)

#### BGB §§ 138; 139; 242; 305; 308 Erbbaurecht § 2

1. Eine Bindungsdauer von 44 Jahren an das Angebot zum Ankauf eines Erbbaugrundstücks ist für sich genommen bei einem für 99 Jahre bestellten Erbbaurecht nicht sittenwidrig.
2. Eine solche Angebotsklausel hält der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle jedoch nicht stand, da die Bin-

dung an ein Grundstückskaufangebot für 99 Jahre unangemessen lang ist.

(RNotZ-Leitsätze)

(Fundstellen: Beck-Online; BGH-Homepage; MittBay-Not 2013, 477 m. Anm. Rapp; DNotl-Online-Plus; NJW-RR 2013, 1028)

#### 4. Liegenschaftsrecht – Verwendung nur formell nicht ordnungsgemäßen Aufteilungsplans hindert nicht die wirksame Begründung von Wohnungseigentum

(OLG München, Beschluss vom 4. 10. 2013 – 34 Wx 174/13, mitgeteilt von Richter in am Oberlandesgericht Edith Paintner)

#### GBO § 52 WEG § 7

Wird die Anlegung des Wohnungsgrundbuchs unter Verwendung eines nur formell nicht ordnungsgemäßen Aufteilungsplans vorgenommen (hier: – möglicherweise – fehlende Original-Unterschrift der Baubehörde auf Bauzeichnung), hindert dies die wirksame Begründung von Wohnungseigentum nicht, wenn der Aufteilungsplan im Übrigen den gesetzlichen Anforderungen genügt.

(Fundstellen: Beck-Online; Datenbank Bayern-Recht)

#### 5. Liegenschaftsrecht – Zur Berechnung des Verzugsschadens bei verspäteter Bezugsfertigkeit

(OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 25. 2. 2013 – 6 U 194/12)

#### BGB §§ 280; 286

1. Zur Berechnung des Verzugsschadens bei fehlender Bezugsfertigkeit einer Wohnung.

(amtlicher Leitsatz)

2. Wurde im Rahmen einer Verzugszinsen betreffenden Forderung im Klageantrag nicht berücksichtigt, dass die Hauptforderung – vorliegend monatlicher Mietzins – erst am dritten Werktag des Monats fällig war, kann dem dadurch Rechnung getragen werden, dass Zinsen jeweils erst ab dem fünften Tag der einzelnen Monate zugesprochen werden.

(RNotZ-Leitsätze)

(Fundstellen: Beck-Online; DNotl-Online-Plus; Hessenrecht Landesrechtsprechungsdatenbank)

## 6. Liegenschaftsrecht – Zur Mangelhaftigkeit eines älteren Hauses bei Kellerfeuchtigkeit und Schimmelbefall

(OLG Brandenburg, Urteil vom 8. 8. 2013 – 5 U 75/12)

### BGB §§ 434; 437; 444

1. In der Formulierung „Vertragsbesitz von außen und innen besichtigt“ kann die Vereinbarung einer konkreten Beschaffenheit der Kaufsache im Sinne des § 434 Abs. 1 S. 1 BGB nicht gesehen werden.
2. Abdichtungsmaßnahmen wie eine Horizontal- und Vertikalsperre können bei einem um 1920 errichteten Haus nicht erwartet werden. Allein das Fehlen dieser Abdichtungsmaßnahmen begründet daher keinen Mangel der Kaufsache i. S. d. § 434 Abs. 1 BGB.
3. Beim Verkauf eines Gebäudegrundstückes besteht eine Offenbarungspflicht des Verkäufers grundsätzlich nur hinsichtlich verborgener Mängel. Bei Mängeln, die einer ordnungsgemäßen Besichtigung zugänglich sind, besteht eine solche Offenbarungspflicht nicht. Der Käufer kann insoweit eine Aufklärung nicht erwarten, weil er diese Mängel bei der im eigenen Interesse gebotenen Sorgfalt selbst wahrnehmen kann.

