

NOTARASSESSOR DR. JULIAN S. KLEIN, LL.M. (CAMBRIDGE), DÜSSELDORF

Die befreiende Schuldübernahme in Grundstücksverträgen

Inhaltsübersicht

A. Einleitung

B. Dogmatische Grundlagen

C. Schuldübernahme durch Grundpfandrechte gesicherter Verbindlichkeiten

- I. Sachverhaltsaufklärung und Urkundengestaltung
 1. Realisierbarkeit der angestrebten Regelungen
 2. Daten des übernommenen Darlehens
 3. Mehr- und Minderbeträge
 4. Leistungen während der Schwbeizeit
 5. Kostenlast
- II. Mitwirkung des Gläubigers und Abwicklung durch den Notar
 1. Begrenzung des Sicherungszwecks
 2. Einholung der Genehmigungserklärung
- III. Vertragliche Vorsorge für den Fall der Genehmungsverweigerung
 1. Erfüllungsübernahme
 2. Aufschiebende Bedingung/Rücktrittsrecht
 3. Ablöseverpflichtung
- IV. Verbraucherdarlehensrecht
 1. Problemstellung
 2. Auffassung der Literatur
 3. Ältere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs
 4. Instanzgerichtliche Rechtsprechung
 5. Praktische Schlussfolgerung
- V. Inhaberschaft von Rückgewähransprüchen
 1. Problemstellung
 2. Bedingte Abtretung der Rückgewähransprüche
 3. Reduzierung auf Löschung
 4. Aufhebung und Neubegründung

VI. Fortbestand dinglicher Sicherheiten

1. Problemstellung
2. Entscheidung des Bundesgerichtshofs
3. Praktische Schlussfolgerung

VII. Scheitern des Kaufvertrages

D. Schuldübernahme vormerkungsgesicherter Verpflichtungen

- I. Problemstellung
- II. Entscheidung des Bundesgerichtshofs
- III. Praktische Schlussfolgerungen

E. Beurkundungsrecht

- I. Belehrungspflichten
- II. Umfang der Beurkundungspflicht

F. Vollstreckungsrecht

- I. Grundschuld und dingliche Zwangsvollstreckungsunterwerfung
- II. Abstrakte Schulderklärung und persönliche Zwangsvollstreckungsunterwerfung
- III. Praktische Schlussfolgerungen

G. Kostenrecht

- I. Verfahrensgebühr
- II. Vollzugsgebühr
- III. Betreuungsgebühr

H. Abschließender Formulierungsvorschlag: Freistellungspflicht im Kaufvertrag

A. Einleitung

Die Zinsen für Darlehen zur Finanzierung eines Immobilienerwerbs befinden sich in der aktuell anhaltenden Niedrigzinsphase mit einem durchschnittlichen Zinssatz von 1,4 Prozent bei zehn Jahren Zinsbindung auf einem historischen Tief.¹ Angesichts der besonders günstigen Finanzierung des Eigentümers von heute kann daher für den Immobilienkäufer von morgen ein Interesse daran bestehen, die laufende Finanzierung des Verkäufers zu dessen Konditionen fortzuführen und dadurch zugleich die Gerichts- und Notarkosten der Finanzierung zu senken.² Aus Sicht des Verkäufers kann eine solche Vereinbarung dazu dienen, eine erhebliche Vorfälligkeitsentschädigung für die vorzeitige Ablösung des laufenden Darlehens sowie die Löschungskosten für ein Grundpfandrecht zu vermeiden.³ Aktuell wird eine solche Finanzierungsübernahme auf-

grund der niedrigen Zinsen bei einer Neufinanzierung zwar eher selten in notariellen Grundstückskaufverträgen vereinbart,⁴ jedoch kann sie insbesondere bei einem zukünftig wieder steigenden Zinsniveau an Bedeutung gewinnen.

Deutlich größere Praxisrelevanz hat die Finanzierungsübernahme indes bei Übertragungsverträgen im familiären Kontext:⁵ Bei Grundstückszuwendungen zu Lebzeiten kann sich bspw. die Situation ergeben, dass beschenkte Kinder die Darlehen ihrer Eltern weiter tilgen und zu diesem Zweck bestellte Grundpfandrechte übernehmen. Vergleichbare Rechtsfragen stellen sich in Scheidungsfolgenvereinbarungen mit Übertragung des Familienheims, wenn die ursprünglich von beiden Ehegatten als Gesamtschuld-

1 Vgl. <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/155740/umfrage/entwicklung-der-hypothekenzinsen-seit-1996/>.

2 Vgl. *Amann MittBayNot* 2002, 245 (247); *Krauß*, *Immobilienkaufverträge in der Praxis*, 8. Aufl. 2017, Rn. 1502; *BeckNotarHB/Krauß*, 6. Aufl. 2015, Kap. A Teil I Rn. 725; *Kurz DNotZ* 1997, 552 (560); *Schöner/Stöber*, *Grundbuchrecht*, 15. Aufl. 2012, Rn. 3153.

3 Vgl. *DNotI-Report* 2003, 121 (121); *Amann MittBayNot* 2002, 245 (245); *Krauß*, *Immobilienkaufverträge in der Praxis*, 8. Aufl. 2017, Rn. 1502; *BeckNotarHB/Krauß*, 6. Aufl. 2015, Kap. A Teil I Rn. 725; *Kurz DNotZ* 1997, 552 (560); *Ogilvie MittRhNotK* 1990, 145 (152).

4 *Amann MittBayNot* 2002, 245 (247); *WürzburgNotarHB/Hertel*, 5. Aufl. 2018, Teil 2 Kap. 2 Rn. 206 und 436; *Schöner/Stöber*, *Grundbuchrecht*, 15. Aufl. 2012, Rn. 3153.

5 *Amann MittBayNot* 2002, 245 (245); *WürzburgNotarHB/Hertel*, 5. Aufl. 2018, Teil 2 Kap. 2 Rn. 206 und 436; *Kaufhold DNotZ* 1998, 254 (258).

ner abgeschlossene Finanzierung in Krisenzeiten künftig nur noch durch einen Vertragspartner als Alleinschuldner bedient und der andere Vertragspartner von der Schuld befreit werden soll („reine Schuldhafentlassung“ bzw. „Vertragsaustritt“).⁶

Zur Erreichung dieser Regelungsziele wird in notariellen Grundstücksverträgen auf das Gestaltungsmittel einer befreienden („privativen“) Schuldübernahme zurückgegriffen. Die Notarin bzw. der Notar⁷ ist in dieser Situation gefordert, die rechtlichen Beziehungen zwischen Altschuldner, Neuschuldner und Gläubiger rechtssicher so umzugestalten, dass im Außenverhältnis eine gegenüber dem Gläubiger wirksame Entlastung des Altschuldners eintritt und zugleich eine Haftung des Neuschuldners für sonstige, nicht übernommene Verbindlichkeiten des Altschuldners ausgeschlossen wird.⁸ Gegenüber der üblichen Gestaltung, bei der bestehende Verbindlichkeiten abgelöst, zu deren Absicherung eingetragene Grundpfandrechte gelöscht und durch den Erwerber neue dingliche Sicherheiten bestellt werden, dürfen für beide Vertragsparteien keine zusätzlichen Risiken resultieren.

B. Dogmatische Grundlagen

Die befreiende Schuldübernahme ist im Bürgerlichen Gesetzbuch als Gegenstück zur Abtretung konzipiert.⁹ Während bei der Abtretung unter Wahrung der Identität der Schuld ein Wechsel des Vertragspartners auf Gläubigerseite stattfindet (§ 398 S. 2 BGB), führt die befreiende Schuldübernahme ebenfalls unter Wahrung der Identität der Schuld zum Wechsel des Vertragspartners auf Schuldnerseite.¹⁰ An die Stelle des bisherigen Schuldners, der aus der Haftung gegenüber dem Gläubiger entlassen wird, tritt der „Übernehmer“ bzw. „Dritte“ im Wege der Einzelrechtsnachfolge („Singularsukzession“).¹¹ Ein Unterschied zwischen Abtretung und Schuldübernahme liegt indes darin, dass die Abtretung allein durch Vertrag zwischen Zedent und Zessionar zustande kommt (§ 398 S. 1 BGB), die Schuldübernahme jedoch zwingend die Mitwirkung des

Gläubigers voraussetzt (§§ 414, 415 Abs. 1 S. 1 BGB). Dieses Erfordernis erklärt sich vor dem Hintergrund, dass die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des jeweiligen Schuldners für die Werthaltigkeit der Forderung von maßgeblicher Bedeutung ist und der Schuldner aus diesem Grund nur mit Einverständnis des Gläubigers ausgetauscht werden darf.¹²

Das Gesetz stellt zwei unterschiedliche Wege für den privaten Schuldnerwechsel zur Verfügung:

Gem. § 414 BGB kann eine Schuld von einem Dritten durch Vertrag mit dem Gläubiger in der Weise übernommen werden, dass der Dritte an die Stelle des bisherigen Schuldners tritt. Diese rein zweiseitige Vereinbarung zwischen Gläubiger und Übernehmer kann ohne Mitwirkung des bisherigen Schuldners erfolgen („Übernahme durch Gläubigervertrag“), ist jedoch praktisch selten.¹³ Dogmatisch handelt es sich um eine ausnahmsweise zulässige Verfügung zugunsten eines Dritten, mit der der bisherige Schuldner von dem Forderungsrecht des Gläubigers befreit wird.¹⁴

Der Regelfall in der notariellen Praxis ist hingegen der in § 415 Abs. 1 S. 1 BGB normierte Vertrag zwischen Schuldner und Übernehmer („Übernahme durch Schuldnervertrag“), dessen Wirksamkeit von der Genehmigung des Gläubigers abhängt. Zum Zwecke der Genehmigung ist eine Mitteilung des Schuldners oder Übernehmers an den Gläubiger erforderlich (§ 415 Abs. 1 S. 2 BGB).

Nach einer älteren Auffassung („Angebotstheorie“) soll erst diese Mitteilung an den Gläubiger das eigentliche Vertragsangebot darstellen und erst dessen Genehmigung zur Annahme der Schuldübernahme führen.¹⁵ Da diese Ansicht jedoch weder mit dem Wortlaut von § 415 Abs. 1 S. 1 BGB („Vertrag zwischen Schuldner und Übernehmer“) noch mit der Gesetzesgeschichte¹⁶ zu vereinbaren ist,¹⁷ handelt es sich nach der heute herrschenden Auffassung („Verfügungstheorie“) bei der Schuldübernahme um einen Vertrag mit Doppelcharakter: Einerseits beinhaltet dieser Vertrag ein Verpflichtungsgeschäft, das auf die Übernahme einer mit der bestehenden Verpflichtung des Altschuldners inhaltsgleichen Verpflichtung durch den Neuschuldner gerichtet ist und allein zwischen diesen beiden Beteiligten vereinbart wird.¹⁸ Andererseits ist die Schuldübernahme – wie die Abtretung – ein dinglicher Vertrag, der eine

6 Vgl. Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 8. Aufl. 2017, Rn. 1504; Krauß, Vermögensnachfolge in der Praxis, 5. Aufl. 2018, Rn. 1993; Ogilvie MittRhNotK 1990, 145 (154 f.).

7 Zwecks besserer Lesbarkeit wird im Folgenden ausschließlich die männliche Form verwendet, mit der stets auch Notarinnen gemeint sind.

8 Zur Interessenlage bei der Schuldübernahme im Allgemeinen Amann MittBayNot 2002, 245 (245 f.); MüKoBGB/Heinemeyer, 8. Aufl. 2019, Vor § 414 Rn. 1; Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 8. Aufl. 2017, Rn. 1502 und 1507; BeckNotarHB/Krauß, 6. Aufl. 2015, Kap. A Teil I Rn. 725 und 730.

9 Vgl. bereits Mot. II, S. 143; ferner DNotI-Report 1995, 173 (174 f.); Palandt/Grüneberg, BGB, 78. Aufl. 2019, Überbl v § 414 Rn. 1; MüKoBGB/Heinemeyer, 8. Aufl. 2019, Vor § 414 Rn. 2; Faßbender u. a./Ohmen/Roemer, Notariatskunde, 19. Aufl. 2017, § 4 Rn. 1638; Staudinger/Rieble, BGB, Neubearb. 2017, § 414 Rn. 1 f.; MüKoBGB/Roth/Kieninger, 8. Aufl. 2019, § 398 Rn. 1; MüKoBGB/Schürnbrand/Weber, 8. Aufl. 2019, § 491 Rn. 30; Soutier MittBayNot 2011, 181 (186).

10 Vgl. Mot. II, S. 142; Palandt/Grüneberg, BGB, 78. Aufl. 2019, § 398 Rn. 4, 18 und Überbl v § 414 Rn. 1; MüKoBGB/Heinemeyer, 8. Aufl. 2019, Vor § 414 Rn. 2 und § 414 Rn. 7; Faßbender u. a./Ohmen/Roemer, Notariatskunde, 19. Aufl. 2017, § 4 Rn. 1647; Staudinger/Rieble, BGB, Neubearb. 2017, § 414 Rn. 1; MüKoBGB/Roth/Kieninger, 8. Aufl. 2019, § 398 Rn. 1; Zimmer JZ 2014, 793 (794).

11 Vgl. BGH NJW-RR 1991, 817 (818); Bülow ZIP 1997, 400 (402); Palandt/Grüneberg, BGB, 78. Aufl. 2019, Überbl v § 414 Rn. 1; MüKoBGB/Heinemeyer, 8. Aufl. 2019, Vor § 414 Rn. 2, 6 und § 414 Rn. 7; Ogilvie MittRhNotK 1990, 145 (148 f.); Staudinger/Rieble, BGB, Neubearb. 2017, § 414 Rn. 1 und 95.

12 Palandt/Grüneberg, BGB, 78. Aufl. 2019, Überbl v § 414 Rn. 1; MüKoBGB/Heinemeyer, 8. Aufl. 2019, Vor § 414 Rn. 2; BeckNotarHB/Krauß, 6. Aufl. 2015, Kap. A Teil I Rn. 726; Mayer/Geck/Ohmen/Mayer, Der Übergabevertrag, 3. Aufl. 2013, § 12 Rn. 4; Faßbender u. a./Ohmen/Roemer, Notariatskunde, 19. Aufl. 2017, § 4 Rn. 1648; Staudinger/Rieble, BGB, Neubearb. 2017, § 414 Rn. 4.

13 MüKoBGB/Heinemeyer, 8. Aufl. 2019, Vor § 414 Rn. 3 und § 414 Rn. 1; Ogilvie MittRhNotK 1990, 145 (146).

14 Palandt/Grüneberg, BGB, 78. Aufl. 2019, § 414 Rn. 1; MüKoBGB/Heinemeyer, 8. Aufl. 2019, § 414 Rn. 2; Staudinger/Rieble, BGB, Neubearb. 2017, § 414 Rn. 9 und 43.

15 Vgl. die Nachweise bei MüKoBGB/Heinemeyer, 8. Aufl. 2019, § 415 Rn. 1, Fn. 2; Staudinger/Rieble, BGB, Neubearb. 2017, § 415 Rn. 6.

16 Mot. II, S. 144: „Der zwischen dem alten und dem neuen Schuldner abgeschlossene Übernahmevertrag ist demgemäß nur in Ansehung seiner Wirksamkeit gegenüber dem Gläubiger für abhängig erklärt von der Genehmigung des Gläubigers [...]“.

17 Ausführlich zu den Argumenten des Theorienstreits MüKoBGB/Heinemeyer, 8. Aufl. 2019, § 415 Rn. 2; Staudinger/Rieble, BGB, Neubearb. 2017, § 415 Rn. 6 ff.

18 Palandt/Grüneberg, BGB, 78. Aufl. 2019, Überbl v § 414 Rn. 1; Ogilvie MittRhNotK 1990, 145 (146); aA Staudinger/Rieble, BGB, Neubearb. 2017, § 414 Rn. 6: reine Verfügung.

auf den unmittelbaren Übergang der Schuld von dem Alt Schuldner auf den Neuschuldner gerichtete Verfügung in Form einer Inhaltsänderung zum Gegenstand hat.¹⁹ Diese Verfügung erfolgt im Hinblick auf das Genehmigungserfordernis durch einen Nichtberechtigten iSv § 185 BGB.²⁰ Die Mitwirkung des Gläubigers beschränkt sich demnach auf die Genehmigung des abstrakten Verfügungsgeschäfts, ohne dass der Gläubiger an den übrigen vertraglichen Vereinbarungen beteiligt ist.²¹

Eine Sonderregelung für die Schuldübernahme im Zusammenhang mit einem Grundstückserwerb findet sich in § 416 BGB. Die dortigen Regelungen zur Übernahme von Schulden, für die der Grundstückseigentümer persönlich haftet und die durch eine Hypothek dinglich gesichert sind, finden nach allgemeiner Ansicht auf Sicherungsgrundschulden analoge Anwendung.²² Die Vorschrift soll das Auseinanderfallen von persönlicher und dinglicher Haftung vermeiden, indem die Schuldübernahme vor dem Hintergrund, dass die Person des Schuldners bei dinglich gesicherten Forderungen weniger wichtig ist als bei ausschließlich persönlicher Haftung, durch eine Genehmigungsfiktion erleichtert wird.²³ Demnach gilt – abweichend von § 415 Abs. 2 BGB – das Schweigen des Hypotheken- bzw. Sicherungsgrundschuldgläubigers auf die Mitteilung der Schuldübernahme nach Ablauf von sechs Monaten als Genehmigung. In der notariellen Praxis ist die Vorschrift jedoch nahezu bedeutungslos, da die die Genehmigungsfiktion auslösende Mitteilung des Veräußerers gem. § 416 Abs. 2 S. 1 BGB erst nach Eigentumsumschreibung erfolgen kann. Dies widerspricht jedoch der üblichen Zug-um-Zug-Abwicklung von Grundstücksverträgen, da das Schicksal der übernommenen Schuld des Veräußerers vor der Eigentumsumschreibung auf den Erwerber geklärt sein muss und die Eigentumsumschreibung deshalb erst nach Haftungsentlassung des Veräußerers erfolgen kann.²⁴

Trotz des missverständlichen Wortlauts („kann der Gläubiger die Schuldübernahme *nur* genehmigen, wenn der Veräußerer sie ihm mitteilt“) verdrängt § 416 Abs. 1 S. 1 BGB die allgemeinen Vorschriften der §§ 414 und 415 BGB nicht, sondern ergänzt diese lediglich.²⁵ Daher hängt

die Wirksamkeit einer gem. § 415 Abs. 1 S. 1 BGB zwischen bisherigem Schuldner und übernehmendem Dritten getroffenen Vereinbarung gegenüber dem Gläubiger regelmäßig von dessen ausdrücklicher Genehmigung ab. Genehmigt der Gläubiger die Schuldübernahme, wird sie gem. § 184 Abs. 1 BGB rückwirkend auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts wirksam. Inhaltlich bleibt das Schuldverhältnis dadurch unverändert; die Schuld geht so über, wie sie zum Zeitpunkt der Wirksamkeit der Übernahme besteht.²⁶ Für den Alt Schuldner hat die Genehmigung die angestrebte „Befreiungswirkung“, dh seine Haftung gegenüber dem bisherigen Gläubiger endet im Umfang der übernommenen Schuld. Zugleich wird die durch den Nichtberechtigten getroffene Verfügung über die Forderung ebenfalls rückwirkend wirksam (§§ 185 Abs. 2 S. 1 Var. 1, 184 Abs. 1 BGB).

C. Schuldübernahme durch Grundpfandrechte gesicherter Verbindlichkeiten

Fall 1: Verkäufer V ist Eigentümer eines Grundstücks, das mit einer Grundschuld zugunsten der B-Bank in Höhe von 200.000,00 EUR nebst Nebenleistungen belastet ist. Die Grundschuld sichert alle Verbindlichkeiten des V gegenüber der B-Bank ab und valutiert derzeit noch mit 100.000,00 EUR. Käufer K möchte das Grundstück zu einem Kaufpreis von 300.000,00 EUR erwerben und ist daran interessiert, die günstige Finanzierung des V möglichst in Anrechnung auf den Kaufpreis zu übernehmen.