(RNotZ-Leitsätze)

(Fundstellen: Beck-Online; DNotI-Online-Plus; Entscheidungsdatenbank der Gerichte in Berlin und Brandenburg)

## 7. Liegenschaftsrecht – Rücktritt vom Kaufvertrag über eine Eigentumswohnung wegen Feuchtigkeitflecken an der Außenwand eines Raumes

(OLG Hamm, Urteil vom 12. 9. 2013 – 21 U 35/13)

### BGB §§ 294; 295; 323

1. Macht der Käufer aus einem Kaufvertrag mit Bauverpflichtung Ansprüche gerade wegen eines Baumangels geltend, ist Werkvertragsrecht anzuwenden (vgl. BGH NZBau 2007, 507).
2. Zu den Voraussetzungen des Rücktritts von einem Kaufvertrag über eine Eigentumswohnung:

Die Beurteilung, ob eine Pflichtverletzung unerheblich i. S. v. § 323 Abs. 5 S. 2 BGB ist, erfordert eine umfassende Interessenabwägung, die die Bedeutung des Mangels und seinen Beseitigungsaufwand berücksichtigt. Hierbei kommt es auf die Umstände des Einzelfalls an, weshalb mit allein an den Mängelbeseitigungskosten orientierten festen Prozentsätzen (an sich) nicht gearbeitet werden kann.

Nicht behebbare Mängel sind in aller Regel erheblich. Bei behebbaren Mängeln ist grundsätzlich auf die Kosten der Mängelbeseitigung und nicht auf das Ausmaß der Funktionsbeeinträchtigung abzustellen. Auf das Ausmaß der Funktionsbeeinträchtigung kommt es aber dann entscheidend an, wenn der Mangel nicht oder nur mit hohen Kosten behebbar oder die Mangelursache im Zeitpunkt der Rücktritts-

erklärung ungeklärt ist, etwa weil auch der Verkäufer sie nicht hat feststellen können.

Ein Raum, dessen Außenwand Feuchtigkeitflecken aufweist, die auf einen Baumangel zurückzuführen sind und mit einer Durchfeuchtung des Mauerwerks einhergehen, weist ungeachtet der Frage, ob mit seiner Nutzung konkrete Gesundheitsgefahren (etwa infolge von Schimmelpilzbefall) verbunden sind, einen gravierenden funktionalen Mangel auf, der zum Rücktritt berechtigt und nicht lediglich unerheblich i. S. v. § 323 Abs. 5 S. 2 BGB ist.

Die Ausübung des Rücktrittsrechts bzw. das Festhalten hieran ist nicht deshalb treuwidrig, weil der Verkäufer kurz zuvor – wenn auch nach Fristablauf – Mängelbeseitigungsmaßnahmen ankündigt. Der Käufer ist nach Fristablauf nicht mehr verpflichtet, das Angebot des Verkäufers zur Mängelbeseitigung anzunehmen.

Die Frist zur Nacherfüllung (§ 323 Abs. 1 BGB) soll dem Schuldner lediglich eine letzte Gelegenheit zur Erbringung der geschuldeten Leistung eröffnen und braucht daher nicht so bemessen zu werden, dass der Schuldner die noch nicht begonnene Leistung erst noch vorbereiten und fertigstellen kann (vgl. BGH NJW 1982, 1279).

Bei einer Verpflichtung zur (Rück-)Übertragung von Grundeigentum ist ein wörtliches Angebot zur Begründung des Annahmeverzugs grundsätzlich nicht ausreichend. Dem steht nicht entgegen, dass es zur Bewirkung der Leistung einer Mitwirkungshandlung des Gläubigers (der Beklagten) bedarf (§ 295 S. 1 Alt. 2 BGB). Vielmehr ist diesen Fällen grundsätzlich ein tatsächliches Angebot i. S. v. § 294 BGB erforderlich. Dem Schuldner ist dabei ein Termin bei einem zur Auflassung bereiten Notar mitzuteilen, um den Annahmeverzug auszulösen. Ein wörtliches Angebot ist gem. § 295 Satz 1 Alt. 1 BGB nur dann ausreichend, wenn der Schuldner bereits zuvor die Annahme der Leistung verweigert hat (vgl. BGH NJW 2010, 1284).