Fall 2: Witwe W möchte ihrem Sohn S eine Wohnung im Wege der vorweggenommenen Erbfolge übertragen. Die Wohnung ist mit einer Grundschuld zugunsten der B-Bank in Höhe von 200.000,00 EUR nebst Nebenleistungen belastet. Sie sichert alle Verbindlichkeiten der W gegenüber der B-Bank ab und valutiert noch mit 100.000,00 EUR. W möchte S die Wohnung schenken, jedoch soll S zukünftig die Verbindlichkeiten tilgen.

Fall 3: Die Eheleute M und F haben kurz nach Eheschließung eine Immobilie erworben. Zu diesem Zweck haben sie gemeinsam ein gesamtschuldnerisches Finanzierungsdarlehen abgeschlossen, das mit einer Grundschuld zugunsten der B-Bank in Höhe von 200.000,00 EUR auf dem Kaufobjekt besichert wurde. Nach einigen Ehejahren ist die Beziehung gescheitert und M aus dem gemeinsamen Haus ausgezogen. Das Darlehen valutiert noch mit 100.000,00 EUR. M und F möchten eine Scheidungsfolgenreinbarung schließen, die u. a. eine Übertragung der gemeinsamen Immobilie auf F beinhaltet und vorsehen soll, dass zukünftig nur noch F für die Verbindlichkeiten des Finanzierungsdarlehens haften soll.

I. Sachverhaltsaufklärung und Urkundengestaltung

Bereits im Vorfeld von Grundstücksverträgen, bei denen Belastungen in Abteilung III des Grundbuchs bestehen,

19 So bereits Mot. II, S. 143. Vgl. ferner Palandt/Grüneberg, BGB, 78. Aufl. 2019, Überbl v § 414 Rn. 1 und § 415 Rn. 1; MüKoBGB/Heinemeyer, 8. Aufl. 2019, Vor § 414 Rn. 4 und § 415 Rn. 2; Kurz DNotZ 1997, 552 (563); Ogilvie MittRhNotK 1990, 145 (146); Staudinger/Rieble, BGB, Neubearb. 2017, § 414 Rn. 5 und § 415 Rn. 7; Ulmer/Masuch JZ 1997, 654 (655).

20 Palandt/Grüneberg, BGB, 78. Aufl. 2019, § 415 Rn. 1; MüKoBGB/Heinemeyer, 8. Aufl. 2019, § 415 Rn. 1f.; Ogilvie MittRhNotK 1990, 145 (146); Staudinger/Rieble, BGB, Neubearb. 2017, § 415 Rn. 7.

21 OLG Düsseldorf MittBayNot 2001, 313 (315); Kurz DNotZ 1997, 552 (563).

22 OLG Koblenz 11.5.2012 – 3 U 627/11 – BeckRS 2013, 02463; Palandt/Grüneberg, BGB, 78. Aufl. 2019, § 416 Rn. 3; MüKoBGB/Heinemeyer, 8. Aufl. 2019, § 416 Rn. 4; Kurz DNotZ 1997, 552 (564).

23 Vgl. zur Ratio der Vorschrift Bülow, Recht der Kreditsicherheiten, 9. Aufl. 2017, Rn. 329; Palandt/Grüneberg, BGB, 78. Aufl. 2019, § 416 Rn. 1; MüKoBGB/Heinemeyer, 8. Aufl. 2019, § 416 Rn. 1 und 9.

24 Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 8. Aufl. 2017, Rn. 1503; Krauß, Vermögensnachfolge in der Praxis, 5. Aufl. 2018, Rn. 1991; Ogilvie MittRhNotK 1990, 145 (148); aA für Übertragungsverträge Mayer/Geck/Mayer, Der Übergabevertrag, 3. Aufl. 2013, § 12 Rn. 6, Fn. 12, und Rn. 8.

25 Vgl. Palandt/Grüneberg, BGB, 78. Aufl. 2019, § 416 Rn. 2; MüKoBGB/Heinemeyer, 8. Aufl. 2019, § 416 Rn. 2; Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 8. Aufl. 2017, Rn. 1503, Fn. 3393; Krauß, Vermögensnachfolge in der Praxis, 5. Aufl. 2018, Rn. 1991, Fn. 939; Kurz DNotZ 1997, 552 (564); Ogilvie MittRhNotK 1990, 145 (148).

26 BGH DNotZ 2014, 606 (607), Tz. 13; Palandt/Grüneberg, BGB, 78. Aufl. 2019, Überbl v § 414 Rn. 1; MüKoBGB/Heinemeyer, 8. Aufl. 2019, Vor § 414 Rn. 2 und 6; Ogilvie MittRhNotK 1990, 145 (146); Staudinger/Rieble, BGB, Neubearb. 2017, § 414 Rn. 95.

muss geklärt werden, ob die Grundpfandrechte im Zuge der Abwicklung gelöscht oder vom Erwerber übernommen werden sollen. Kraft Gesetzes gilt für Grundstückskaufverträge, dass der Verkäufer dem Käufer die Sache frei von Rechtsmängeln zu verschaffen hat (§§ 433 Abs. 1 S. 2, 435 S. 1 BGB). Insbesondere hat der Verkäufer nach § 442 Abs. 2 BGB ein im Grundbuch eingetragenes Recht zu beseitigen, selbst wenn es der Käufer kennt.

Die Gesetzeslage trifft jedoch dann nicht die Interessenlage der Vertragsbeteiligten, wenn der Käufer die Finanzierung des Verkäufers als persönliche Verbindlichkeit und das dafür bestellte Grundpfandrecht als dingliche Belastung übernehmen möchte. Erbringt der Käufer einen Teil des Kaufpreises nicht durch Barzahlung, sondern durch Schuldübernahme „in Anrechnung auf den Kaufpreis“, entsteht in Höhe der zu übernehmenden Schuld keine originäre Kaufpreisforderung, sondern der Verkäufer kann nur die vertragsgemäße Schuldübernahme als Gegenleistung verlangen.²⁷

Soweit sich die Parteien auf eine solche Vorgehensweise verständigt haben, sollte der Notar die Beteiligten im Vorfeld auf folgende Besonderheiten der beabsichtigten Regelungen aufmerksam machen.

1. Realisierbarkeit der angestrebten Regelungen

Von zentraler Bedeutung ist der frühzeitige Hinweis auf das Mitwirkungserfordernis nach § 414 BGB bzw. das Genehmigungserfordernis nach § 415 Abs. 1 S. 1 BGB, da die von bisherigem und übernehmendem Schuldner angestrebte Vorgehensweise nur bei Beteiligung des Gläubigers realisierbar ist. Zugleich sollte der Notar darauf hinweisen, dass dem Gläubiger häufig gemäß dem Darlehensvertrag ein außerordentliches Kündigungsrecht zusteht, wenn das Eigentum an dem Pfandgrundbesitz an eine andere Person als den Darlehensnehmer übergehen sollte.²⁸

Zu einer Mitwirkung wird sich der Gläubiger nur bereit erklären, wenn er an einer Kundenbeziehung zu dem übernehmenden Schuldner interessiert ist und in dessen Person keine Verschlechterung der persönlichen Absicherung gegenüber der Person des bisherigen Schuldners droht.²⁹ Die Beteiligten sollten deshalb rechtzeitig mit dem Gläubiger klären, ob eine Genehmigung der Schuldübernahme überhaupt in Betracht kommt und welche Konditionen (zB Zinsanpassungen oder Bearbeitungsgebühren) für die beabsichtigte Schuldübernahme gelten.³⁰

2. Daten des übernommenen Darlehens

Aufgrund des Verfügungscharakters der Schuldübernahme ist es im Hinblick auf den Bestimmtheitsgrundsatz erforderlich, die zu übernehmende Forderung in der Urkunde hinreichend konkret zu bezeichnen.³¹ Zu diesem Zweck und zur Berechnung der (Gesamt-)Gegenleistung des Erwerbers, die sich häufig aus einer Kombination von Schuldübernahme und Restzahlung zusammensetzt, ist die Höhe der zu übernehmenden Verbindlichkeiten möglichst genau zu ermitteln.³² Der bisherige Schuldner sollte zur Vorbereitung des Vertrages die Daten der Darlehensverträge, Darlehensnummern und insbesondere den Valutastand von dem Grundpfandrechtsgläubiger erfragen und dem Notar – möglichst mit entsprechender Bestätigung des Gläubigers – mitteilen.³³

Da es sich um laufende Zahlungen handelt, ist ein konkreter Stichtag zu definieren, ab wann die Zahlungspflichten übergehen sollen.³⁴ Um ungesicherte Vorleistungen des Erwerbers zu vermeiden, sollte der Zeitpunkt so gewählt werden, dass die Fälligkeitsvoraussetzungen bis zum Übernahmestichtag mit hoher Wahrscheinlichkeit vorliegen.³⁵ Zugleich bietet sich die Auswahl eines Monatsersten an, damit keine zeitanteilige Abrechnung erforderlich wird.³⁶

3. Mehr- und Minderbeträge

Aufgrund des Umstands, dass der gewählte Übernahmestichtag zum Zeitpunkt der Abfrage des Valutastands in der Zukunft liegt, können sich Abweichungen des tatsächlichen Valutastands bei der Schuldübernahme von dem bei Beurkundung angenommenen Valutastand ergeben. Daher sollten in der Schuldübernahmevereinbarung vorsorglich auch Regelungen für etwaige Mehr- oder Minderbeträge getroffen werden.³⁷

Zumeist ist von den Vertragsparteien gewünscht, dass die (Gesamt-)Gegenleistung des Erwerbers einen Fixbetrag darstellt. Vorgeschlagen wird, dass die Parteien bei Fälligkeit etwaige Mehr- oder Minderbeträge gegenüber dem angenommenen Valutastand untereinander ausgleichen, ohne dass der Notar insoweit Überwachungsaufgaben übernimmt.³⁸ Sofern ohnehin zusätzlich ein Bar-Kaufpreis erbracht wird, ist es zur Vermeidung von Hin- und Herzählungen jedoch sinnvoller, die Höhe des Bar-Kaufpreises nicht durch einen konkreten Betrag festzuschreiben, sondern an den vom Gläubiger bei der Genehmigung der Schuldübernahme mitgeteilten Valutastand zum Übernahmestichtag zu koppeln.³⁹

27 RGZ 120, 166 (169); 121, 38 (41); OLG Koblenz 11.5.2012 – 3 U 627/11 – BeckRS 2013, 02463; MüKoBGB/Heinemeyer, 8. Aufl. 2019, § 416 Rn. 1, Fn. 1.

28 Vgl. BGH DNotZ 1980, 1625 (1626); WürzburgNotarHB/Holland, 5. Aufl. 2018, Teil 2 Kap. 6 Rn. 109; Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 8. Aufl. 2017, Rn. 1507; Krauß, Vermögensnachfolge in der Praxis, 5. Aufl. 2018, Rn. 1995; BeckNotarHB/Krauß, 6. Aufl. 2015, Kap. A Teil I Rn. 729; Mayer/Geck/Mayer, Der Übergabevertrag, 3. Aufl. 2013, § 12 Rn. 6, Fn. 12; Ogilvie MittRhNotK 1990, 145 (152).

29 Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 8. Aufl. 2017, Rn. 1502; BeckNotarHB/Krauß, 6. Aufl. 2015, Kap. A Teil I Rn. 726; Mayer/Geck/Mayer, Der Übergabevertrag, 3. Aufl. 2013, § 12 Rn. 5.

30 Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 8. Aufl. 2017, Rn. 1503; Krauß, Vermögensnachfolge in der Praxis, 5. Aufl. 2018, Rn. 1992; BeckNotarHB/Krauß, 6. Aufl. 2015, Kap. A Teil I Rn. 727; Mayer/Geck/Mayer, Der Übergabevertrag, 3. Aufl. 2013, § 12 Rn. 5; Münch, Die Scheidungsimmoblie, 3. Aufl. 2019, Rn. 767; Ogilvie MittRhNotK 1990, 145 (147 f. und 156).

31 Ogilvie, MittRhNotK 1990, 145 (146); Staudinger/Rieble, BGB, Neubearb. 2017, § 414 Rn. 65, 115 und § 415 Rn. 19.

32 Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 8. Aufl. 2017, Rn. 1506; Mayer/Geck/Mayer, Der Übergabevertrag, 3. Aufl. 2013, § 12 Rn. 2; Ogilvie MittRhNotK 1990, 145 (146); Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 3153.

33 BeckNotarHB/Krauß, 6. Aufl. 2015, Kap. A Teil I Rn. 727.

34 Ogilvie MittRhNotK 1990, 145 (146).

35 BeckNotarHB/Krauß, 6. Aufl. 2015, Kap. A Teil I Rn. 734.

36 Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 8. Aufl. 2017, Rn. 1506.

37 Ogilvie MittRhNotK 1990, 145 (149); Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 3153.

38 Vgl. die Formulierungsmuster von Faßbender u. a./GrauellBarry, Notariatskunde, 19. Aufl. 2017, § 4 Rn. 62; BeckNotarHB/Krauß, 6. Aufl. 2015, Kap. A Teil I Rn. 733; Ogilvie MittRhNotK 1990, 145 (157).

39 Ogilvie MittRhNotK 1990, 145 (149 und 154). Vgl. auch das Formulierungsmuster von Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 8. Aufl. 2017, Rn. 1524.

4. Leistungen während der Schwebezeit

Gem. § 415 Abs. 3 S. 1 BGB bleibt während der Schwebezeit, die nach dem Abschluss der Schuldübernahmevereinbarung zwischen Alt- und Neuschuldner und bis zur Genehmigung durch den Gläubiger besteht, „im Zweifel“ zunächst noch der bisherige Schuldner gegenüber dem Gläubiger zur Leistung verpflichtet. Bis zur Genehmigung durch den Gläubiger besteht also ein Schwebezustand, währenddessen der Altschuldner gegenüber dem Gläubiger weiterhin haftet und dem Gläubiger noch keine Ansprüche gegen den Neuschuldner zustehen.⁴⁰ Für den übernehmenden Schuldner besteht jedoch eine Freistellungspflicht, durch rechtzeitige Leistung an den Gläubiger dessen Inanspruchnahme des bisherigen Schuldners zu verhindern.⁴¹

Regelmäßig nicht gewollt ist hingegen die stärkere Wirkung eines Schuldbeitritts, die zur Folge hätte, dass der übernehmende Schuldner schon vor der Genehmigung gegenüber dem Gläubiger im Außenverhältnis (mit-)haften würde.⁴² Es empfiehlt sich daher, die gesetzliche Vermutung des § 415 Abs. 3 S. 1 BGB bei Formulierung der Schuldübernahmevereinbarung für die Schwebezeit ausdrücklich zu bekräftigen.⁴³

5. Kostenlast

Mit den Beteiligten sollte schließlich erörtert werden, welche Bearbeitungsgebühren und Kosten der Grundpfandrechtsgläubiger möglicherweise im Zusammenhang mit der Schuldübernahme in Rechnung stellen wird und welche Vertragspartei diese Kostenlast übernimmt.⁴⁴

II. Mitwirkung des Gläubigers und Abwicklung durch den Notar

Hinsichtlich der für die angestrebte Schuldbefreiung des Altschuldners notwendigen Mitwirkung des Gläubigers hat der Notar durch Vertragsgestaltung und Vertragsvollzug bei Schuldübernahmevereinbarungen nach § 415 Abs. 1 S. 1 BGB für alle Beteiligten sicherzustellen, dass eine rechtssichere Auswechslung des Schuldners unter Übernahme (nur) bestimmter Forderungen des Gläubigers erfolgt.

1. Begrenzung des Sicherungszwecks

Häufig haben Grundpfandrechtsgläubiger und Grundstückseigentümer im Zusammenhang mit der ursprüng-

lichen Grundpfandrechtsbestellung vereinbart, dass die Grundschuld als Sicherheit für alle bestehenden und künftigen Forderungen des Gläubigers gegen den (Alt-) Schuldner dient.⁴⁵ Diese weite Sicherungszweckvereinbarung wird durch den Umstand der Schuldübernahme nicht *eo ipso* geändert, dh vor der Schuldübernahme durch die Grundschuld besicherte Verbindlichkeiten bleiben auch nach der Schuldübernahme gesichert.⁴⁶ Soweit diese Verbindlichkeiten des Altschuldners mit der Schuldübernahme auf den Neuschuldner übergehen, drohen diesem keine zusätzlichen Haftungsrisiken.⁴⁷ Allerdings könnten einerseits mit der übernommenen Grundschuld noch weitere Verbindlichkeiten des Altschuldners gesichert sein, die nicht übernommen wurden.⁴⁸ Andererseits ließe die weite Sicherungszweckvereinbarung zu, dass der Altschuldner nach der Schuldübernahme weitere Darlehen mit der Grundschuld besichern könnte, da die Zweckvereinbarung ursprünglich für alle Verbindlichkeiten des Altschuldners getroffen wurde.⁴⁹ In beiden Szenarien bestünde mithin die Gefahr, dass der Gläubiger wegen Verbindlichkeiten des Altschuldners nach Umschreibung des Eigentums auf den Neuschuldner in den Grundbesitz vollstrecken könnte und der Neuschuldner für die Rückzahlung weiterer Verbindlichkeiten des Altschuldners dinglich mithaften würde.⁵⁰

Jedoch soll sich der Gläubiger nach teilweise vertretener Auffassung durch die Genehmigung der Schuldübernahme zugleich konkludent mit einer Änderung des Sicherungszwecks einverstanden erklären, dass die Grundschuld zukünftig nur noch die übernommene(n) Verbindlichkeit(en) besichert und weitere Sicherungszwecke dadurch nach Sinn und Zweck der Schuldübernahmevereinbarung abgedungen sind.⁵¹ Gleichwohl sollte sich der Notar auf diese Annahme einer stillschweigenden Vertragsanpassung nicht verlassen, sondern zum Schutz des Neuschuldners auf eine ausdrückliche Umgestaltung der Sicherungs-

40 Palandt/Grüneberg, BGB, 78. Aufl. 2019, § 415 Rn. 8; Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 8. Aufl. 2017, Rn. 1508; Krauß, Vermögensnachfolge in der Praxis, 5. Aufl. 2018, Rn. 1997; Staudinger/Rieble, BGB, Neubearb. 2017, § 415 Rn. 100.

41 Palandt/Grüneberg, 78. Aufl. 2019, § 415 Rn. 7; MüKoBGB/Heinemeyer, 8. Aufl. 2019, § 415 Rn. 18; Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 8. Aufl. 2017, Rn. 1508; Krauß, Vermögensnachfolge in der Praxis, 5. Aufl. 2018, Rn. 1997.

42 MüKoBGB/Heinemeyer, 8. Aufl. 2019, § 415 Rn. 18.

43 Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 8. Aufl. 2017, Rn. 1508; Krauß, Vermögensnachfolge in der Praxis, 5. Aufl. 2018, Rn. 1997; vgl. ferner das Formulierungsmuster von Faßbender u. a./Grauell/Barry, Notariatskunde, 19. Aufl. 2017, § 4 Rn. 62.

44 WürzburgNotarHB/Holland, 5. Aufl. 2018, Teil 2 Kap. 6 Rn. 108; Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 8. Aufl. 2017, Rn. 1505; Krauß, Vermögensnachfolge in der Praxis, 5. Aufl. 2018, Rn. 1994; BeckNotarHB/Krauß, 6. Aufl. 2015, Kap. A Teil I Rn. 727; Mayer/Geck/Mayer, Der Übergabevertrag, 3. Aufl. 2013, § 12 Rn. 2.

45 Vgl. zur AGB-rechtlichen Beurteilung von weiten Sicherungszweckvereinbarungen BGH DNotZ 2001, 119 (121); zulässig bei Verbindlichkeiten des Sicherungsgebers, unzulässig bei Verbindlichkeiten eines Dritten; hierzu auch Bülow, Recht der Kreditsicherheiten, 9. Aufl. 2017, Rn. 163 ff.; BeckNotarHB/Everts, 6. Aufl. 2015, Kap. A Teil VI Rn. 51; Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 8. Aufl. 2017, Rn. 1521; Krauß, Vermögensnachfolge in der Praxis, 5. Aufl. 2018, Rn. 2010; MüKoBGB/Lieder, 7. Aufl. 2017, § 1191 Rn. 40 ff.; Müller RNotZ 2012, 199 (201); Pfeifer MittRhNotK 1998, 334 (340 f.); Rastätter BWNotZ 1990, 57 (61 f.); Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 2325 f.

46 Gaberdiell/Gladenbeck, Kreditsicherung durch Grundschulden, 9. Aufl. 2011, Rn. 953; Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 8. Aufl. 2017, Rn. 1522; Krauß, Vermögensnachfolge in der Praxis, 5. Aufl. 2018, Rn. 2011; Mayer/Geck/Mayer, Der Übergabevertrag, 3. Aufl. 2013, § 12 Rn. 14.

47 Mayer/Geck/Mayer, Der Übergabevertrag, 3. Aufl. 2013, § 12 Rn. 14.

48 Vgl. Gaberdiell/Gladenbeck, Kreditsicherung durch Grundschulden, 9. Aufl. 2011, Rn. 953; WürzburgNotarHB/Hertel, 5. Aufl. 2018, Teil 2 Kap. 2 Rn. 439 (zur lediglich dinglichen Übernahme von Grundpfandrechten); Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 8. Aufl. 2017, Rn. 1523; Krauß, Vermögensnachfolge in der Praxis, 5. Aufl. 2018, Rn. 2011; Mayer/Geck/Mayer, Der Übergabevertrag, 3. Aufl. 2013, § 12 Rn. 15; Müller RNotZ 2012, 199 (219), Fn. 309.

49 Vgl. Ogilvie MittRhNotK 1990, 145 (149); Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 2333.

50 Faßbender u. a./Grauell/Barry, Notariatskunde, 19. Aufl. 2017, § 4 Rn. 64; WürzburgNotarHB/Holland, 5. Aufl. 2018, Teil 2 Kap. 6 Rn. 112; Ogilvie MittRhNotK 1990, 145 (149).

51 BeckNotarHB/Krauß, 6. Aufl. 2015, Kap. A Teil I Rn. 736; MüKoBGB/Lieder, 7. Aufl. 2017, § 1191 Rn. 30.

zweckvereinbarung hinwirken.⁵² Dessen Sicherungsinteresse, mit dem Grundbesitz nicht für weitere, nicht übernommene Verbindlichkeiten des Altschuldners zu haften, erfordert eine nachträgliche Begrenzung des Sicherungszwecks im Verhältnis des Neuschuldners zum Gläubiger. Daher sollte die Kaufpreisfälligkeit daran gekoppelt werden, dass dem Notar – neben den üblichen Fälligkeitsvoraussetzungen zum lastenfreien Erwerb – eine Bestätigung (Nichtvaluierungserklärung) des Gläubigers vorliegt, wonach die Grundschuld und ein ggf. abgegebenes persönliches Schuldanerkenntnis ab Eigentumsumschreibung nur noch der Sicherung von Verbindlichkeiten des Neuschuldners dienen.⁵³ Eine solche Änderung kann von den ursprünglichen Parteien der Sicherungszweckvereinbarung (Altschuldner und Gläubiger) jederzeit formfrei vereinbart werden.⁵⁴

2. Einholung der Genehmigungserklärung

Bereits angesprochen wurde, dass die Befreiungswirkung der Schuldübernahme erst mit der Genehmigung durch den Gläubiger eintritt. Bei der Genehmigung handelt es sich um eine empfangsbedürftige Willenserklärung, die gegenüber dem Alt- oder Neuschuldner ergeht (§ 182 Abs. 1 BGB) und formfrei erteilt werden kann (§ 182 Abs. 2 BGB). Aus der Erklärung muss sich der Wille des Gläubigers, den bisherigen Schuldner aus der Haftung zu entlassen, eindeutig ergeben, da sonst in Zweifelsfällen von dem Grundsatz auszugehen ist, dass ein Gläubiger einen Schuldner nicht verlieren will (Mithaftung statt Enthaltung).⁵⁵

Zur Vermeidung solcher Zweifel sollte neben der Genehmigung vorsorglich auch eine sog. „Schuldhaftentlassungserklärung“ des Gläubigers verlangt werden. Ein auf die Entlassung aus der Haftung gerichteter Anspruch lässt sich dogmatisch aus der Sicherungvereinbarung ableiten, der zufolge der Gläubiger nach Erledigung des Sicherungszwecks nicht mehr gegen den (Alt-)Schuldner vorgehen darf.⁵⁶ Materiell-rechtlich handelt es sich bei der Entlassungserklärung um das Angebot auf Abschluss eines Erlassvertrages iSv § 397 Abs. 1 BGB, das der Altschuldner auch konkludent annehmen kann und dessen Annahme dem erklärenden Gläubiger nach der Verkehrssitte (§ 151 S. 1 Var. 1 BGB) nicht zugehen muss.⁵⁷ Die Schuldhaftentlassung sollte sich ausdrücklich darauf beziehen, dass der Gläubiger den Altschuldner (spätestens mit Eigentumsumschreibung auf den Neuschuldner) weder aus den in

dem Grundstücksvertrag bezeichneten Darlehen noch aus abstrakten Schuldverträgen in der Grundpfandrechtsbestellungsurkunde in Anspruch nehmen wird.⁵⁸ Trotz grundsätzlicher Formfreiheit sollten Genehmigungs- und Schuldhaftentlassungserklärung zudem in Schriftform verlangt werden, damit der Altschuldner die gegenüber dem Gläubiger haftungsbefreiende Wirkung nach § 415 Abs. 1 S. 1 BGB und § 397 Abs. 1 BGB dauerhaft nachweisen kann.

Um den vertragsgemäßen Eintritt dieser Wirkung nachvollziehen zu können, ist es bei einer Schuldübernahme durch Schuldnervertrag gem. § 415 Abs. 1 BGB sinnvoll, wenn der Notar beauftragt wird, dem Gläubiger die Schuldübernahme mitzuteilen und diesen zugleich um Erteilung der Genehmigung und der ausdrücklichen Schuldhaftentlassungserklärung zu ersuchen.⁵⁹ Soweit die Beteiligten zur Vermeidung der Vollzugsgebühr nach Vorbemerkung 2.2.1.1 Abs. 1 S. 2 Ziffer 8 GNotKG die Genehmigung selbst einholen wollen, sind sie zumindest zu verpflichten, die Erklärung dem Notar später vorzulegen.

Zum Schutz des Altschuldners darf der Eigentumswechsel ferner nur unter der Voraussetzung erfolgen, dass sämtliche Gegenleistungen des Neuschuldners jedenfalls mit der Umschreibung im Grundbuch bewirkt sind. In dem Grundstücksvertrag ist daher im Regelfall eine Umschreibungssperre im Hinblick auf das Vorliegen der schriftlichen Genehmigungs- und Schuldhaftentlassungserklärungen des Gläubigers vorzusehen.⁶⁰ Diese Gläubigererklärungen sind mit größter Sorgfalt zu prüfen, da die Banken in der Praxis nicht selten die Genehmigung und Schuldhaftentlassung ausschließlich bezüglich des Darlehens erklären, ohne dass sich diese Erklärung auch auf den selbstständigen Anspruch aus einem abstrakten Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnis des Altschuldners erstreckt.

Höchst vorsorglich könnte ferner erwogen werden, die Vollstreckungsklausel wegen des in der Grundpfandrechtsbestellungsurkunde abgegebenen abstrakten Schuldversprechens einzuziehen.⁶¹ Allerdings stößt diese – in der Praxis unübliche – Vorgehensweise auf Ablehnung der Gläubiger.⁶² Jedenfalls bei zugunsten von Kreditinstituten bestellten Grundpfandrechten dürfte eine Rückgabe bzw. Einziehung der Klausel entbehrlich sein, da dem Altschuldner nach Erledigung des Sicherungszwecks ein Anspruch auf Rückgabe des Titels zusteht, der sich sowohl aus der Sicherungvereinbarung als auch aufgrund unstrittiger Erfüllung analog § 371 S. 1 BGB er-

52 Vgl. auch Müller RNotZ 2012, 199 (219); Ogilvie MittRhNotK 1990, 145 (150); Pfeifer MittRhNotK 1998, 334 (344).

53 DNotI-Report 2003, 121 (122); Faßbender u.a./Grauell/Barry, Notariatskunde, 19. Aufl. 2017, § 4 Rn. 64; WürzburgNotarHB/Hertel, 5. Aufl. 2018, Teil 2 Kap. 2 Rn. 439; WürzburgNotarHB/Holland, 5. Aufl. 2018, Teil 2 Kap. 6 Rn. 112; Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 8. Aufl. 2017, Rn. 2905 f.; Krauß, Vermögensnachfolge in der Praxis, 5. Aufl. 2018, Rn. 2045 f.; Pfeifer MittRhNotK 1998, 334 (344); Pfeifer ZNotP 1999, 117 (117); vgl. ferner Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 2333 sowie das Formulierungsmuster in Rn. 849.

54 BGH DNotZ 1989, 358 (360); DNotZ 1998, 575 (576); NJW-RR 2008, 780 (782), Tz. 16; DNotZ 2010, 375 (376), Tz. 10; MüKoBGB/Lieder, 7. Aufl. 2017, § 1191 Rn. 34 f.; Müller RNotZ 2012, 199 (200).

55 BGH NJW 1966, 1703 (1704 f.); NJW 1983, 678 (679); NJW 2002, 3461 (3462); MüKoBGB/Heinemeyer, 8. Aufl. 2019, § 415 Rn. 3 und 12; Staudinger/Rieble, BGB, Neubearb. 2017, § 414 Rn. 55 f. und § 415 Rn. 72; Volmer WM 1999, 209 (210), Fn. 12.

56 DNotI-Report 2003, 121 (122).

57 DNotI-Report 2019, 81 (82); Palandt/Grüneberg, BGB, 78. Aufl. 2019, § 397 Rn. 5; MüKoBGB/Schlüter, 8. Aufl. 2019, § 397 Rn. 3.

58 Vgl. auch Mayer/Geck/Mayer, Der Übergabevertrag, 3. Aufl. 2013, § 12 Rn. 12; Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 8. Aufl. 2017, Rn. 2905; Krauß, Vermögensnachfolge in der Praxis, 5. Aufl. 2018, Rn. 2045.

59 WürzburgNotarHB/Holland, 5. Aufl. 2018, Teil 2 Kap. 6 Rn. 110; Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 8. Aufl. 2017, Rn. 1507 und 2907; Krauß, Vermögensnachfolge in der Praxis, 5. Aufl. 2018, Rn. 1996, 2013 und 2047; Mayer/Geck/Mayer, Der Übergabevertrag, 3. Aufl. 2013, § 12 Rn. 5; Ogilvie MittRhNotK 1990, 145 (147); Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 3154.

60 Amann MittBayNot 2002, 245 (246); Krauß, Vermögensnachfolge in der Praxis, 5. Aufl. 2018, Rn. 2028; Mayer/Geck/Mayer, Der Übergabevertrag, 3. Aufl. 2013, § 12 Rn. 41; Ogilvie MittRhNotK 1990, 145 (154).

61 Mayer/Geck/Mayer, Der Übergabevertrag, 3. Aufl. 2013, § 12 Rn. 12.

62 Vgl. DNotI-Report 2019, 81 (81).

gibt.⁶³ Für den Fall einer gleichwohl erfolgreichen, unberechtigten Inanspruchnahme aus dem gegenstandslos gewordenen persönlichen Titel kann der Altschuldner sowohl durch Vollstreckungsabwehrklage (§ 767 ZPO) als auch durch Vorlage einer Privaturkunde über die Befriedigung des Gläubigers (§ 775 Nr. 4 ZPO) gestützt auf den Erlassvertrag die Einstellung der Zwangsvollstreckung abwehren, sollte zu diesem Zweck aber in jedem Fall die Schuldhafentlassungserklärung sorgfältig aufbewahren.⁶⁴

III. Vertragliche Vorsorge für den Fall der Genehmigungsverweigerung

Verweigert der Gläubiger wider Erwarten die Genehmigung (§ 415 Abs. 3 S. 2 BGB bzw. § 415 Abs. 2 S. 2, 2. Hs. BGB), gilt die befreiende Schuldübernahme als nicht erfolgt (§ 415 Abs. 2 S. 1 BGB). Bei einer solchen gescheiterten Schuldübernahme ist der verhinderte Übernehmer nach der gesetzlichen Regelung in § 415 Abs. 3 S. 2 iVm S. 1 BGB „im Zweifel“ nur gegenüber dem bisherigen Schuldner zur Leistung verpflichtet, den Gläubiger „rechtzeitig zu befriedigen“. Das Gesetz sieht also eine bloße Erfüllungsübernahme iSv § 329 BGB vor. Diese Zweifelsregelung hat die – oft unerwünschte – Folge, dass der verhinderte Übernehmer nur im Innenverhältnis gegenüber dem bisherigen Schuldner dessen Verpflichtung zu tragen hat, während im Außenverhältnis gegenüber dem Gläubiger der bisherige Schuldner verpflichtet bleibt.⁶⁵ Die gesetzliche Risikoverteilung für den Fall des Scheiterns der Schuldübernahme geht insofern zu Lasten des Altschuldners.⁶⁶

Bei der Zweifelsregelung in § 415 Abs. 3 BGB handelt es sich allerdings nur um eine gesetzliche Vermutung. Fehlt es an Regelungen für den Fall eines Scheiterns der Schuldübernahme, verbleibt es grundsätzlich bei der Erfüllungsübernahme.⁶⁷ Die Vermutung kann jedoch bereits widerlegt werden, wenn – selbst ohne ausdrückliche Regelung – aus dem Vertrag aufgrund konkreter Anhaltspunkte gleichwohl erkennbar ist, welche Partei das Risiko des Scheiterns der Schuldübernahme tragen soll.⁶⁸ Als solchen Umstand für eine vom Gesetz abweichende Risikotragung durch den Neuschuldner hat der Bundesgerichtshof gewertet, dass in einem Grundstückskaufvertrag die Schuldübernahme einer Grundpfandrechtl. gesicherten

Verbindlichkeit in Anrechnung auf den Kaufpreis erfolgte, dem Käufer jedoch trotzdem eine Finanzierungsvollmacht für (nahezu) den gesamten Kaufpreis erteilt wurde, sodass der Käufer ggf. auch den durch Schuldübernahme belegten Kaufpreisteil durch Bar-Zahlung erbringen konnte.⁶⁹

Ungeachtet dieser Rechtsprechung sollte der Notar zur Vermeidung von Rechtsunsicherheit und Auslegungsschwierigkeiten bei der Vertragsgestaltung eine eindeutige Regelung zu den Rechtsfolgen bei Verweigerung der Genehmigung aufnehmen, die sich an der tatsächlichen Interessenlage der Beteiligten orientiert.⁷⁰

1. Erfüllungsübernahme

Teilweise wird vorgeschlagen, die gesetzliche Regelung einer nur internen Erfüllungsübernahme zwischen Alt- und Neuschuldner als vertragliche Konsequenz der Genehmigungsverweigerung des Gläubigers zu vereinbaren.⁷¹ Die Erfüllungsübernahme wird durch eine solche Gestaltung von einer widerlegbaren gesetzlichen Vermutung zu einer ausdrücklichen vertraglichen Rechtsfolge aufgewertet.

Ein gewichtiges Argument gegen die Erfüllungsübernahme besteht jedoch üblicherweise in dem Sicherungsinteresse des Veräußerers, der mit der privaten Schuldübernahme in der Regel eine Haftungsbe freiung im Außenverhältnis anstrebt.⁷² Diesem Sicherungsinteresse wird durch eine Erfüllungsübernahme nicht ausreichend Rechnung getragen, da der Veräußerer in diesem Fall über einen längeren Zeitraum von der weiteren Leistungsfähigkeit und -bereitschaft des Erwerbers abhängig wäre und dessen Insolvenzrisiko trüge.⁷³

Die Erfüllungsübernahme scheidet daher beim Grundstückskauf zwischen einander unbekanntem Dritten (*Fall 1*) und bei der Vermögensauseinandersetzung in Scheidungsfolgenvereinbarungen (*Fall 3*) regelmäßig aus.⁷⁴ Allerdings reicht die Erfüllungsübernahme bei Scheidungsimmobilien ausnahmsweise dann aus, wenn nur noch eine geringe Darlehensrestlaufzeit besteht und die Grundschuld in Kürze löschungsreif ist. Denkbar ist die Vereinbarung einer Er-

63 So auch DNotI-Report 2003, 121 (122); DNotI-Report 2019, 81 (82 f.). Vgl. ferner BGH NJW 1994, 1161 (1162); NJW 1994, 3225 (3225); NJW-RR 2008, 1512 (1513), Tz. 9; NJW 2009, 1671 (1672), Tz. 16; NJW-RR 2014, 195 (196), Tz. 13 und 19; DNotZ 2015, 417 (421), Tz. 23; MüKoBGB/Fetzer, 8. Aufl. 2019, § 371 Rn. 8; MüKoZPO/K. Schmidt/Brinkmann, 5. Aufl. 2016, § 767 Rn. 20.

64 DNotI-Report 2019, 81 (83).

65 Vgl. Amann MittBayNot 2002, 245 (246); Gaberdiell/Gladenbeck, Kreditsicherung durch Grundschulden, 9. Aufl. 2011, Rn. 954; WürzburgNotarHB/Holland, 5. Aufl. 2018, Teil 2 Kap. 6 Rn. 110; Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 8. Aufl. 2017, Rn. 1507 und 1509; Krauß, Vermögensnachfolge in der Praxis, 5. Aufl. 2018, Rn. 1995; Ogilvie MittRhNotK 1990, 145 (152); Faßbender u. a./Ohmen/Roemer, Notariatskunde, 19. Aufl. 2017, § 4 Rn. 1649; Staudinger/Rieble, BGB, Neubearb. 2017, § 414 Rn. 32.

66 Vgl. BGH NJW 2012, 1718 (1720), Tz. 31 f.; Amann MittBayNot 2002, 245 (246).

67 Vgl. OLG Karlsruhe, NJW-RR 2012, 146 (147 f.).

68 BGH DNotZ 1992, 27 (28); MüKoBGB/Heinemeyer, 8. Aufl. 2019, § 415 Rn. 15; Staudinger/Rieble, BGB, Neubearb. 2017, § 415 Rn. 102.

69 Vgl. BGH DNotZ 1992, 27 (29); Palandt/Grüneberg, BGB, 78. Aufl. 2019, § 415 Rn. 9; noch weitergehend BeckNotarHB/Krauß, 6. Aufl. 2015, Kap. A Teil I Rn. 730, der offenbar bei Grundstückskaufverträgen die Vermutungsregelung für allgemein widerlegt hält.

70 WürzburgNotarHB/Holland, 5. Aufl. 2018, Teil 2 Kap. 6 Rn. 109; BeckNotarHB/Krauß, 6. Aufl. 2015, Kap. A Teil I Rn. 729; Ogilvie MittRhNotK 1990, 145 (152); SchönerStöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 3154.

71 Krauß, Vermögensnachfolge in der Praxis, 5. Aufl. 2018, Rn. 1998; vgl. ferner die Formulierungsmuster von WürzburgNotarHB/Holland, 5. Aufl. 2018, Teil 2 Kap. 6 Rn. 108; Münch, Die Scheidungsimmobilie, 3. Aufl. 2019, Rn. 734; SchönerStöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 849, dort Alternative 1.

72 Vgl. DNotI-Report 2000, 65 (67); Amann MittBayNot 2002, 245 (245); Grziwotz MDR 1997, 432 (434); WürzburgNotarHB/Holland, 5. Aufl. 2018, Teil 2 Kap. 6 Rn. 110; Mayer/Geck/Mayer, Der Übergabevertrag, 3. Aufl. 2013, § 12 Rn. 4.

73 Amann MittBayNot 2002, 245 (246); WürzburgNotarHB/Holland, 5. Aufl. 2018, Teil 2 Kap. 6 Rn. 110; Krauß, Vermögensnachfolge in der Praxis, 5. Aufl. 2018, Rn. 1998; Mayer/Geck/Mayer, Der Übergabevertrag, 3. Aufl. 2013, § 12 Rn. 3; Ogilvie MittRhNotK 1990, 145 (152).