Ist hingegen offenkundig, dass der Gläubiger auf seiner Weigerung beharrt, bedarf es auch eines zeitlich vorangegangenen wörtlichen Angebots nicht mehr, weil es bloße Förmerei wäre (vgl. BGH NJW 2001, 287).

(Fundstellen: Beck-Online; DNotI-Online-Plus; Rechtsprechungsdatenbank-NRW)

## 8. Erbrecht – Unwirksamkeit einer Banken-AGB zum Verlangen der Vorlage eines Erbscheins

(BGH, Urteil vom 8. 10. 2013 – XI ZR 401/12)

### BGB § 307

Die dem Muster von Nr. 5 Abs. 1 AGB-Sparkassen nachgebildete Klausel einer Sparkasse

„Nach dem Tode des Kunden kann die Sparkasse zur Klärung der rechtsgeschäftlichen Berechtigung die Vorlegung eines Erbscheins, eines Testamentsvollstrecker-

zeugnisses oder ähnlicher gerichtlicher Zeugnisse verlangen; fremdsprachige Urkunden sind auf Verlangen der Sparkasse mit deutscher Übersetzung vorzulegen. Die Sparkasse kann auf die Vorlegung eines Erbscheins oder eines Testamentsvollstreckerzeugnisses verzichten, wenn ihr eine Ausfertigung oder eine beglaubigte Abschrift vom Testament oder Erbvertrag des Kunden sowie der Niederschrift über die zugehörige Eröffnungsverhandlung vorgelegt wird.“

ist im Verkehr mit Verbrauchern nach § 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam.

(Fundstellen: Beck-Online; BGH-Homepage; DNotl-Online-Plus)

**9. Familienrecht – Lottogewinn zwischen Trennung und Zustellung des Scheidungsantrags als zugewinnausgleichspflichtiger Vermögenszufluss**  
(BGH, Beschluss vom 16. 10. 2013 – XII ZB 277/12)

**BGB §§ 1374; 1381**

1. Der Lottogewinn eines Ehegatten ist bei der Berechnung des Zugewinnausgleichs nicht seinem Anfangsvermögen nach § 1374 Abs. 2 BGB hinzuzurechnen (Anschluss an BGH, 22. 12. 1976, IV ZR 11/76, BGHZ 68, 43 = FamRZ 1977, 124).
2. Dass der Lottogewinn längere Zeit nach der Trennung erzielt worden ist, rechtfertigt für sich genommen auch keine grobe Unbilligkeit i. S. v. § 1381 Abs. 1 BGB.

(Fundstellen: Beck-Online; BGH-Homepage; DNotl-Online-Plus)

**10. Familienrecht – Zur Unwirksamkeit eines gemeinschaftlichen Testaments bei Anwendbarkeit des italienischen Rechts**  
(OLG Koblenz, Urteil vom 21. 2. 2013 – 2 U 917/12)

**EGBGB Art. 25**  
**CC ITA Art. 457; 459**

1. Nach Art. 25 Abs. 1 EGBGB unterliegt die Rechtsnachfolge von Todes wegen dem Recht des Staates, dem der Erblasser im Zeitpunkt seines Todes angehörte. Art. 46 Abs. 1 des Gesetzes Nr. 218 vom 31. 5. 95 zur Reform des italienischen Systems des Internationalen Privatrechts knüpft für die Beerbung mangels einer vom Erblasser getroffenen Rechtswahl auch an dessen Staatsangehörigkeit im Zeitpunkt seines Todes an.
2. Gem. Art. 589 des italienischen Codice Civile können zwei oder mehr Personen nicht in derselben Urkunde ein Testament errichten. Deshalb ist auch ein in Deutschland verfasstes gemeinsames Ehegatten-testament der in Deutschland lebenden italienischen Staatsangehörigen nichtig.

(RNotZ-Leitsätze)

(Fundstellen: Beck-Online; NJW-RR 2013, 965; Rechtsprechungsdatenbank Rheinland-Pfalz; ZEV 2013, 557)

**11. Handels-/Gesellschaftsrecht – Zur Überlassungsunwürdigkeit einer Gesellschaft im Eigenkapitalersatzrecht**  
(BGH, Urteil vom 28. 5. 2013 – II ZR 83/12)

**GmbHG a. F. §§ 30; 31; 32 a**

Die Gesellschaft ist im Sinn der Rechtsprechungsregeln zum Eigenkapitalersatzrecht überlassungsunwürdig, wenn ihr ein anderer als der Gesellschafter angesichts ihrer finanziellen Verhältnisse den Gegenstand nicht zur Nutzung als Mieter oder Pächter überlassen würde. Für die Bestimmung der Überlassungsunwürdigkeit ist die Bonität der Gesellschaft als Mieter oder Pächter entscheidend und nicht, ob der vereinbarte Miet- oder Pachtzins für den Vermieter oder Verpächter günstig ist.

(Fundstellen: Beck-Online; BGH-Homepage; DNotl-Online-Plus; NZG 2013, 1028)

**12. Notarrecht – Weiteres Verfahren nach Abbruch der sog. Bietzeit in der Zwangsversteigerung**  
(BGH, Beschluss vom 18. 7. 2013 – V ZB 13/13)

**ZVG §§ 66; 83**

1. Nach einem Abbruch der Bietzeit müssen das geänderte geringste Gebot und die geänderten Versteigerungsbedingungen festgestellt und verlesen werden.
2. Ein Verstoß gegen § 66 Abs. 1 ZVG ist ein Zuschlagsversagungsgrund nach § 83 Nr. 1 ZVG.

(Fundstellen: Beck-Online; BGH-Homepage; DNotl-Online-Plus)

**13. Steuerrecht – Erb- und Pflichtteilsverzichtungsvertrag unterliegt nicht der Einkommensteuer**  
(BFH, Beschluss vom 26. 3. 2013 – VIII B 157/12)

**EStG 2002 § 20**  
**FGO § 115**

1. Es ist höchstrichterlich geklärt, dass der vor Erb-falleintritt erklärte Erb- und/oder Pflichtteilsverzicht ein erbrechtlicher –bürgerlich-rechtlich wie steuerrechtlich unentgeltlicher– Vertrag ist, welcher der Regulierung der Vermögensnachfolge dienen soll und nicht der Einkommensteuer unterliegt (Bestätigung der BFH Entscheidungen vom 20. 11. 2012 – VIII R 57/10 – und vom 9. 2. 2010 – VIII R 43/06).
2. Ob Zahlungen aufgrund eines solchen Vertrages einen Zinsanteil enthalten, ist eine Frage des Einzelfalls und daran zu messen, ob der Zahlung eine Kapitalüberlassung gegen Entgelt i. S. d. § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG zugrunde liegt.

(RNotZ-Leitsätze)

(Fundstellen: BFH-Homepage; DNotl-Online-Plus)



## Mitteilung

### **Bekanntgabe des Basiszinssatzes zum 1. Januar 2014: Basiszinssatz vermindert sich auf –0,63 %**

(Deutsche Bundesbank, 30. 12. 2013)

Die Deutsche Bundesbank berechnet nach den gesetzlichen Vorgaben des § 247 Abs. 1 BGB den Basiszinssatz und veröffentlicht seinen aktuellen Stand gemäß § 247 Abs. 2 BGB im Bundesanzeiger.

Der Basiszinssatz des Bürgerlichen Gesetzbuches dient vor allem als Grundlage für die Berechnung von Verzugszinsen, § 288 Abs. 1 S. 2 BGB. Er verändert sich zum 1. Januar und 1. Juli eines jeden Jahres um die Prozentpunkte, um welche seine Bezugsgröße seit der letzten Veränderung des Basiszinssatzes gestiegen oder gefallen ist. Bezugsgröße ist der Zinssatz für die jüngste Hauptrefinanzierungsoperation der Europäi-

schen Zentralbank vor dem ersten Kalendertag des betreffenden Halbjahres.