74 So auch DNotI-Report 2000, 65 (67); Amann MittBayNot 2002, 245 (246); Grziwotz MDR 1997, 432 (434); Ogilvie MittRhNotK 1990, 145 (152 f.). Nach Münch, Die Scheidungsimmobilie, 3. Aufl. 2019, Rn. 769 ist bei einer Erfüllungsübernahme zwischen Ehegatten im Rahmen einer Scheidungsfolgenvereinbarung der dingliche Vollzug des Vertrages auszusetzen, bis die Freistellung im Außenverhältnis erfolgt.

füllungsübernahme zudem bei Übertragungsverträgen im familiären Kontext (*Fall 2*), wenn der Veräußerer aufgrund der bestehenden Nähebeziehung die Bonität des Erwerbers konkret einschätzen kann und die Enthftung für den Veräußerer keine zwingende Vertragsbedingung ist, sondern die Grundstücksübertragung auch im Fall der Genehmigungsverweigerung durchgeführt werden soll.⁷⁵ Über die Risiken der Erfüllungsübernahme sollte der Notar dennoch in jedem Fall aufklären.

2. Aufschiebende Bedingung/Rücktrittsrecht

Alternativ kann vorgesehen werden, dass der Grundstücksvertrag insgesamt unter der aufschiebenden Bedingung der Genehmigungserteilung geschlossen wird oder den Vertragsparteien für den Fall der Genehmigungsverweigerung ein Recht zum Rücktritt von dem Grundstücksvertrag zusteht.⁷⁶ Diese Gestaltung bietet sich an, wenn es dem Erwerber entscheidend darauf ankommt, die zinsgünstige Finanzierung des Veräußerers fortführen zu können.⁷⁷ Umgekehrt kann es dem Veräußerer darauf ankommen, eine Vorfälligkeitsentschädigung zu vermeiden. Gegen eine Bedingung spricht allerdings der damit verbundene Automatismus, dass der Vertrag selbst dann unwirksam wäre, wenn dem Erwerber alternativ eine Ablösung des Darlehens doch möglich sein sollte.⁷⁸ Das demgegenüber vorzugswürdige, weil flexiblere Rücktrittsrecht dürfte in der Praxis ebenfalls eher selten in Betracht kommen, da der Veräußerer üblicherweise nicht das Risiko übernehmen möchte, dass der Grundstücksvertrag an dem Verhalten seines Finanzierungsgläubigers scheitert. Ist dennoch ein Rücktrittsrecht gewünscht, führt dessen Nichtausübung wiederum zu demselben Regelungsbedürfnis für die weitere Vertragsabwicklung: Soll dann eine bloße Erfüllungsübernahme (wie zuvor in Abschn. C.III.1.) oder eine Ablöseverpflichtung (wie so gleich in Abschn. C. III.3.) gelten?⁷⁹

Für die Praxis lässt sich festhalten: Bei Grundstückskaufverträgen (*Fall 1*) möchte der Verkäufer üblicherweise nicht das Finanzierungsrisiko des Käufers in der Weise (mit-)übernehmen, dass der Vertrag allein daran scheitern könnte, dass sich der Gläubiger des Verkäufers der Schuldübernahme widersetzt. Ebenso ist ein Rücktrittsrecht bei der Übertragung einer Scheidungsimmobilie auf einen Ehegatten aufgrund der erforderlichen endgültigen Regelung der Vermögensverhältnisse der Eheleute ungeeignet (*Fall 3*). Ausnahmsweise ist ein Rücktrittsrecht des Erwerbers wiederum bei Übertragungen zu Lebzeiten denkbar (*Fall 2*), wenn der Übergeber die Schenkung nur bei Enthftung vornehmen will und der Übernehmer die Schenkung nur bei Übernahme der Finanzierung annehmen kann.

3. Ablöseverpflichtung

Als vertragliche Rechtsfolge der Genehmigungsverweigerung bietet sich demnach zumeist an, dass der verhinderte Übernehmer die Verbindlichkeiten des Altschuldners – wie im Grundstückskaufvertrag sonst üblich – bei Fälligkeit in Anrechnung auf den Kaufpreis abzulösen hat.⁸⁰ Das Risiko der Genehmigungsverweigerung trägt dann allein der Erwerbsinteressent (Neuschuldner), der eine eigene Finanzierung beschaffen muss.⁸¹ Diese Gestaltung ist regelmäßig durch das Sicherungsinteresse des Veräußerers indiziert, der bei einer verweigerten Genehmigung nur durch eine Ablösungsvereinbarung von seinen noch bestehenden Verbindlichkeiten befreit wird.⁸²

Zu beachten ist allerdings, dass der Gläubiger bei einer Ablösung wegen der außerplanmäßigen Rückführung des Darlehens eine Vorfälligkeitsentschädigung iSv § 502 BGB verlangen kann. Es können demzufolge deutlich höhere Kosten als bei der befreienden Schuldübernahme entstehen, deren Tragung ebenfalls regelungsbedürftig ist.⁸³

Insgesamt sollte die Ablösungspflicht bei Grundstückskaufverträgen (*Fall 1*) und Scheidungsimmobilien (*Fall 3*) sowie – vorbehaltlich ausdrücklich abweichender Wünsche – auch in Übertragungsverträgen (*Fall 2*) als Standard gewählt werden, da es für den Veräußerer regelmäßig nur darauf ankommt, dass seine Haftung beendet wird, während für ihn nachrangig ist, wie diese Enthftung herbeigeführt wird.⁸⁴

IV. Verbraucherdarlehensrecht

Bei der ursprünglichen Finanzierungsvereinbarung zwischen Gläubiger und Altschuldner (Veräußerer) handelt es sich typischerweise um einen Immobilier-Verbraucherdarlehensvertrag iSv § 491 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 BGB.⁸⁵ Dieser ist legaldefiniert als entgeltlicher Darlehensvertrag zwischen einem Unternehmer als Darlehensgeber und einem Verbraucher als Darlehensnehmer, der durch ein Grundpfandrecht besichert ist.

1. Problemstellung

Probleme stellen sich bei der Schuldübernahme durch Schuldnervertrag zwischen Alt- und Neuschuldner nach § 415 Abs. 1 S. 1 BGB, wenn die übernommene Vereinbarung im Verhältnis des Gläubigers und Neuschuldners ebenfalls den Verbraucherschutzvorschriften unterlegen hätte, wenn sie unmittelbar zwischen diesen Beteiligten be-

75 So auch DNotI-Report 2000, 65 (67); *Amann* MittBayNot 2002, 245 (246); *Grziwotz* MDR 1997, 432 (434f.); *Krauß*, Vermögensnachfolge in der Praxis, 5. Aufl. 2018, Rn. 1998; *Ogilvie* MittRhNotK 1990, 145 (153). Vgl. ferner den Fall des LG Köln 7.3.2017 – 22 O 447/16 – (nrwe.de).

76 Vgl. Kersten/Bühling/Basty, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 26. Aufl. 2019, § 30 Rn. 3; *Krauß*, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 5. Aufl. 2018, Rn. 2028; *Ogilvie* MittRhNotK 1990, 145 (152).

77 *Krauß*, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 8. Aufl. 2017, Rn. 1509; BeckNotarHB/*Krauß*, 6. Aufl. 2015, Kap. A Teil I Rn. 729; *Ogilvie* MittRhNotK 1990, 145 (152).

78 Vgl. den insoweit ungewöhnlichen Fall des OLG Karlsruhe MittBayNot 2002, 284; dazu *Amann* MittBayNot 2002, 245 (246).

79 Vgl. *Ogilvie* MittRhNotK 1990, 145 (152).

80 *Amann* MittBayNot 2002, 245 (245 ff.); Kersten/Bühling/Basty, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 26. Aufl. 2019, § 30 Rn. 3; *Krauß*, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 8. Aufl. 2017, Rn. 1509; *Krauß*, Vermögensnachfolge in der Praxis, 5. Aufl. 2018, Rn. 1998; BeckNotarHB/*Krauß*, 6. Aufl. 2015, Kap. A Teil I Rn. 729; *Ogilvie* MittRhNotK 1990, 145 (152 f.); *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 3154. Vgl. ferner die Formulierungsmuster von Faßbender u. a./*Grauell/Barry*, Notariatskunde, 19. Aufl. 2017, § 4 Rn. 62; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 849, dort Alternative 2.

81 *Ogilvie* MittRhNotK 1990, 145 (152).

82 *Amann* MittBayNot 2002, 245 (245); BeckNotarHB/*Krauß*, 6. Aufl. 2015, Kap. A Teil I Rn. 730; *Ogilvie* MittRhNotK 1990, 145 (152).

83 Mayer/Geck/Mayer, Der Übergabevertrag, 3. Aufl. 2013, § 12 Rn. 36; *Ogilvie* MittRhNotK 1990, 145 (152).

84 Vgl. *Amann* MittBayNot 2002, 245 (245).

85 Vgl. ausführlich zu den Regelungen des Verbraucherdarlehensrechts in Bezug auf Immobilier-Verbraucherdarlehensverträge *Krauß*, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 8. Aufl. 2017, Rn. 1525 ff.

gründet worden wäre. Zwar handelt es sich bei der Schuldübernahmevereinbarung um keinen Darlehensvertrag iSv §§ 491 ff. BGB.⁸⁶ Umstritten ist jedoch, ob die Verbraucherschutzvorschriften der §§ 491 ff. BGB bei einer Schuldübernahme (erneut) analog angewendet werden.⁸⁷

In diesem Fall wären bspw. die besonderen vorvertraglichen Informationspflichten nach § 491 a BGB zu beachten und die umfangreichen Mindestinformationen nach § 492 Abs. 1 BGB iVm Art. 247 §§ 6-13 EGBGB zur Verfügung zu stellen. Bei Nichteinhaltung dieser Pflichten droht gar die Nichtigkeit der getroffenen Regelungen nach § 494 Abs. 1 BGB, die bei der befreienden Schuldübernahme auch nicht nach § 494 Abs. 2 S. 1 BGB geheilt wird, da dem Neuschuldner kein eigener Zahlungsanspruch gegen den Gläubiger zusteht und er das Darlehen damit weder empfangen noch in Anspruch nehmen kann.⁸⁸

Anders als nach früherer Rechtslage ist auch das Widerrufsrecht aus § 495 Abs. 1 BGB iVm §§ 355 ff. BGB nicht allein durch den Umstand der notariellen Beurkundung ausgeschlossen. Vielmehr besteht es gem. § 495 Abs. 2 BGB nur dann nicht, wenn der Vertrag kraft Gesetzes zwingend beurkundungsbedürftig ist und der Notar bescheinigt, dass die Rechte des Darlehensnehmers aus §§ 491 a, 492 BGB gewahrt wurden. Die letztgenannte Voraussetzung dürfte jedoch regelmäßig nicht vorliegen, da der Notar die vollständige Einhaltung sämtlicher vorvertraglichen Informationspflichten im Verhältnis zwischen Darlehensgeber und Darlehensnehmer kaum zuverlässig in eigener Verantwortung prüfen kann und daher zur Vermeidung von Haftungsgefahren davon abzuraten ist, eine solche Bestätigung abzugeben.⁸⁹

Sollte dem Neuschuldner bei einer Schuldübernahmevereinbarung ein Widerrufsrecht zustehen, drohen allerdings erhebliche Risiken für die Zug-um-Zug-Abwicklung des Grundstücksvertrages.⁹⁰ Im Falle der Verletzung von Belehrungspflichten erlischt das Widerrufsrecht bei Immobilien-Verbraucherdarlehensverträgen erst zwölf Monate und 14 Tage nach Vertragsschluss (§ 356 b Abs. 3 S. 4 BGB), sodass der Widerruf ggf. noch nach vollständigem Vollzug des Grundstücksvertrages möglich wäre. Da es sich zudem bei dem Immobilien-Verbraucherdarlehensvertrag und dem Grundstücksvertrag gem. § 358 Abs. 3 S. 3 BGB nicht um verbundene Verträge handelt, hätte ein Widerruf der Finanzierungsvereinbarung durch den Neuschuldner nicht zugleich die Unwirksamkeit des Grundstücksvertrags mit dem Altschuldner nach § 360 Abs. 1 S. 1 BGB zur Folge. Praktisch wäre dann im Einzelfall das Schicksal des übrigen Vertrages im Wege der Auslegung nach § 139 BGB zu ermitteln.⁹¹ Zu befürchten wäre, dass der Alt-

schuldner – ggf. sogar nach Verlust des Eigentums – sein früheres Darlehen selbst wieder fortführen müsste.⁹²

2. Auffassung der Literatur

Nach nahezu einhelliger Auffassung im Schrifttum ist die Rechtslage bei einer zweiseitigen Schuldübernahme durch Schuldnervereinbarung zwischen Alt- und Neuschuldner iSv § 415 Abs. 1 S. 1 BGB auf der einen Seite abzugrenzen von einer zweiseitigen Schuldübernahme durch Gläubigervereinbarung zwischen Neuschuldner und Gläubiger iSv § 414 BGB sowie von dreiseitigen Vereinbarungen zwischen Alt-, Neuschuldner und Gläubiger auf der anderen Seite.⁹³ Das Unterscheidungsmerkmal besteht insoweit darin, dass der Gläubiger nur in den letztgenannten Fällen der Gläubigervereinbarung bzw. dreiseitigen Vereinbarung unmittelbar an der Schuldübernahme mitwirkt.

Bei einer zweiseitigen Schuldübernahmevereinbarung zwischen Alt- und Neuschuldner sei der persönliche Anwendungsbereich der §§ 491 ff. BGB nur eröffnet, wenn der Altschuldner unternehmerischer Darlehensgeber sei.⁹⁴ Tatsächlich wirke der Altschuldner an der Schuldübernahmevereinbarung im Regelfall aber weder als Darlehensgeber noch als Unternehmer iSd § 491 Abs. 3 S. 1 BGB mit.⁹⁵ Beide Voraussetzungen träfen nur auf den Finanzierungsgläubiger zu, der wiederum – im Unterschied zu den beiden anderen vorgenannten Gestaltungen – an der eigentlichen Schuldübernahmevereinbarung nicht beteiligt sei, sondern lediglich zu der Verfügung iSv § 185 Abs. 2 BGB die abstrakte Zustimmung erteile.⁹⁶ Auf Grundlage der Verfügungstheorie scheidet die Anwendung der Verbraucherschutzvorschriften demnach bei zweiseitigen Übernahmevereinbarungen durch Schuldnervertrag aus.⁹⁷

Ebenso sei eine analoge Anwendung der §§ 491 ff. BGB wegen der unterschiedlichen Interessenlage ausgeschlossen.⁹⁸ Maßgeblich sei, dass die auf die unternehmerische Darlehensvergabe zugeschnittenen Regelungen nicht für die Situation passten, dass ein bereits bestehendes Darlehen lediglich durch einen Verbraucher von einem anderen

86 Vgl. zum VerbrKrG aF *Kurz* DNotZ 1997, 552 (565).

87 Vgl. zu dieser Problematik DNotI-Report 2000, 65 (66 f.); *Krauß*, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 8. Aufl. 2017, Rn. 1525 ff.; *Krauß*, Vermögensnachfolge in der Praxis, 5. Aufl. 2018, Rn. 2015 ff.; *BeckNotarHB/Krauß*, 6. Aufl. 2015, Kap. A Teil I Rn. 731; *Mayer/Geck/Mayer*, Der Übergabevertrag, 3. Aufl. 2013, § 12 Rn. 19 ff.; *Schönerl/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 3153 a.

88 Vgl. nur *Mayer/Geck/Mayer*, Der Übergabevertrag, 3. Aufl. 2013, § 12 Rn. 20; *MüKoBGB/Schürnbrand/Weber*, 8. Aufl. 2019, § 494 Rn. 20 mwN.

89 Vgl. DNotI-Report 2011, 122 (126); *Mairose* RNotZ 2012, 467 (481); *Mayer/Geck/Mayer*, Der Übergabevertrag, 3. Aufl. 2013, § 12 Rn. 24; *MüKoBGB/Schürnbrand/Weber*, 8. Aufl. 2019, § 495 Rn. 20; *Volmer* DNotZ 2010, 591 (593).

90 *Krauß*, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 8. Aufl. 2017, Rn. 1538.

91 *Mayer/Geck/Mayer*, Der Übergabevertrag, 3. Aufl. 2013, § 12 Rn. 20; vgl. ferner bereits zur alten Rechtslage unter dem Verbraucherkreditgesetz *Grziwotz* MDR 1997, 432 (434); *Grziwotz* MittBayNot 1998, 232 (234); *Ulmer/Masuch* JZ 1997, 654 (657); aA *Volmer* WM 1999, 209 (218); (Teil-)Unmöglichkeit der übernommenen Verpflichtung.

92 Vgl. zu dieser Konsequenz DNotI-Report 2000, 65 (67); *Krauß*, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 8. Aufl. 2017, Rn. 1538; *Kurz* DNotZ 1997, 552 (566 f.).

93 Vgl. nur *BeckNotarHB/Krauß*, 6. Aufl. 2015, Kap. A Teil I Rn. 731; *Mairose* RNotZ 2012, 467 (472); *Mayer/Geck/Mayer*, Der Übergabevertrag, 3. Aufl. 2013, § 12 Rn. 32 f.

94 *MüKoBGB/Heinemeyer*, 8. Aufl. 2019, § 415 Rn. 5; vgl. ferner zum VerbrKrG aF *Bülow* ZIP 1997, 400 (402); *Volmer* WM 1999, 209 (211).

95 Vgl. zum VerbrKrG aF *Grziwotz* MDR 1997, 432 (434); *Volmer* WM 1999, 209 (211); wohl aA *Pfeifer* MittRhNotK 1998, 334 (346).

96 Vgl. zum VerbrKrG aF *Kurz* DNotZ 1997, 552 (563).

97 *MüKoBGB/Schürnbrand/Weber*, 8. Aufl. 2019, § 491 Rn. 31; vgl. ferner zum VerbrKrG aF *Bülow* ZIP 1997, 400 (403), Fn. 13; *Kaufhold* DNotZ 1998, 254 (259); *Kurz* DNotZ 1997, 552 (563).

98 *BeckNotarHB/Krauß*, 6. Aufl. 2015, Kap. A Teil I Rn. 731; *Schönerl/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 3153 a; vgl. ferner zum VerbrKrG aF *Kurz* DNotZ 1997, 552 (563 f.); *Volmer* WM 1999, 209 (212 f.); aA *Staudinger/Kessal-Wulf*, BGB, Neubearb. 2012, § 491 Rn. 22, die keine Schutzlücken zulassen will und daher von der Anwendbarkeit des Verbraucherdarlehensrechts auch auf § 415 Abs. 1 S. 1 BGB ausgeht.

Verbraucher übernommen werde.⁹⁹ Der Altschuldner könne als Verbraucher schon die verschiedenen Informationspflichten eines unternehmerischen Darlehensgebers nicht vor Abgabe der Willenserklärung durch den Neuschuldner erfüllen.¹⁰⁰ Auf Rechtsfolgenrechte lasse eine etwaige analoge Anwendung der Verbraucherschutzvorschriften zugunsten des Neuschuldners zudem das Interesse des Altschuldners an der Wirksamkeit der Schuldübernahme außer Acht, denn ein Recht des Neuschuldners zum Widerruf der Schuldübernahmevereinbarung wirke sich – anders als im unmittelbaren Anwendungsbereich des §§ 491 ff. BGB – nicht durch Erlöschen der Verbindlichkeit zugunsten des Unternehmers, sondern durch Rückführung der Verbindlichkeit auf den Altschuldner zugunsten des anderen Verbrauchers aus, an den sich der Gläubiger bei einer fehlgeschlagenen befreienden Übernahme wieder halten könne.¹⁰¹ Die Schutzlücke zugunsten des eintretenden Verbrauchers dürfe nicht mit dem gravierenden Nachteil für den gleichermaßen schutzbedürftigen austretenden Verbraucher geschlossen werden, dass dieser wieder gegenüber dem Darlehensgeber hafte.¹⁰² Für eine Analogie fehle es an dem strukturellen Informationsgefälle zwischen Verbraucher und Unternehmer bzw. der „Belastbarkeit“ des anderen Vertragsteils.¹⁰³

3. Ältere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs

Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu einer etwaigen Anwendbarkeit des Verbraucherdarlehensrechts auf die befreiende Schuldübernahme (insbesondere durch Schuldnervereinbarung) ist hingegen nicht eindeutig.