Der Festzinssatz für die jüngste Hauptrefinanzierungsoperation der Europäischen Zentralbank am 30. Dezember 2013 beträgt 0,25 %. Er ist seit dem für die letzte Änderung des Basiszinssatzes maßgeblichen Zeitpunkt am 1. Juli 2013 um 0,25 Prozentpunkte gefallen (der Festzinssatz der letzten Hauptrefinanzierungsoperation im Juni 2013 hat 0,50 % betragen).

Hieraus errechnet sich mit dem Beginn des 1. Januar 2014 ein Basiszinssatz des Bürgerlichen Gesetzbuchs von –0,63 % (zuvor –0,38 %).

Der neue Basiszinssatz wird in der Ausgabe des Bundesanzeigers vom 31. Dezember 2013 bekannt gegeben.

## Buchbesprechung

### **Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz (Hrsg.), Handbuch Pflichtteilsrecht, 3. Auflage 2013, zerb Verlag, 1 217 Seiten, 119,- Euro**

Das von Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz herausgegebene Handbuch Pflichtteilsrecht ist in der 3. Auflage erschienen. Dieses umfassende Kompendium des Pflichtteilsrechts hat mittlerweile den Status eines Standardwerkes erreicht. Auf rund 1 200 Seiten stellen Rechtsanwälte und Notare die schwierige Materie umfassend und mit dem stets erforderlichen Praxisbezug dar. In der nunmehr vorliegenden 3. Auflage wirken neben den aus der Voraufgabe bekannten Autoren Frau Rechtsanwältin und Steuerberaterin *Prof. Dr. Carmen Griesel* mit, die nun mit *Wälzholz* gemeinsam den Teil Pflichtteilsrecht und Steuerrecht verantwortet (Kapitel 5, § 17). *Griesel* ist eine ausgewiesene Expertin im Bereich des Erbschaftssteuerrechts und bereichert als weitere Praktikerin den ohnehin schon hochkarätigen Kreis der Autoren. Wie schon in der Voraufgabe legt das Werk einen Schwerpunkt der Darstellung auf die Problematik Pflichtteil in der Unternehmensnachfolge (Kapitel 4). Auf knapp 100 Seiten behandelt *Riedel* in § 15 die Unternehmensbewertung im Pflichtteilsrecht und in § 16 gesellschaftsrechtliche Beteiligung als Nachlassbestandteil und Anteilsbewertung. Beide Bereiche stellen in der notariellen Praxis einen sehr wichtigen Beratungsschwerpunkt dar, werden doch pflichtteilsrechtliche

Fragestellungen insbesondere dann relevant, wenn zum Nachlass ein Unternehmen bzw. eine Gesellschaftsbeteiligung gehört. Wünschenswert wären aus notarieller Sicht weitere Ausführungen zu Fragen im Zusammenhang mit der Aufnahme des notariellen Nachlassverzeichnisses gemäß § 2314 Abs. 1 S. 3, 2. Alt. BGB gewesen (Kapitel 1, § 9). So herrscht in der Praxis vielfach Uneinigkeit darüber, welche Ermittlungsaufgaben hier die Notarin bzw. den Notar im Einzelnen treffen. Die Rechtsprechung hat in neuerer Vergangenheit gewisse Leitlinien aufgestellt, vgl. insoweit OLG Köln, RNotZ 2013, 127. Ausgelöst durch das bevorstehende Inkrafttreten der Europäischen Erbrechtsverordnung wurden zudem die Ausführungen zum internationalen Pflichtteilsrecht überarbeitet und insbesondere die Rechtswahlmöglichkeit nach der Erbrechtsverordnung eingepflegt. Die wertvolle Länderübersicht (Kap. 6, § 19) rundet die Darstellung der internationalen Implikationen des Pflichtteilsrechts ab und ersetzt somit weitere Literatur über fremde Rechtsordnungen. Insgesamt handelt es sich bei der 3. Auflage des Handbuch Pflichtteilsrecht um die sehr empfehlenswerte Fortsetzung der beiden Voraufgaben. Das Werk kann uneingeschränkt zur Anschaffung empfohlen werden.

*Dr. Alexander Rezori, LL.M. (San Diego), Düsseldorf*