In einigen älteren Entscheidungen hat der VIII. Zivilsenat zunächst recht undifferenziert die (entsprechende) „Anwendung dieser Vorschriften auf die Vertrags- und Schuldübernahme“ als geboten erachtet, um Schutzlücken zu schließen.¹⁰⁴ Das Schutzbedürfnis des Neuschuldners bei der derivativen Schuldübernahme entspreche dem Schutzbedürfnis eines Verbrauchers bei dem originären Abschluss eines Darlehensvertrages; entscheidend sei die erstmalige Begründung der maßgeblichen Verpflichtung für den Unternehmer.¹⁰⁵ Ohne Bedeutung sei dagegen, welche der möglichen Kontrahierungsformen gewählt werde, da der Unternehmer sowohl bei einer ursprünglich dreiseiti-

gen Vereinbarung mit beiden Verbrauchern als auch bei einer nachträglichen Genehmigung der von den Verbrauchern getroffenen Vereinbarung in jedem Fall beteiligt werde.¹⁰⁶ Vor diesem Hintergrund gehen ältere Urteile der VIII., IX. und XIII. Zivilsenate zu Bierlieferungsverträgen (als Ratenlieferungsverträge iSv § 510 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BGB) selbst für den Fall einer zweiseitigen Vertragsübernahme mit nachträglicher Genehmigung des Unternehmers davon aus, dass dem Erwerber ein Widerrufsrecht nach dem Verbraucherschutzrecht zustehe.¹⁰⁷

In einer späteren Entscheidung aus dem Jahr 1999 hat der XIII. Zivilsenat zumindest referiert, dass nach einheitlicher Auffassung im Schrifttum für die Anwendbarkeit des Verbraucherdarlehensrechts wegen der unterschiedlichen Beteiligung des unternehmerischen Darlehensgebers maßgeblich sei, welche rechtliche Konstruktion der Vertrags- bzw. Schuldübernahme gewählt worden sei.¹⁰⁸ Für den Fall einer dreiseitigen Vertragsübernahme unter Beteiligung der ausscheidenden, der verbleibenden und der übernehmenden Partei bekräftigte der Bundesgerichtshof, dass es sich um eine Verbraucherdarlehensvereinbarung handele.¹⁰⁹ Indes konnte der Bundesgerichtshof ausdrücklich offen lassen, ob der im Schrifttum vertretenen Differenzierung zwischen einer solchen dreiseitigen Vertragsübernahme unter Mitwirkung des unternehmerischen Darlehensgebers und einer zweiseitigen Schuldübernahme allein zwischen Verbrauchern mit bloßer Genehmigung durch den Darlehensgeber ggf. doch zu folgen sein könnte.¹¹⁰

4. Instanzgerichtliche Rechtsprechung

Anschließend haben einige Instanzgerichte die Anwendbarkeit des Verbraucherschutzrechts auf zweiseitige Übernahmevereinbarungen ausdrücklich abgelehnt.

Zunächst hat das Oberlandesgericht Düsseldorf entschieden, dass der lediglich zustimmende dritte Teil (Gläubiger) nicht als Vertragspartner der Schuldübernahmevereinbarung mitwirke, sondern eine abstrakte Willenserklärung abgebe, die als Zustimmung des Berechtigten allein auf das Zustandekommen der Verfügung des Nichtberechtigten iSv § 185 Abs. 2 BGB gerichtet sei.¹¹¹ Zudem sei der zweiseitige Schuldnervertrag auch nicht vom Sinn und Zweck des Verbraucherschutzes erfasst, weil die Verbindlichkeiten – als Alternative zur Schuldübernahme im Außenverhältnis – auch ohne Beteiligung des unternehmerischen Darlehensgebers durch Erfüllungsübernahme allein im Innenverhältnis von dem Altschuldner auf den Neuschuldner verlagert werden könnten und dann ebenfalls kein Widerrufsrecht bestünde.¹¹² Da es aus Sicht des Neuschuldners unerheblich sei, ob die Verbindlichkeiten im Außenverhältnis gegenüber dem Gläubiger oder im Innen-

99 *Mairose* RNotZ 2012, 467 (472); vgl. ferner zum VerbrKrG aF *Grziwotz* MDR 1997, 432 (434); *Volmer* WM 1999, 209 (212 f.).

100 *Mairose* RNotZ 2012, 467 (472); vgl. ferner zum VerbrKrG aF *Ulmer/Masuch* JZ 1997, 654 (658); *Volmer* MittBayNot 2001, 315 (317); *Volmer* WM 1999, 209 (212 f.).

101 *Krauß*, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 8. Aufl. 2017, Rn. 1540; *Krauß*, Vermögensnachfolge in der Praxis, 5. Aufl. 2018, Rn. 2019; *Staudinger/Rieble*, BGB, Neubearb. 2017, § 414 Rn. 84; vgl. ferner zum VerbrKrG aF *Kurz* DNotZ 1997, 552 (566 f.); *Ulmer/Masuch* JZ 1997, 654 (658); *Volmer* MittBayNot 2001, 315 (316 f.); *Volmer* WM 1999, 209 (212).

102 *Staudinger/Rieble*, BGB, Neubearb. 2017, § 414 Rn. 84; vgl. ferner zum VerbrKrG aF *Kurz* DNotZ 1997, 552 (566 f.).

103 *MüKoBGB/Heinemeyer*, 8. Aufl. 2019, § 415 Rn. 5; *Mairose* RNotZ 2012, 467 (472); vgl. ferner zum VerbrKrG aF *Ulmer/Masuch*, JZ 1997, 654 (658).

104 Vgl. BGH NJW 1995, 2290 (2292) in Bezug auf eine zweiseitige Vertragsübernahme; in diese Richtung auch *Staudinger/Kessal-Wulf*, BGB, Neubearb. 2012, § 491 Rn. 22.

105 Vgl. BGH NJW 1991, 2903 (2904); NJW 1995, 2290 (2292) in Bezug auf eine zweiseitige Vertragsübernahme; ähnlich *Staudinger/Kessal-Wulf*, BGB, Neubearb. 2012, § 491 Rn. 22; nur insoweit zust. *Ulmer/Masuch* JZ 1997, 654 (654 und 656); *Volmer* MittBayNot 2001, 315 (317); aA LG Köln, 7.3.2017 – 22 O 447/16 –, Tz. 35 (nrwe.de).

106 Vgl. BGH NJW 1991, 2903 (2904); NJW-RR 1992, 593 (596); NJW-RR 1993, 243 (245) in Bezug auf eine zweiseitige Vertragsübernahme.

107 Vgl. BGH NJW 1991, 2903 (2904); NJW-RR 1992, 593 (596); NJW-RR 1993, 243 (245); NJW 1995, 2290 (2292).

108 Vgl. BGH NJW 1999, 2664 (2666).

109 BGH NJW 1999, 2664 (2666).

110 BGH NJW 1999, 2664 (2666).

111 OLG Düsseldorf MittBayNot 2001, 313 (315). So auch *Staudinger/Kessal-Wulf*, BGB, Neubearb. 2012, § 491 Rn. 22; *Kurz* DNotZ 1997, 552 (563).

112 OLG Düsseldorf MittBayNot 2001, 313 (315). Vgl. auch *Kurz* DNotZ 1997, 552 (563); *Mairose* RNotZ 2012, 467 (472); *Volmer* WM 1999, 209 (211).

verhältnis gegenüber dem Altschuldner übernommen würden, lasse sich der Schutz des Neuschuldners nicht als Argument für eine (analoge) Anwendung des Verbraucherdarlehensrechts anführen.¹¹³

Ebenso unterwarf das Oberlandesgericht Dresden die zweiseitige (Vertrags-)Übernahme – mit denkbar knapper Begründung – nicht dem Verbraucherdarlehensrecht, da es an dem gesetzlich vorausgesetzten Vertrag zwischen Verbraucher und Darlehensgeber fehle.¹¹⁴

In einer neueren Entscheidung hat sich auch das Landgericht Köln dieser Ansicht angeschlossen. Bei einer zweiseitigen Vertragsübernahme zwischen Verbrauchern existiere kein Widerrufsrecht des Neuschuldners.¹¹⁵ Dessen Schutzbedürfnis sei bei einer derivativ übernommenen Darlehensverbindlichkeit einem originären Darlehensabschluss mit dem unternehmerischen Darlehensgeber nicht vergleichbar, da der Neuschuldner als Verbraucher seinem Vertragspartner (Altschuldner) als weiterem Verbraucher nicht strukturell unterlegen sei.¹¹⁶

5. Praktische Schlussfolgerung

Trotz der überzeugenden Argumente, die von der einheitlichen Auffassung im Schrifttum und der instanzgerichtlichen Rechtsprechung vorgebracht werden, ist bis zu einer höchstrichterlichen Entscheidung aus Vorsichtsgründen davon auszugehen, dass die Verbraucherdarlehensvorschriften (weiterhin) allgemein auf Schuldübernahmevereinbarungen zwischen Altschuldner und Neuschuldner selbst ohne Beteiligung des Unternehmers analoge Anwendung finden.¹¹⁷ Zurückhaltung ist insbesondere angebracht, weil der Bundesgerichtshof in den Entscheidungen zu Bierlieferungsverträgen das Verbraucherschutzrecht auf zweiseitige Vertragsübernahmen mit anschließender Genehmigung entsprechend angewendet und keinen Willen zu einer Differenzierung erkennen lassen hat.¹¹⁸

Bei der Vertragsgestaltung sollten daher die Risiken einer etwaigen Anwendbarkeit des Verbraucherdarlehensrechts auf die befreiende Schuldübernahme ins Auge gefasst werden. Nach dem Gebot des sichersten Weges ist dem Vorschlag von *Amann* zuzustimmen, die Ablösung des Gläubigers nicht nur als „Plan B“ für den Fall der Genehmigerweigerung vorzusehen,¹¹⁹ sondern statt einer befreienden Schuldübernahme durch Schuldnervertrag iSv § 415 Abs. 1 S. 1 BGB eine allgemein gefasste Freistellungspflicht im Außenverhältnis zu vereinbaren.¹²⁰ Hierfür spricht bereits, dass beide Parteien bei Vertragsschluss zwar häufig über das Ziel einig sind, die Haftung des Veräußerers gegenüber dem Gläubiger zu beenden, sich je-

doch aufgrund der erforderlichen Genehmigung des Gläubigers ohnehin noch nicht auf einen konkreten Weg zur Erreichung der Haftungsbefreiung festlegen können.¹²¹ Daher ist es weder notwendig noch zweckmäßig, einen bestimmten Weg zu diesem Ziel vorab festzuschreiben, sondern vielmehr sinnvoll, dem Erwerber sämtliche Optionen offen zu halten.¹²²

Im Hinblick auf das Verbraucherdarlehensrecht hat die von *Amann* vorgeschlagene Lösung den Vorteil, dass sie dem Erwerber die Wahlfreiheit überlässt, ob dieser mit dem Gläubiger eine befreiende Schuldübernahme vereinbart oder eine neue Finanzierung mit demselben Gläubiger oder einem dritten Gläubiger abschließt und damit die Verbindlichkeit ablöst.¹²³ Zwischen altem und neuem Schuldner ist mithin in der notariellen Urkunde keine privative Schuldübernahme durch Schuldnervertrag nach § 415 Abs. 1 S. 1 BGB vereinbart, die den neuen Schuldner in ein konkretes Darlehen hineinzwänge und dem Verbraucherdarlehensrecht unterliegen könnte.¹²⁴ Vielmehr steht es dem an einer Schuldübernahme interessierten Erwerber frei, diese Vereinbarung im Wege des Gläubigervertrags gem. § 414 BGB unmittelbar mit dem Gläubiger außerhalb der notariellen Urkunde zu treffen.¹²⁵ Ein solcher Vertrag unterliegt nach allgemeiner Ansicht zwar der analogen Anwendung des Verbraucherdarlehensrechts, da aus Sicht der Beteiligten und im Hinblick auf das strukturelle Ungleichgewicht von Verbraucher und Unternehmer kein relevanter Unterschied besteht, ob durch Vereinbarung mit dem Gläubiger ein neuer Darlehensvertrag abgeschlossen oder ein bestehender Darlehensvertrag übernommen wird.¹²⁶ Anders als bei der Vereinbarung nach § 415 Abs. 1 S. 1 BGB kann aber der Gläubiger selbst und außerhalb des notariellen Grundstücksvertrags für die Einhaltung der Verbraucherschutzvorschriften Sorge tragen.¹²⁷

Ein Anwendungsbereich für Schuldnervereinbarungen entsprechend § 415 Abs. 1 S. 1 BGB verbleibt somit nur bei einem „Vertragsaustritt“ eines Ehegatten bei Scheidungsimmobilen (*Fall 3*), da das Verbraucherdarlehensrecht jedenfalls dann nicht erneut anwendbar ist, wenn der Erwerber bereits den ursprünglichen Darlehensver-

113 So die Bewertung von *Kurz* DNotZ 1997, 552 (563); *Volmer* MittBayNot 2001, 315 (316).

114 OLG Dresden 4.10.2006 – 8 U 639/06 –, Tz. 22 (juris).

115 LG Köln 7.3.2017 – 22 O 447/16 –, Tz. 34 (nrwe.de).

116 LG Köln 7.3.2017 – 22 O 447/16 –, Tz. 35 (nrwe.de).

117 So im Ergebnis auch *Amann* MittBayNot 2002, 245 (246 f.); *Krauβ*, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 8. Aufl. 2017, Rn. 1542; *Krauβ*, Vermögensnachfolge in der Praxis, 5. Aufl. 2018, Rn. 2021; *Schönerl/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 3175 c; in diese Richtung wohl *Kaufhold* DNotZ 1998, 254 (259).

118 BGH NJW-RR 1993, 243 (245); NJW 1995, 2290 (2292); hierzu *Volmer* WM 1999, 209 (210 f.). Vgl. auch *Kaufhold* DNotZ 1998, 254 (259); *Schönerl/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 3153 a und 3175 c, die ebenfalls ausdrücklich auf diese Rechtsprechung hinweisen.

119 Vgl. dazu bereits Abschn. C. III.3.

120 *Amann* MittBayNot 2002, 245 (245 ff.); zust. *Krauβ*, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 8. Aufl. 2017, Rn. 1542; *Krauβ*, Vermögensnachfolge in der Praxis, 5. Aufl. 2018, Rn. 2021; *Beck-NotarHB/Krauβ*, 6. Aufl. 2015, Kap. A Teil I Rn. 725; *Mayer/Geck/Mayer*, Der Übergabevertrag, 3. Aufl. 2013, § 12 Rn. 35 f.; *Schönerl/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 3153 a.

121 *Amann* MittBayNot 2002, 245 (245).

122 *Amann* MittBayNot 2002, 245 (245); ähnlich *Krauβ*, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 8. Aufl. 2017, Rn. 1542; *Krauβ*, Vermögensnachfolge in der Praxis, 5. Aufl. 2018, Rn. 2021.

123 *Amann* MittBayNot 2002, 245 (247); zust. *Krauβ*, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 8. Aufl. 2017, Rn. 1542; *Krauβ*, Vermögensnachfolge in der Praxis, 5. Aufl. 2018, Rn. 2021; *Beck-NotarHB/Krauβ*, 6. Aufl. 2015, Kap. A Teil I Rn. 725; *Mayer/Geck/Mayer*, Der Übergabevertrag, 3. Aufl. 2013, § 12 Rn. 36.

124 *Amann* MittBayNot 2002, 245 (247).

125 *Amann* MittBayNot 2002, 245 (247).

126 Vgl. *MüKoBGB/Heinemeyer*, 8. Aufl. 2019, § 414 Rn. 5; *Staudinger/Kessal-Wulf*, BGB, Neubearb. 2012, § 491 Rn. 22; *Mairose* RNotZ 2012, 467 (472); *Mayer/Geck/Mayer*, Der Übergabevertrag, 3. Aufl. 2013, § 12 Rn. 32; *MüKoBGB/Schürnbrand/Weber*, 8. Aufl. 2019, § 491 Rn. 31; ferner zum VerbrKrG aF *Büllow* ZIP 1997, 400 (402); *Kurz* DNotZ 1997, 552 (560 f.); *von Westphalen* DNotZ 1998, 33 (34 f.).

127 *Amann* MittBayNot 2002, 245 (247). Vgl. ferner *Staudinger/Kessal-Wulf*, BGB, Neubearb. 2012, § 491 Rn. 22.

trag mitunterzeichnet hat und nur der Veräußerer als Gesamtschuldner zu entlassen ist.¹²⁸

V. Inhaberschaft von Rückgewähransprüchen

Die bei Bestellung des Grundpfandrechts zwischen Alt Schuldner (Sicherungsgeber) und Gläubiger (Sicherungsnehmer) abgeschlossene Sicherungszweckvereinbarung, die die abstrakte Grundschuld mit dem besicherten Anspruch verbindet und somit die *causa* des dinglichen Rechtsgeschäfts beinhaltet (§ 1192 Abs. 1 a S. 1 BGB), begründet zugleich eine schuldrechtliche Verpflichtung des Gläubigers, die Grundschuld an den Altschuldner zurückzugewähren, soweit die besicherten Forderungen erloschen sind.¹²⁹ Der entstandene Rückgewähranspruch kann nach Wahl des Schuldners erstens durch Löschung infolge Aufhebung (§§ 875 Abs. 1, 1183, 1192 Abs. 1 BGB), zweitens durch Abtretung an ihn bzw. einen von ihm benannten Dritten (§§ 1154, 1192 Abs. 1 BGB) oder drittens durch Verzicht, der eine Eigentümergrundschuld entstehen lässt (§§ 1168, 1192 Abs. 1 BGB), erfüllt werden.¹³⁰ Die Wahl einer der Rückgewährmodalitäten ist für den Gläubiger und den Schuldner gleichermaßen bindend und führt gem. § 263 Abs. 2 BGB zur Verengung auf die gewählte Art der Rückgewähr.¹³¹

1. Problemstellung

Bei der befreienden Schuldübernahme grundpfandrechtlich gesicherter Verbindlichkeiten durch den Grundstückserwerber (Neuschuldner) gehen die Vertragsbeteiligten regelmäßig davon aus, dass der Neuschuldner zukünftig die persönlichen Forderungen bedienen und so bei wirtschaftlicher Betrachtung eine Gegenleistung in Höhe des tatsächlichen Valutastands (ggf. zuzüglich Barzahlung) erbringen wird.¹³² Zu beachten ist allerdings, dass die Rückgewähransprüche in Bezug auf die Grundschuld zunächst bei dem Altschuldner entstanden sind, sofern dieser – wie regelmäßig – zugleich Sicherungsgeber ist.¹³³ Da die Sicherungszweckvereinbarung zwischen Altschuldner und Gläubiger geschlossen wurde und der Neuschuldner nicht beteiligt war, führt ein Wechsel im Eigentum nicht ohne Weiteres zum Übergang der schuldrechtlichen Rückgewähransprüche.¹³⁴ Vielmehr lässt die Auswechslung des Schuldners

aufgrund der fortbestehenden Schuld die Rückgewähransprüche grundsätzlich unberührt.¹³⁵

Damit besteht ein Risiko, dass der Neuschuldner trotz Begleichung der besicherten persönlichen Forderungen aus der Grundschuld (weiter) haften könnte.¹³⁶ Vor diesem Hintergrund ist sicherzustellen, dass die Rückgewähransprüche nach der befreienden Schuldübernahme ausschließlich dem Neuschuldner zustehen. Denn einerseits kann der Neuschuldner nur, wenn er selbst Inhaber der Rückgewähransprüche geworden ist, diese dem Gläubiger als Einrede zur Abwehr einer unberechtigten Inanspruchnahme entgegenhalten.¹³⁷ Andererseits verhindert die Zuordnung der Rückgewähransprüche zum Neuschuldner, dass sonst der Altschuldner (bzw. dessen Gläubiger) später die Abtretung der Grundschuld an sich oder einen Dritten verlangen und daraus gegen den Neuschuldner in den Grundbesitz vollstrecken könnte.¹³⁸

Ähnlich gelagert ist die Problematik für die praktisch selteneren Eigentümerrechte, die bei Verzicht auf die Grundschuld (§ 1168 Abs. 1 BGB), bei einer – sicherungsvertraglich üblicherweise ausgeschlossenen – Zahlung auf die Grundschuld selbst (§§ 1143 Abs. 1 S. 1, 1192 Abs. 1 BGB) und bei rechtsgeschäftlicher Übertragung der Grundschuld auf den Eigentümer (§ 873 Abs. 1 BGB) eine Rolle spielen können.¹³⁹

Nach ständiger Rechtsprechung enthält bereits die Vereinbarung über die Übernahme eines durch Grundschuld gesicherten Darlehens eine stillschweigende Abtretung von Rückgewähransprüchen und Eigentümerrechten an den Übernehmer, weil dieser sonst aus der übernommenen Darlehensverbindlichkeit und der Grundschuld doppelt in Anspruch genommen werden könnte.¹⁴⁰ Die hierzu ergangenen Entscheidungen halfen also dem Neuschuldner mit einer ergänzenden Auslegung von Urkunden, in denen ausdrückliche Regelungen zum Schicksal der Rückgewähransprüche fehlten. Trotz dieser „Reparatur“ durch die Rechtsprechung sollte der Notar solche Zweifelsfälle durch vertragliche Regelungen vermeiden und den Erwerber sicher vor einer über die Schuldübernahme hinausgehenden (doppelten) Inanspruchnahme schützen.¹⁴¹

2. Bedingte Abtretung der Rückgewähransprüche

Zumeist wird als (Minimal-)Lösung empfohlen, die Rückgewähransprüche hinsichtlich der übernommenen Grund-

128 Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 8. Aufl. 2017, Rn. 1538.

129 Vgl. zur Rechtsnatur ausführlich Müller RNotZ 2012, 199 (200 ff.); ferner Bülow, Recht der Kreditsicherheiten, 9. Aufl. 2017, Rn. 320; KEHE/Keller, Grundbuchrecht, 8. Aufl. 2019, Einl. § 7 Rn. 48; Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 8. Aufl. 2017, Rn. 2887; Krauß, Vermögensnachfolge in der Praxis, 5. Aufl. 2018, Rn. 2037; MüKoBGB/Lieder, 7. Aufl. 2017, § 1191 Rn. 146; WürzburgNotarHB/Munzig, 5. Aufl. 2018, Teil 2 Kap. 9 Rn. 83; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 2335.

130 Vgl. hierzu BGH NJW 1985, 800 (801); NJW 1986, 2108 (2109); DNotZ 1989, 618 (619); NJW-RR 1994, 847 (848); DNotZ 2014, 929 (930 f.), Tz. 11; BeckNotarHB/Everts, 6. Aufl. 2015, Kap. A Teil VI Rn. 65; KEHE/Keller, Grundbuchrecht, 8. Aufl. 2019, Einl. § 7 Rn. 48; MüKoBGB/Lieder, 7. Aufl. 2017, § 1191 Rn. 139; Mayer/Geck/Mayer, Der Übergabevertrag, 3. Aufl. 2013, § 12 Rn. 53; Müller RNotZ 2012, 199 (201); WürzburgNotarHB/Munzig, 5. Aufl. 2018, Teil 2 Kap. 9 Rn. 84; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 2337.

131 Vgl. Müller RNotZ 2012, 199 (201); Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 2337.

132 OLG Karlsruhe, NJW-RR 2012, 146 (148).

133 Gaberdiell/Gladenbeck, Kreditsicherung durch Grundschulden, 9. Aufl. 2011, Rn. 953; Müller RNotZ 2012, 199 (202); Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 2335, Fn. 64.

134 BGH NJW 1986, 2108 (2110); Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 8. Aufl. 2017, Rn. 2888; Krauß, Vermögensnachfolge in der Praxis, 5. Aufl. 2018, Rn. 2038; Müller RNotZ 2012, 199 (202 f., 208 und 218); Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 2335.

135 BGH DNotZ 2013, 760 (764).

136 Zur Interessenlage OLG Karlsruhe, NJW-RR 2012, 146 (148); Pfeifer MittRhNotK 1998, 334 (344); Pfeifer ZNotP 1999, 117 (117 f.).

137 OLG Karlsruhe, NJW-RR 2012, 146 (148). Vgl. ferner Müller RNotZ 2012, 199 (205); Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 2338.

138 Vgl. WürzburgNotarHB/Holland, 5. Aufl. 2018, Teil 2 Kap. 6 Rn. 111; BeckNotarHB/Krauß, 6. Aufl. 2015, Kap. A Teil I Rn. 736; Mayer/Geck/Mayer, Der Übergabevertrag, 3. Aufl. 2013, § 12 Rn. 18; Müller RNotZ 2012, 199 (218); Ogilvie MittRhNotK 1990, 145 (149); Pfeifer MittRhNotK 1998, 334 (344).

139 Vgl. dazu nur Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 8. Aufl. 2017, Rn. 2883 ff.; Krauß, Vermögensnachfolge in der Praxis, 5. Aufl. 2018, Rn. 2039 ff.

140 BGH NJW 1983, 2502 (2503); DNotZ 1992, 35 (37); DNotZ 2018, 375 (379), Tz. 19; OLG Karlsruhe, NJW-RR 2012, 146 (147 f.).

141 Vgl. Müller RNotZ 2012, 199 (218); Ogilvie MittRhNotK 1990, 145 (149 f.).

schuld ausdrücklich unter der aufschiebenden Bedingung der Eigentumsumschreibung an den Neuschuldner (Erwerber) abzutreten.¹⁴² Die Abtretung ist formfrei und auch bezüglich der erst zukünftigen, durch Erledigung des Sicherungszwecks aufschiebend bedingten und noch nicht fälligen Rückgewähransprüche möglich.¹⁴³ Durch die Abtretung werden die Rückgewähransprüche einheitlich in der Hand des Neuschuldners gebündelt, um den bestehenden Gleichlauf von Rückgewähransprüchen und Eigentum nach der Schuldübernahme weiterhin zu gewährleisten.¹⁴⁴ Die an die Eigentumsumschreibung geknüpfte aufschiebende Bedingung erlaubt es, anhand des Grundbuchs den Bedingungseintritt rechtssicher festzustellen.¹⁴⁵

Es kann jedoch vorkommen, dass der Altschuldner die Rückgewähransprüche bereits zuvor formlos an einen Dritten – zB zur verstärkten Sicherung eines nachrangigen Grundpfandrechtsgläubigers oder eines Dritten – abgetreten hatte oder der Rückgewähranspruch ver- bzw. gepfändet worden ist.¹⁴⁶ Im Grundbuch lässt sich nicht feststellen, ob solche Abtretungen oder Pfändungen der Rückgewähransprüche erfolgt sind.¹⁴⁷ Problematisch ist in einem solchen Fall, dass die (weitere) Abtretung der Rückgewähransprüche an den Neuschuldner im Rahmen der Schuldübernahmevereinbarung wegen der zuvor erfolgten Abtretung an einen Dritten ins Leere geht.¹⁴⁸ Bei der (weiteren) Verfügung über die Rückgewähransprüche handelt der Altschuldner nämlich als Nichtberechtigter iSv § 185 BGB, ein gutgläubiger Erwerb von Forderungen ist aber gesetzlich nicht vorgesehen.

Soweit die Rückgewähransprüche an nachrangige Gläubiger abgetreten sind, schützt den Neuschuldner, dass nach den Sicherungszweckvereinbarungen üblicherweise eine Rückabtretung der Rückgewähransprüche an den Eigentümer (Altschuldner) bei Erledigung des Sicherungszwecks zu erfolgen hat.¹⁴⁹ Mit Ablösung der nachrangig besicherten Verbindlichkeiten erfolgt also eine Rückabtretung der Rückgewähransprüche an den Altschuldner

und wird zugleich dessen zwischenzeitliche Verfügung (Abtretung an den Erwerber) gem. § 185 Abs. 2 S. 1 Var. 2 BGB wirksam.¹⁵⁰ Dieser Mechanismus greift jedoch nicht, soweit die Rückgewähransprüche an sonstige Dritte abgetreten, an diese verpfändet oder von diesen gepfändet sein sollten.¹⁵¹

3. Reduzierung auf Löschung

Um diese Schutzlücke zu schließen, wird empfohlen, im Rahmen der Schuldübernahmevereinbarung bereits das Wahlrecht hinsichtlich der Erfüllung des Rückgewähranspruchs dahingehend auszuüben, dass Abtretung und Verzicht ausgeschlossen werden und der Anspruch auf Löschung reduziert wird.¹⁵² Insofern handelt es sich um ein Angebot an die Bank gerichtet auf die Änderung der Sicherungszweckvereinbarung.¹⁵³ Wenn die Bank von der früheren Abtretung keine Kenntnis hatte und das Angebot daher annimmt, muss ein früherer Zessionar die Reduzierung der Rückgewähransprüche gegen sich gelten lassen, da es sich um ein Rechtsgeschäft iSv § 407 Abs. 1 BGB handelt, „das nach der Abtretung zwischen dem Schuldner [= Bank] und dem bisherigen Gläubiger [= Altschuldner] in Ansehung der Forderung [= Rückgewähransprüche] vorgenommen wird“.¹⁵⁴ Von der Reduzierung der Rückgewähransprüche profitiert der Neuschuldner insofern, als eine Zugriffsmöglichkeit des früheren Zessionars auf den Vertragsgrundbesitz dadurch ausgeschlossen wird, dass dieser nur noch die Löschung der Grundschuld verlangen kann.¹⁵⁵

Gegen diese Gestaltung wird jedoch angeführt, dass die Reduzierung auf Löschung zum Verlust der Grundschuld für den Neuschuldner im Falle der späteren Zwangsversteigerung aus einem nachrangigen Grundpfandrecht führe.¹⁵⁶ Da das Bargebot iSv § 49 Abs. 1 ZVG um den Betrag des vom Neuschuldner übernommenen und vom Ersteher gem. § 52 Abs. 1 S. 1 ZVG zu übernehmenden Grundpfandrechts niedriger ausfalle als das geringste Gebot iSv § 44 Abs. 1 ZVG, trete für den Neuschuldner (Vollstreckungsschuldner) eine missliche Situation ein: An sich sei er darauf angewiesen, sich diese Grundschuld nach Ablösung der Verbindlichkeiten abtreten und daraus befriedigen zu lassen, jedoch könne er von dieser Möglichkeit infolge der Reduzierung auf Löschung keinen Gebrauch mehr machen.¹⁵⁷

142 DNotI-Report 2003, 121 (122); WürzburgNotarHB/Hertel, 5. Aufl. 2018, Teil 2 Kap. 2 Rn. 440; WürzburgNotarHB/Holland, 5. Aufl. 2018, Teil 2 Kap. 6 Rn. 111; Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 8. Aufl. 2017, Rn. 1511 und 2888; Krauß, Vermögensnachfolge in der Praxis, 5. Aufl. 2018, Rn. 2038; BeckNotarHB/Krauß, 6. Aufl. 2015, Kap. A Teil I Rn. 736; Mayer/Geck/Mayer, Der Übergabevertrag, 3. Aufl. 2013, § 12 Rn. 54; Müller RNotZ 2012, 199 (218 f.); vgl. ferner die Formulierungsmuster von Münch, Die Scheidungsimmobilie, 3. Aufl. 2019, Rn. 734, 783 und 1580; Schönerl/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 849.

143 St. Rspr.: BGH NJW 1977, 247 (247); NJW 1986, 2108 (2110); DNotZ 2012, 931 (933); DNotZ 2013, 760 (761 f.), Tz. 7; vgl. ferner Müller RNotZ 2012, 199 (208); Schönerl/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 2342.

144 Vgl. Müller RNotZ 2012, 199 (218).

145 Müller RNotZ 2012, 199 (219).

146 Vgl. DNotI-Report 2003, 121 (122); Bülow, Recht der Kreditsicherheiten, 9. Aufl. 2017, Rn. 323; Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 8. Aufl. 2017, Rn. 2888; Krauß, Vermögensnachfolge in der Praxis, 5. Aufl. 2018, Rn. 2038; Müller RNotZ 2012, 199 (208 ff. und 219); Ogilvie MittRhNotK 1990, 145 (151); Rastätter BWNotZ 1990, 57 (60 f.); Schönerl/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 2343.

147 Ogilvie MittRhNotK 1990, 145 (151).

148 DNotI-Report 2003, 121 (122); WürzburgNotarHB/Hertel, 5. Aufl. 2018, Teil 2 Kap. 2 Rn. 440; Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 8. Aufl. 2017, Rn. 2896; Krauß, Vermögensnachfolge in der Praxis, 5. Aufl. 2018, Rn. 2073; Müller RNotZ 2012, 199 (208 und 210); Pfeifer MittRhNotK 1998, 334 (344); Pfeifer ZNotP 1999, 117 (117).

149 Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 8. Aufl. 2017, Rn. 2888; Krauß, Vermögensnachfolge in der Praxis, 5. Aufl. 2018, Rn. 2038; Müller RNotZ 2012, 199 (208); Ogilvie MittRhNotK 1990, 145 (151).

150 Ogilvie MittRhNotK 1990, 145 (151). Vgl. zu der Problematik mehrfacher Abtretungen der Rückgewähransprüche ferner Schönerl/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 2347 f.

151 Vgl. Ogilvie MittRhNotK 1990, 145 (151).

152 Vgl. WürzburgNotarHB/Hertel, 5. Aufl. 2018, Teil 2 Kap. 2 Rn. 440; Müller RNotZ 2012, 199 (219); Pfeifer MittRhNotK 1998, 334 (344); Pfeifer ZNotP 1999, 117 (118).

153 Vgl. Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 8. Aufl. 2017, Rn. 2907; Krauß, Vermögensnachfolge in der Praxis, 5. Aufl. 2018, Rn. 2047; Pfeifer MittRhNotK 1998, 334 (344); Pfeifer ZNotP 1999, 117 (118).

154 Vgl. auch BGH DNotZ 2013, 760 (763), Tz. 13; Gaberdiell/Gladenbeck, Kreditsicherung durch Grundschulden, 9. Aufl. 2011, Rn. 889; Müller RNotZ 2012, 199 (208); Pfeifer MittRhNotK 1998, 334 (344); Pfeifer ZNotP 1999, 117 (118).

155 Pfeifer MittRhNotK 1998, 334 (344); vgl. ferner zur Reduzierung der Rückgewähransprüche im Allgemeinen WürzburgNotarHB/Munzig, 5. Aufl. 2018, Teil 2 Kap. 9 Rn. 84.

156 Vgl. zur AGB-rechtlichen Unzulässigkeit einer Einschränkung der Rückgewähransprüche BGH DNotZ 1989, 618 (620); Müller RNotZ 2012, 199 (202); Rastätter BWNotZ 1990, 57 (61).

157 Pfeifer MittRhNotK 1998, 334 (344 f.); Pfeifer ZNotP 1999, 117 (118); aA mit zweifelhafter Begründung Müller RNotZ 2012, 199 (220).

4. Aufhebung und Neubegründung

Zur Lösung dieses Problems wird von Pfeifer vorgeschlagen, im Rahmen der Schuldübernahmevereinbarung vorzusehen, dass – jeweils aufschiebend bedingt durch die Eigentumsumschreibung – die bisherigen Rückgewähransprüche des Altschuldners aufgehoben und neue Rückgewähransprüche zugunsten des Neuschuldners originär begründet werden.¹⁵⁸ Auch insoweit handelt es sich um ein an die Bank gerichtetes Angebot auf Änderung der Sicherungsvereinbarung, wobei diese Änderung gegenüber dem früheren Zessionar nach § 407 Abs. 1 BGB wirksam ist.¹⁵⁹ Zu bedenken ist allerdings, dass der Altschuldner als früherer Zedent wegen der Vernichtung der dem früheren Zessionar bereits zuvor abgetretenen Rückgewähransprüche diesem gegenüber zum Schadensersatz verpflichtet sein kann.¹⁶⁰

Diesem Vorschlag wird wiederum entgegengehalten, dass die Rückgewähransprüche des Veräußerers (Altschuldners) bereits durch Ausscheiden aus der Sicherungszweckvereinbarung aufgehoben und in der Person des Erwerbers (Neuschuldners) durch Fortführung der Sicherungszweckvereinbarung neu begründet würden.¹⁶¹ Gleichwohl ist auch in diesem Zusammenhang eine ausdrückliche Regelung vorzugswürdig, statt sich auf vermeintlich stillschweigend eingetretene Rechtsfolgen zu verlassen.

VI. Fortbestand dinglicher Sicherheiten

*Fall 4:*¹⁶² Verkäufer V verkauft zunächst ein Grundstück an den Bauträger K1-GmbH (Erstkäufer). Unter Ausnutzung der Finanzierungsvollmacht lässt die K1-GmbH eine Grundschuld zugunsten der B-Bank beurkunden, die mit Rang vor der Auflassungsvormerkung der K1-GmbH in das Grundbuch eingetragen wird. Wenig später verkauft wiederum die K1-GmbH eine noch zu vermessende Teilfläche unter Abtretung des vormerkungsgesicherten Anspruchs auf Eigentumsübertragung und unter Übernahme der grundpfandrechtlich gesicherten Verbindlichkeiten der K1-GmbH gegenüber der B-Bank an die K2-GmbH (Zweitkäufer). Die befreiende Schuldübernahme wird von der B-Bank nach § 415 Abs. 1 S. 1 BGB genehmigt. V ist an diesen Vereinbarungen nicht beteiligt. Erst anschließend wird zunächst die K1-GmbH und dann die K2-GmbH als neue Eigentümerin eingetragen.

I. Problemstellung

In § 418 BGB ist das Schicksal von (akzessorischen) Sicherungs- und Vorzugsrechten bei einer Schuldübernahme geregelt. Während Bürgschaften und Pfandrechte infolge einer Schuldübernahme erlöschen (§ 418 Abs. 1

S. 1 BGB), treten für Hypotheken dieselben Rechtsfolgen wie bei einem Verzicht ein (§ 418 Abs. 1 S. 2 BGB), nämlich der rangerhaltende Erwerb der Hypothek als Eigentümergrundschuld durch den Grundstückseigentümer (§ 1168 Abs. 1 BGB) anstatt eines Erlöschens der Hypothek mit Aufrücken nachrangiger Grundpfandrechtsgläubiger.

Die Ratio des gesetzlich angeordneten Untergangs der Sicherungsrechte, die zugunsten der übernommenen Forderung bestellt wurden, besteht darin, dass das Risiko eines Zugriffs auf die Sicherheit wesentlich von der Person des Schuldners und dessen Bonität abhängt.¹⁶³ Da der Sicherungsgeber die Sicherheit ursprünglich im Vertrauen auf einen bestimmten Schuldner gewährt hat, soll ihm nicht zugemutet werden, dass sie ohne sein Zutun für einen anderen, dem Eigentümer möglicherweise unbekanntem und weniger sicheren Schuldner bestehen bleibt.¹⁶⁴ Aufgrund der vergleichbaren Interessenlage gilt die Regelung zur Verzichtswirkung bei der Hypothek nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und überwiegender Auffassung im Schrifttum für Sicherungsgrundschulden entsprechend, da das Schutzbedürfnis des Eigentümers und die Interessenlage vergleichbar seien, während der Unterschied der Akzessorietät bzw. Nichtakzessorietät des Sicherungsgrundpfandrechts allenfalls von untergeordneter Bedeutung sei.¹⁶⁵

Eine Ausnahme vom Grundsatz des Untergangs der Sicherheiten besteht nach § 418 Abs. 1 S. 3 BGB allerdings für den Fall, dass „derjenige, welchem der verhaftete Gegenstand zur Zeit der Schuldübernahme gehört, in diese einwilligt“. Der Grundstückseigentümer kann also auf den Schutz nach § 418 Abs. 1 S. 1 und 2 BGB mit der Folge verzichten, dass die Sicherungsgrundschuld als Fremgrundschuld zugunsten des Darlehensgebers bestehen bleibt und für die Schuld des Übernehmers forthafet.¹⁶⁶

Die Einwilligung des Eigentümers in den Übergang von Sicherheiten ist gem. § 182 Abs. 2 BGB formlos und insbesondere auch konkludent möglich. Im Regelfall, dass der Eigentümer des Grundstücks sowohl Sicherungsgeber iSv § 418 Abs. 1 BGB als auch Altschuldner der übernommenen Forderung iSv § 415 Abs. 1 S. 1 BGB ist, kommt dieser Einwilligung keine besondere Bedeutung zu, da der Grundstückseigentümer die Schuldübernahmevereinbarung selbst unterzeichnet und insofern – jedenfalls nach überwiegender Ansicht – auch die Einwilligung nach § 418 Abs. 1 S. 3 BGB ohne Weiteres konkludent erteilt

158 Pfeifer MittRhNotK 1998, 334 (345); Pfeifer ZNotP 1999, 117 (118); zust. WürzburgNotarHB/Hertel, 5. Aufl. 2018, Teil 2 Kap. 2 Rn. 440; unklar Müller RNotZ 2012, 199 (220).

159 Pfeifer MittRhNotK 1998, 334 (345); Pfeifer ZNotP 1999, 117 (118).

160 Pfeifer MittRhNotK 1998, 334 (345); Pfeifer ZNotP 1999, 117 (119).

161 Müller RNotZ 2012, 199 (220).

162 Vereinfacht abgewandelt nach BGH DNotZ 2018, 858; vgl. ähnlich auch DNotI-Report 2017, 156; Weber DNotZ 2017, 823 (824).

163 Vgl. Mot. II, S. 147; Bülow, Recht der Kreditsicherheiten, 9. Aufl. 2017, Rn. 329; Palandt/Grüneberg, BGB, 78. Aufl. 2019, § 418 Rn. 1; MüKoBGB/Heinemeyer, 8. Aufl. 2019, § 418 Rn. 1; Hoffmann MittBayNot 1997, 10 (10); Staudinger/Rieble, BGB, Neubearb. 2017, § 418 Rn. 2; Schippers MittRhNotK 1998, 69 (80 f.); Weber DNotZ 2017, 823 (823).

164 BGH WM 1966, 577 (579); NJW 1992, 2286 (2288); DNotZ 1992, 549 (550); DNotZ 2017, 858 (861 f.), Tz. 20; Bülow, Recht der Kreditsicherheiten, 9. Aufl. 2017, Rn. 329; MüKoBGB/Heinemeyer, 8. Aufl. 2019, § 418 Rn. 1; Kessler ZfIR 2017, 662 (663); Schönerl/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 2332 a.

165 St. Rspr.: BGH WM 1966, 577 (579); DNotZ 1992, 549 (550); DNotZ 2015, 673 (674), Tz. 7, (675), Tz. 14; DNotZ 2017, 858 (860), Tz. 16; zust. Palandt/Grüneberg, BGB, 78. Aufl. 2019, § 418 Rn. 1; MüKoBGB/Heinemeyer, 8. Aufl. 2019, § 418 Rn. 5; Ogilvie MittRhNotK 1990, 145 (155); aA Kessler ZfIR 2017, 662 (663); Staudinger/Rieble, BGB, Neubearb. 2017, § 418 Rn. 14; Weber DNotZ 2017, 823 (830 ff.).

166 MüKoBGB/Heinemeyer, 8. Aufl. 2019, § 418 Rn. 6; Staudinger/Rieble, BGB, Neubearb. 2017, § 418 Rn. 20.

ist.¹⁶⁷ Im Ergebnis hat § 418 Abs. 1 S. 3 BGB somit eine einschränkende Bedeutung nur bei Vier-Personen-Verhältnissen zwischen dem Gläubiger (Sicherungsnehmer), dem Eigentümer (Sicherungsgeber), dem personenverschiedenen Altschuldner, dessen Verbindlichkeit durch den Eigentümer gesichert wird, und dem diese Verbindlichkeit übernehmenden Neuschuldner.¹⁶⁸

2. Entscheidung des Bundesgerichtshofs

Zu einer solchen Konstellation (*Fall 4*) hat der Bundesgerichtshof jüngst klargestellt, dass die Einwilligung stets durch den im Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Schuldübernahme eingetragenen Grundstückseigentümer zu erfolgen habe.¹⁶⁹ Dafür spreche bereits der Wortlaut des § 418 Abs. 1 S. 3 BGB, denn das Grundstück „gehört“ bei formaler Betrachtung allein dem im Grundbuch eingetragenen Eigentümer.¹⁷⁰ Auf das „künftige“ bzw. „wirtschaftliche“ Eigentum eines bereits vormerkungsgeschützten Erwerbers komme es hingegen – selbst nach Kaufpreiszahlung – nicht an, da der Gesetzgeber mit § 418 Abs. 1 S. 3 BGB nach Sinn und Zweck „klare und bestimmte Verhältnisse“ angestrebt habe, die sich hinsichtlich der Person des Eigentümers nur anhand der Publizität des Grundbuchs und nicht anhand wirtschaftlicher Erwägungen im Einzelfall erzielen ließen.¹⁷¹

In dem vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fall standen die Grundschulden damit nicht mehr der Finanzierungsbank als Sicherheit für die übernommenen Restverbindlichkeiten zur Verfügung, sondern waren aufgrund der fehlenden Einwilligung in die Schuldübernahme kraft Gesetzes auf den ursprünglichen Eigentümer übergegangen.¹⁷² Nur durch eine Abtretung der Grundschuld zunächst vom ursprünglichen Veräußerer auf den ersten Erwerber und eine weitere Abtretung an die Finanzierungsbank mit entsprechendem Vollzug im Grundbuch konnte diese ihre Sicherheit zurückerhalten.¹⁷³

3. Praktische Schlussfolgerung

Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs führt für die notarielle Praxis vor Augen, dass auch das Sicherheitsbedürfnis des Grundpfandrechtsgläubigers bei der Urkundengestaltung hinreichend berücksichtigt werden muss, um „böse Überraschungen“¹⁷⁴ zu vermeiden. Damit eine eingetragene Sicherungsgrundschuld dem Gläubiger nach der Schuldübernahme weiterhin als Sicherheit für die über-

nommene Verbindlichkeit dienen kann, sind zwei unterschiedliche Lösungswege denkbar, die entweder im ursprünglichen Grundstücksvertrag oder in der späteren Schuldübernahmevereinbarung vorzugeben sind.

Zum einen führte der Bundesgerichtshof selbst aus, dass sich der (Erst-)Erwerber im Hinblick auf ein etwaiges Interesse Dritter an einer Schuldübernahme bereits im ersten Grundstückskaufvertrag vorab eine allgemeine Einwilligung zu dieser Vorgehensweise erteilen lassen kann.¹⁷⁵ Nach Ansicht von *Weber* soll sich eine solche konkludente Einwilligung bereits im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung aus der Finanzierungsvollmacht ergeben,¹⁷⁶ zumal die Schuldübernahme in dem vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fall erst nach Kaufpreiszahlung erfolgte und die üblichen Finanzierungsvollmachten regelmäßig eine Abtretung aller Eigentümerrechte in Bezug auf die Finanzierungsgrundschuld mit Kaufpreiszahlung an den Käufer vorsehen.¹⁷⁷ Angesichts der Entscheidung des Bundesgerichtshofs, die zur Auslegung der Finanzierungsvollmacht keine Aussage trifft und zu einem anderen Ergebnis gelangt, wird man sich auf diese Hilferwägung allerdings nicht verlassen können. Daher schlägt *Weber* vor, in der Finanzierungsvollmacht standardmäßig klarzustellen, dass der Veräußerer unwiderruflich seine Einwilligung in eine Übernahme der grundpfandrechlich gesicherten Verbindlichkeiten durch einen beliebigen Dritten erteilt.¹⁷⁸

Wenn eine solche Einwilligung des Eigentümers nicht vorab eingeholt wurde, kann noch in dem späteren Grundstücksvertrag zwischen Ersterwerber (Altschuldner) und Zweiterwerber (Neuschuldner) dem Umstand Rechnung getragen werden, dass der Ersterwerber im Zeitpunkt der Weiterveräußerung noch nicht als Eigentümer des belasteten Grundbesitzes eingetragen ist. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Einwilligung nach § 418 Abs. 1 S. 3 BGB ist nicht dieser Zeitpunkt der Vereinbarung, sondern das Wirksamwerden der Schuldübernahme im Sinne der tatbestandlichen Vollendung des Rechtsgeschäfts.¹⁷⁹ Allgemein möglich ist, die Schuldübernahme aufschiebend bedingt zu vereinbaren und dadurch den Eintritt der Schuldübernahmewirkung bis zum Eintritt der aufschiebenden Bedingung hinauszuschieben.¹⁸⁰ Im Zusammenhang mit der Übernahme vormerkungsgesicherter Verpflichtungen¹⁸¹ hat der Bundesgerichtshof in einer anderen Entscheidung festgestellt, dass eine durch die Umschreibung des Eigentums bedingte Schuldübernahme dazu geeignet ist, den Übergang des Eigentums und der übernommenen Verbindlichkeiten vom Altschuldner auf den Neuschuldner zeitgleich herbeizuführen.¹⁸² Diese Erwägung lässt sich auf § 418 Abs. 1 S. 3 BGB übertragen: Wird die Schuldübernahme aufschiebend bedingt durch die Eigentumsumschreibung vereinbart, führt dies zugleich dazu, dass die Einwilligung des ursprünglichen Eigentümers entbehrlich ist, weil die Schuldübernahme erst nach dessen Verlust des Eigentums wirksam wird.¹⁸³

167 BGH DNotZ 2014, 606 (608), Tz. 15 zur Übernahme einer vormerkungsgesicherten Verbindlichkeit; DNotZ 2015, 673 (676), Tz. 16 f. zur Vertretung von Eigentümer und Altschuldner durch denselben Geschäftsführer; *Gabardiell/Gladenbeck*, Kreditsicherung durch Grundschulden, 9. Aufl. 2011, Rn. 956; MüKoBGB/*Heinemeyer*, 8. Aufl. 2019, § 418 Rn. 7; *Hoffmann* MittBayNot 1997, 10 (10 f.); *Kessler* ZfR 2017, 662 (665); *Krauß*, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 8. Aufl. 2017, Rn. 1511; aA *Staudinger/Rieble*, BGB, Neubearb. 2017, § 418 Rn. 33.

168 Krit. im Hinblick auf diese im Gesetzgebungsverfahren fallengelassene Einschränkung *Staudinger/Rieble*, BGB, Neubearb. 2017, § 418 Rn. 30 und 32 f.

169 BGH DNotZ 2017, 858 (860), Tz. 17 ff.; aA für Sicherungsgrundschulden *Kessler* ZfR 2017, 662 (663 f.); Einwilligung durch Sicherungsgeber.

170 BGH DNotZ 2017, 858 (860), Tz. 18.

171 BGH DNotZ 2017, 858 (861), Tz. 19.

172 BGH DNotZ 2017, 858 (862), Tz. 21; vgl. zu den Konsequenzen auch *Weber* DNotZ 2017, 823 (825 f.).

173 Vgl. *Weber* DNotZ 2017, 823 (825 f.).

174 *Weber* DNotZ 2017, 823 (824).

175 BGH DNotZ 2017, 858 (861), Tz. 19.

176 *Weber* DNotZ 2017, 823 (826 ff.).

177 *Weber* DNotZ 2017, 823 (828) unter Verweis auf BGH DNotZ 2017, 858 (859), Tz. 3 f.

178 *Weber* DNotZ 2017, 823 (833 f.).

179 *Staudinger/Rieble*, BGB, Neubearb. 2017, § 418 Rn. 28.

180 *Staudinger/Rieble*, BGB, Neubearb. 2017, § 414 Rn. 76 und 79.

181 Vgl. hierzu noch Abschn. D.

182 Vgl. BGH DNotZ 2014, 606 (607 f.), Tz. 12 ff.

183 So auch *Weber* DNotZ 2017, 823 (833) ebenfalls unter Verweis auf BGH DNotZ 2014, 606.

VII. Scheitern des Kaufvertrages

Nachträgliche Schwierigkeiten können auftreten, wenn die Schuldübernahme durch den Gläubiger bereits (rückwirkend) genehmigt worden ist und anschließend das in dem Kaufvertrag begründete Grund- bzw. Kausalverhältnis noch scheitert.¹⁸⁴ Denkbar ist etwa ein Rücktritt des Veräußerers wegen Nichtzahlung eines zusätzlich vereinbarten Bar-Kaufpreises. In einer solchen Fallgestaltung wirkt sich aus, dass die mit einer Schuldübernahme bezweckte Verfügung abstrakt ist, dh von dem Grund- bzw. Kausalverhältnis zwischen bisherigem und übernehmendem Schuldner losgelöst erfolgt.¹⁸⁵ Diese Abstraktheit wird gesetzlich durch § 417 Abs. 2 BGB bekräftigt, wonach der Übernehmer gegenüber dem Gläubiger keine Einwendungen aus Mängeln des Grundverhältnisses zwischen bisherigem und übernehmendem Schuldner herleiten kann. Demzufolge berührt die Unwirksamkeit des Grundgeschäftes zwischen Alt- und Neuschuldner die Wirksamkeit der privaten Schuldübernahmevereinbarung mit dem Gläubiger grundsätzlich nicht.¹⁸⁶

Zulässig ist aber, die generelle Abstraktheit der Schuldübernahme privatautonom zu durchbrechen.¹⁸⁷ Die Rechtsprechung erkennt an, dass die Vertragsparteien – abweichend von § 417 Abs. 2 BGB – die Rechtsbeständigkeit des Grundgeschäftes durch Vereinbarung zur Bedingung der Schuldübernahmevereinbarung erheben können, sofern hinreichend konkrete Anhaltspunkte für einen entsprechenden Parteiwillen bestehen.¹⁸⁸ Die Schuldübernahme bildet dann eine untrennbare Einheit iSv § 139 BGB mit dem Grundgeschäft, sodass eine etwaige Unwirksamkeit des Grundgeschäftes zwischen Alt- und Neuschuldner auf die Schuldübernahme im Verhältnis zum Gläubiger durchschlägt und ebenfalls zu dessen Unwirksamkeit führt.¹⁸⁹

Vor diesem Hintergrund sollte in dem Grundstücksvertrag regelmäßig vereinbart werden, dass die Schuldübernahme im Verhältnis zum Gläubiger erst aufschiebend bedingt durch die Eigentumsumschreibung wirksam wird.¹⁹⁰ Entgegen der gem. § 184 Abs. 1 BGB angeordneten Rückwirkung der Genehmigung wäre der Eintritt der Rechtsfolgen der Schuldübernahme dann suspendiert, bis Leistung und Gegenleistung so gesichert sind, dass der Vertrag vollständig vollzogen wird.¹⁹¹ Zugleich wäre als weiterer Vorteil

der aufschiebenden Bedingung nicht nur die Zug-um-Zug-Abwicklung des Grundstücksvertrags, sondern auch der Fortbestand von Sicherheiten nach § 418 Abs. 1 S. 3 BGB abgesichert.¹⁹²

D. Schuldübernahme vormerkungsgesicherter Verpflichtungen

*Fall 5:*¹⁹³ Die Gemeinde G verkaufte ein Grundstück an die Eheleute E (Erstkäufer). Im Rahmen des sog. „Einheimischenmodells“ wurde G ein Ankaufsrecht für den Fall eingeräumt, dass E das Grundstück nicht mindestens zehn Jahre selbst nutzen oder innerhalb dieses Zeitraums weiterveräußern sollten, und zur Sicherung des Ankaufsrechts eine Vormerkung in das Grundbuch eingetragen. Die Eheleute E möchten das Grundstück nunmehr an die Eheleute Z (Zweitkäufer) weiterverkaufen. Z sind dazu bereit, die dem Ankaufsrecht zugrunde liegenden Verpflichtungen schuldbefreiend von E zu übernehmen. Die Vormerkung soll bestehen bleiben.

Fall 6: Mutter M hat zwei Kinder, Tochter T und Sohn S. Vor einigen Jahren hat M ein Grundstück im Wege der vorweggenommenen Erbfolge auf ihre Tochter T übertragen. M hat sich in dem Übertragungsvertrag ein durch Vormerkung gesichertes Rückübertragungsrecht für die üblichen Fallgruppen vorbehalten. Nun möchte T den Grundbesitz an S weiterveräußern. M ist, da der Grundbesitz „in der Familie bleibt“, mit der Weiterveräußerung einverstanden, möchte aber, dass ihr Rückübertragungsrecht zukünftig gegen S erhalten bleibt.

I. Problemstellung

Nach § 883 Abs. 1 S. 1 BGB kann zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung oder Aufhebung eines Rechts an einem Grundstück eine Vormerkung in das Grundbuch eingetragen werden. Üblicherweise werden bei Grundstücksverkäufen durch die öffentliche Hand im Einheimischenmodell (Fall 5) und bei Übertragungsverträgen mit Rückforderungsrechten (Fall 6) durch eine Vormerkung jeweils Rückübertragungsansprüche gesichert, deren Entstehung durch die Zuwiderhandlung des Erwerbers und das Rückforderungsverlangen des Veräußerers doppelt aufschiebend bedingt sind.¹⁹⁴ Auch für solche bedingte Ansprüche ist eine Sicherung durch Vormerkung nach § 883 Abs. 1 S. 2 BGB zulässig.

Schuldrechtlich können die der Vormerkung zugrundeliegenden Verpflichtungen gem. § 414 BGB oder § 415 Abs. 1 S. 1 BGB ohne Weiteres in schuldbefreiender Weise von einem Dritten übernommen werden.¹⁹⁵ Zweifelhaft ist

184 Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 8. Aufl. 2017, Rn. 1509; Ogilvie MittRhNotK 1990, 145 (147).

185 BGH NJW 1960, 621 (622); Palandt/Grüneberg, BGB, 78. Aufl. 2019, Überbl v § 414 Rn. 1, § 415 Rn. 2 und § 417 Rn. 4; MüKoBGB/Heinemeyer, 8. Aufl. 2019, Vor § 414 Rn. 5, § 417 Rn. 1 und 10; BeckNotarHB/Krauß, 6. Aufl. 2015, Kap. A Teil I Rn. 735; Ogilvie MittRhNotK 1990, 145 (147); Staudinger/Rieble, BGB, Neubearb. 2017, § 414 Rn. 10 und 13.

186 Vgl. Palandt/Grüneberg, BGB, 78. Aufl. 2019, § 417 Rn. 4; MüKoBGB/Heinemeyer, 8. Aufl. 2019, § 417 Rn. 10; Ogilvie MittRhNotK 1990, 145 (147).

187 Staudinger/Rieble, BGB, Neubearb. 2017, § 417 Rn. 9.

188 Vgl. BGH NJW 1960, 621 (622); Urt. v. 8.4.2003 – XI ZR 423/01 –, Tz. 20 (juris); zust. Palandt/Grüneberg, BGB, 78. Aufl. 2019, § 417 Rn. 4; Staudinger/Rieble, BGB, Neubearb. 2017, § 414 Rn. 77, § 415 Rn. 26 f. und § 417 Rn. 9.

189 BGH NJW 1960, 621 (622); Palandt/Grüneberg, BGB, 78. Aufl. 2019, § 417 Rn. 4; Ogilvie MittRhNotK 1990, 145 (147); Staudinger/Rieble, BGB, Neubearb. 2017, § 414 Rn. 77, § 415 Rn. 26 f. und § 417 Rn. 9.

190 Ogilvie MittRhNotK 1990, 145 (147); aA BeckNotarHB/Krauß, 6. Aufl. 2015, Kap. A Teil I Rn. 735: Dasselbe Ergebnis ergebe sich bereits *ipso iure* aus § 139 BGB, weil die in dem Grundstücksvertrag bestimmte Anrechnung auf den Kaufpreis bei dessen Unwirksamkeit auch zur Gesamtnichtigkeit der Schuldübernahmevereinbarung führe.

191 Vgl. zur aufschiebenden Bedingung bei der Schuldübernahme Staudinger/Rieble, BGB, Neubearb. 2017, § 414 Rn. 79.

192 Vgl. dazu bereits Abschn. C. VI.3.

193 Vereinfacht abgewandelt nach BGH DNotZ 2014, 606. Der Sachverhalt ist zB abgedruckt in NJW 2014, 2431.

194 Vgl. zur Vormerkbarkeit dieser Ansprüche nur BGH DNotZ 1997, 720 (721 ff.); MüKoBGB/Kohler, 7. Aufl. 2017, § 883 Rn. 27; Schippers MittRhNotK 1998, 69 (72 und 74); für Wiederkaufsrechte DNotI-Report 1995, 173 (174).

195 BGH DNotZ 2014, 606 (606), Tz. 9; OLG Düsseldorf, DNotZ 2012, 63 (65); Amann DNotZ 2014, 611 (611); Granderath NJW 1960, 462 (463); Kesseler ZfR 2015, 870 (873); Schippers MittRhNotK 1998, 69 (78); aA Hoche NJW 1960, 464 (465).

indes, wie sich diese Schuldübernahme auf den Vormerkungsschutz auswirkt. Über den Wortlaut des § 883 BGB hinaus ist hier als sachenrechtliche Besonderheit zu beachten, dass sich die Vormerkung zwingend gegen den Grundstückseigentümer richten muss (sog. Identitätsgebot).¹⁹⁶ Da die Vormerkung nicht vor anfänglichem, sondern nur vor nachträglichem Leistungsvermögen des Schuldners schützen soll, müssen der Schuldner des vormerkungsgesicherten Anspruchs und der Eigentümer des vormerkungsbelasteten Grundstücks bei deren Eintragung stets personenidentisch sein.¹⁹⁷ Aus diesem Grunde erlischt die Vormerkung, wenn der Übernehmer des vormerkungsgesicherten Anspruchs bei einer befreienden Schuldübernahme nicht Eigentümer des betroffenen Grundstücks wird.¹⁹⁸

Umstritten sind die Rechtsfolgen für die Vormerkung, wenn die Verpflichtungen aus dem vormerkungsgesicherten Anspruch und das Eigentum an dem vormerkungsbelasteten Grundstück exakt zeitgleich auf den Erwerber (Neuschuldner) übergehen. Nach einer Mindermeinung erlösche die Vormerkung selbst dann, da der ursprünglich gegen den Veräußerer (Altschuldner) gerichtete Anspruch infolge des Eigentümerwechsels umgestaltet werde, sodass die alte Vormerkung zu löschen sei und der Erwerber (Neuschuldner) eine neue Vormerkung bewilligen müsse.¹⁹⁹ Demgegenüber geht die überwiegende Ansicht davon aus, dass die Vormerkung bestehen bleiben könne, da der vormerkungsgesicherte Anspruch ungeachtet des Schuldnerwechsels inhaltlich unverändert bleibe und insbesondere das Identitätsgebot zu jeder Zeit gewahrt werde.²⁰⁰

Diskutiert wird ferner, ob die Vorschrift des § 418 Abs. 1 BGB für den Vormerkungsschutz entsprechend gilt, mithin

eine Einwilligung des Grundstückseigentümers analog § 418 Abs. 1 S. 3 BGB für den Übergang der Vormerkung erforderlich ist. Von Teilen des Schrifttums wird dies unter Verweis auf die Akzessorietät der Vormerkung bejaht, die damit den in § 418 Abs. 1 S. 1 und 2 BGB genannten Sicherheiten vergleichbar sei.²⁰¹ Nach anderer Ansicht könne § 418 Abs. 1 BGB insgesamt nicht analog auf die Vormerkung angewendet werden, da keine Vergleichbarkeit mit den dort geregelten Fällen bestehe, die nach Sinn und Zweck vor dem unsicheren Leistungsausfallrisiko des Schuldners schützen sollten,²⁰² während die Vormerkung der zukünftigen Erfüllung des Anspruchs auf dingliche Rechtsänderung durch den sicher leistungsfähigen Rechtsinhaber selbst diene.²⁰³

Schließlich ist umstritten, ob bei einem etwaigen Fortbestand der Vormerkung der Schuldnerwechsel in das Grundbuch einzutragen ist. Nach einer Auffassung sei die Schuldnerstellung aus Gründen der Grundbuchklarheit eintragungsfähig, damit sich aus dem Grundbuch ergebe, dass nicht mehr der Altschuldner aus der Vormerkung verpflichtet sei und der Neuschuldner das Eigentum gegenüber der Vormerkung wirksam erworben habe.²⁰⁴ Nach anderer Ansicht bestehe keine Eintragungsfähigkeit, da es für den Vormerkungsschutz des § 883 Abs. 2 BGB unerheblich sei, wer Schuldner des gesicherten Anspruchs sei, sondern es für die Frage der Vormerkungswidrigkeit einer Verfügung einzig und allein auf den Inhalt des Anspruchs ankomme.²⁰⁵ Zudem sei das formelle Grundbuchverfahren nicht dafür ausgelegt, die Schuldübernahmevereinbarung materiell auf ihre Wirksamkeit zu prüfen.²⁰⁶

II. Entscheidung des Bundesgerichtshofs

Die mit der Übernahme vormerkungsgesicherter Verpflichtungen verbundenen Rechtsfragen hat der Bundesgerichtshof im Kontext eines Weiterverkaufs eines im Einheimischenmodell erworbenen Grundstücks (*Fall 5*) dahingehend beantwortet, dass „der Schuldnerwechsel den Bestand der Vormerkung unberührt gelassen hat und nicht in das Grundbuch einzutragen ist“. ²⁰⁷ Der Fortbestand der zu dem gesicherten Anspruch streng akzessorischen Vormerkung sei aufgrund der Besonderheit der Schuldübernahme möglich, dass die Schuldübernahme – anders als die Novation – nicht zur Aufhebung des gesicherten Anspruchs und Neubegründung eines entsprechenden Anspruchs führe, sondern der An-

196 Vgl. BGH NJW 1954, 633 (634); DNotZ 1997, 720 (724); DNotI-Report 1995, 173 (176); DNotI-Report 2001, 113 (114); Amann DNotZ 1995, 252 (253); Amann DNotZ 2014, 611 (611 f.); Dembarter, GBO, 31. Aufl. 2018, Anhang zu § 44 Rn. 97; Staudinger/Gursky, BGB, Neubearb. 2013, § 883 Rn. 56 und 70; Kesseler ZfR 2015, 870 (873); MüKoBGB/Kobler, 7. Aufl. 2017, § 883 Rn. 34; Krauß notar 2012, 317 (323); Monath RNotZ 2004, 360 (364); Reymann DNotZ 2012, 65 (67); Staudinger/Rieble, BGB, Neubearb. 2017, § 418 Rn. 11; Schippers MittRhNotK 1998, 69 (75 und 80); Zimmer JZ 2014, 793 (794).

197 Vgl. BGH DNotZ 1997, 720 (724); DNotZ 2014, 606 (606), Tz. 9; DNotI-Report 2015, 57 (58); Amann DNotZ 1995, 252 (253); Amann DNotZ 2014, 611 (611 f.); MüKoBGB/Heinemeyer, 8. Aufl. 2019, § 418 Rn. 4; Hoffmann MittBayNot 1997, 10 (12); Kesseler ZfR 2015, 870 (873); MüKoBGB/Kobler, 7. Aufl. 2017, § 883 Rn. 34; Monath RNotZ 2004, 360 (364); Schippers MittRhNotK 1998, 69 (80); Schönerl/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 1493.

198 BGH DNotZ 2014, 606 (606), Tz. 9. Vgl. auch DNotI-Report 2015, 57 (58); Böhringer notar 2014, 263 (263 f.); Staudinger/Gursky, BGB, Neubearb. 2013, § 883 Rn. 68; MüKoBGB/Heinemeyer, 8. Aufl. 2019, § 418 Rn. 4; Palandt/Herrler, BGB, 78. Aufl. 2019, § 886 Rn. 5; Hoffmann MittBayNot 1997, 10 (11 f.); MüKoBGB/Kobler, 7. Aufl. 2017, § 883 Rn. 37 und § 886 Rn. 9; Krause ZfR 2014, 482 (482); Reymann DNotZ 2012, 65 (66 f.); Schippers MittRhNotK 1998, 69 (80); Zimmer JZ 2014, 793 (794).

199 Vgl. die Nachweise in BGH DNotZ 2014, 606 (607), Tz. 10 und DNotI-Report 1995, 173 (175 f.); ferner im Ergebnis Hoche NJW 1960, 464 (465); Schönerl/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 1606.

200 Vgl. die Nachweise in BGH DNotZ 2014, 606 (607), Tz. 11 und DNotI-Report 1995, 173 (175 f.); ferner OLG Düsseldorf DNotZ 2012, 63 (65) mit zust. Anm. Reymann DNotZ 2012, 65 (67); Dembarter, GBO, 31. Aufl. 2018, Anhang zu § 44 Rn. 90; Grandearth NJW 1960, 462 (462 ff.); Staudinger/Gursky, BGB, Neubearb. 2013, § 883 Rn. 68; Palandt/Herrler, BGB, 78. Aufl. 2019, § 886 Rn. 2; Hoffmann MittBayNot 1997, 10 (12); MüKoBGB/Kobler, 7. Aufl. 2017, § 883 Rn. 37 und § 886 Rn. 9; Schippers MittRhNotK 1998, 69 (79 f.); Schönerl/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 1493.

201 Vgl. die Nachweise in BGH DNotZ 2014, 606 (608), Tz. 15 und DNotI-Report 1995, 173 (176); ferner im Ergebnis Palandt/Grüneberg, BGB, 78. Aufl. 2019, § 418 Rn. 1 und § 883 Rn. 1; Schönerl/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 1493.

202 Vgl. dazu bereits Abschn. C. VI.1.

203 MüKoBGB/Heinemeyer, 8. Aufl. 2019, § 418 Rn. 4; Hoffmann MittBayNot 1997, 10 (11); Reymann DNotZ 2012, 65 (67); Staudinger/Rieble, BGB, Neubearb. 2017, § 418 Rn. 10; Schippers MittRhNotK 1998, 69 (80 f.); im Ergebnis auch Staudinger/Gursky, BGB, Neubearb. 2013, § 883 Rn. 68.

204 Vgl. die Nachweise in BGH DNotZ 2014, 606 (609), Tz. 18; ferner OLG Düsseldorf DNotZ 2012, 63 (65); Krauß notar 2012, 317 (323); Reymann DNotZ 2012, 65 (68).

205 Vgl. die Nachweise in BGH DNotZ 2014, 606 (609), Tz. 17; ferner Hoffmann MittBayNot 1997, 10 (12); Kesseler ZfR 2015, 870 (872 f.); Krause ZfR 2014, 482 (484); im Ergebnis auch Schönerl/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 1493.

206 Amann DNotZ 2014, 611 (613), zust. Kesseler ZfR 2015, 870 (873).

207 BGH DNotZ 2014, 606 (606), Tz. 7, (607), Tz. 12.

spruch unter Wahrung seiner Identität unverändert fortbestehe.²⁰⁸

Im Hinblick auf den Fortbestand von Sicherheiten nach § 418 Abs. 1 BGB ließ der Bundesgerichtshof die Streitfrage der analogen Anwendung der Vorschrift im zu entscheidenden Fall offen: Bei unterstellter analoger Anwendbarkeit gelte dies auch für § 418 Abs. 1 S. 3 BGB. Dann könne die Vormerkung in jedem Fall bestehen bleiben, da sich alle Beteiligten – Gläubiger (Vormerkungsberechtigter), Altschuldner (Veräußerer) und Neuschuldner (Erwerber) – über die Schuldübernahme einig seien.²⁰⁹ Diese Erwägung zeigt, dass der Streit um die analoge Anwendung von § 418 Abs. 1 BGB auf die Vormerkung akademischer Natur ist: Das von § 418 Abs. 1 BGB geregelte Auseinanderfallen von Eigentümer und Sicherungsgeber ist aufgrund des Identitätsgebots bei der Vormerkung nicht denkbar.²¹⁰ Wird nämlich infolge einer Schuldübernahme die Schuld vom Eigentum getrennt (Schuldübernahme ohne gleichzeitigen Eigentumserwerb), erlischt die Vormerkung schon aus sachenrechtlichen Gründen, ohne dass es des Rückgriffs auf § 418 Abs. 1 BGB bedarf.²¹¹ Besteht demgegenüber vor und nach der Schuldübernahme jeweils die Identität von Schuldner des vormerkungsgesicherten Anspruchs und Eigentümer des vormerkungsbelasteten Grundstücks, unterstellt der Bundesgerichtshof aufgrund der Mitwirkung des Eigentümers auch die Einwilligung iSv § 418 Abs. 1 S. 3 BGB.²¹²

Schließlich erteilte der Bundesgerichtshof der Forderung nach einer Eintragung des Schuldnerwechsels in das Grundbuch eine Absage.²¹³ Die Eintragung der Vormerkung diene einerseits dem Schutz des Gläubigers eines schuldrechtlichen, auf die Änderung der dinglichen Rechtslage gerichteten Anspruchs vor dessen Vereitelung durch zwischenzeitliche Verfügungen oder Zwangsvollstreckungsmaßnahmen sowie andererseits der Publizität gegenüber Dritten, die damit rechnen müssten, vormerkungswidrig erworbene Rechte an dem vormerkungsbelasteten Grundstück gem. § 883 Abs. 2 BGB wieder zu verlieren.²¹⁴ Dieser Schutzzweck werde auch erreicht, wenn ein Schuldnerwechsel nicht in das Grundbuch eingetragen werde.²¹⁵ Der (jeweilige) Schuldner und der Schuldgrund seien von Anfang an nicht im Grundbuch zu bezeichnen,²¹⁶ da das Grundbuch nur die Eigentumsverhältnisse, dinglichen Belastungen und Rangverhältnisse wiedergebe, wohingegen die Person des Schuldners allein das Schuldverhältnis zwischen dem Gläubiger und seinem

Schuldner betreffe und für die dingliche Rechtslage ohne Bedeutung sei.²¹⁷

III. Praktische Schlussfolgerungen

Aus der Argumentation des Bundesgerichtshofs lässt sich für die Übernahme vormerkungsgesicherter Verpflichtungen ein aus dem Identitätsgebot fortentwickeltes „Synchronisierungsgebot“²¹⁸ ableiten.²¹⁹ Das Erlöschen der Vormerkung kann nur dadurch verhindert werden, dass die Übernahme der vormerkungsgesicherten Schuld zeitgleich mit dem Eigentumserwerb erfolgt. Für die Vertragsgestaltung ergibt sich daraus, dass bei der befreienden Schuldübernahme vormerkungsgesicherter Ansprüche stets an die aufschiebende Bedingung des Eigentumserwerbs durch den Neuschuldner zu denken ist.²²⁰

Allerdings ist zu bedenken, dass die aufschiebende Bedingung den Übergang der Vormerkung auf den Übernehmer des Anspruchs nicht in jedem Fall sicher gewährleistet. So hat der Bundesgerichtshof eher beiläufig erwähnt, dass die Vormerkung offenbar nur deshalb fortbestehen konnte, weil die übernommenen Verpflichtungen „ersichtlich nicht die Voreigentümer höchstpersönlich, sondern den jeweiligen Grundstückseigentümer“ betrafen.²²¹

Auf den ersten Blick erstaunt diese Formulierung. In ständiger Rechtsprechung vertritt der Bundesgerichtshof auch die Auffassung, dass es nicht möglich sei, bei Bewilligung der Vormerkung einen Schutz „gegen den jeweiligen Grundstückseigentümer“ zu erlangen, da ein solcher Anspruch auf einen schuldrechtlich unzulässigen Vertrag zu lasten Dritter – nämlich zu lasten des Sonder-/Einzelrechtsnachfolgers im Eigentum – hinausliefe.²²²

Diese Judikatur und die Entscheidung zur Schuldübernahme lassen sich nur widerspruchsfrei miteinander in Einklang bringen, wenn man davon ausgeht, dass mit dem „jeweiligen Grundstückseigentümer“ im Fall der Schuldübernahme nicht der Schuldner des vormerkungsgesicherten Anspruchs gemeint ist, sondern lediglich ein Tatbestandsmerkmal dieses Anspruchs auf Rückübertragung. Strikt zu trennen ist mithin zwischen dem übernommenen Anspruchsziel (Eigentumserwerb von dem Schuldner des vormerkungsgesicherten Anspruchs) und den Anspruchsvoraussetzungen (Rückübertragungsgründe in der Person des jeweiligen Grundstückseigentümers).²²³ Die Person, an die die Voraussetzungen des Rückübertragungsanspruchs anknüpfen („Auslöser des Rückforderungsgrunds“), kann

208 BGH DNotZ 2014, 606 (607 f.), Tz. 13 f. Vgl. ferner *Krause* ZfIR 2014, 482 (483); *Zimmer* JZ 2014, 793 (794).

209 BGH DNotZ 2014, 606 (608), Tz. 15; krit. *Kessler* ZfIR 2015, 870 (874) unter Verweis darauf, dass durch die relative Unwirksamkeit nach § 883 Abs. 2 BGB auch andere Personen betroffen seien.

210 Vgl. BGH DNotZ 2014, 606 (606), Tz. 9; *Dembarter*, GBO, 31. Aufl. 2018, Anhang zu § 44 Rn. 90; *Staudinger/Gursky*, BGB, Neubearb. 2013, § 883 Rn. 68; *Reymann* DNotZ 2012, 65 (67).

211 Überzeugend *Staudinger/Rieble*, BGB, Neubearb. 2017, § 418 Rn. 11; vgl. ferner *Palandt/Herrler*, BGB, 78. Aufl. 2019, § 886 Rn. 5.

212 Vgl. mit ähnlicher Argumentation auch *MüKoBGB/Heinemeyer*, 8. Aufl. 2019, § 418 Rn. 4; *Hoffmann* MittBayNot 1997, 10 (10 f.); *Reymann* DNotZ 2012, 65 (67); *Schippers* MittRhNotK 1998, 69 (81).

213 BGH DNotZ 2014, 606 (609), Tz. 19.

214 BGH DNotZ 2014, 606 (610), Tz. 23.

215 BGH DNotZ 2014, 606 (610), Tz. 23.

216 BGH DNotZ 2014, 606 (609), Tz. 20; vgl. ferner BGH NJW 1954, 633 (634); DNotZ 2008, 514 (515), Tz. 12; *Hoffmann* MittBayNot 1997, 10 (12); *MüKoBGB/Kobler*, 7. Aufl. 2017, § 885 Rn. 25; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 1515.

217 BGH DNotZ 2014, 606 (610), Tz. 20 und 24.

218 Vgl. ausführlich bereits *Schippers* MittRhNotK 1998, 69 (80).

219 *Staudinger/Rieble*, BGB, Neubearb. 2017, § 418 Rn. 12; ähnlich bereits *Krauß* notar 2012, 317 (323); *Schippers* MittRhNotK 1998, 69 (80); aA *Amann* DNotZ 2014, 611 (611 f.), da das Identitätsgebot nur bei der ursprünglichen Eintragung gelte.

220 *Amann* DNotZ 2014, 611 (611); *Kersten/Bühling/Basty*, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 26. Aufl. 2019, § 30 Rn. 17; *Böhringer* notar 2014, 263 (264); *Kessler* ZfIR 2015, 870 (874); früher bereits *Hoffmann* MittBayNot 1997, 10 (12); *Reymann* DNotZ 2012, 65 (68); *Schippers* MittRhNotK 1998, 69 (81).

221 BGH DNotZ 2014, 606 (607), Tz. 13. Vgl. zur Bedeutung dieser Einschränkung auch *Amann* DNotZ 2014, 611 (612); *Zimmer* JZ 2014, 793 (794).

222 BGH NJW 1966, 1656 (1657); DNotZ 1993, 506 (509); DNotZ 1997, 720 (724 f.). Vgl. ferner OLG Frankfurt, DNotZ 2009, 130 (131); DNotI-Report 1995, 173 (174); DNotI-Report 2001, 113 (115); *Amann* DNotZ 1995, 252 (259); *MüKoBGB/Kobler*, 7. Aufl. 2017, § 883 Rn. 36; *Schippers* MittRhNotK 1998, 69 (74); *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 1493.

223 Zutreffend *Kessler* ZfIR 2015, 870 (874).

generell eine andere Person als der Schuldner dieses Anspruchs auf Eigentumsübertragung sein.²²⁴ Unzulässig ist also die Erstreckung der Rückübertragungsverpflichtung auf den jeweiligen Grundstückseigentümer, zulässig ist jedoch die Einbeziehung des jeweiligen Grundstückseigentümers (zB eines späteren Erwerbers) in das Entstehen der Rückübertragungsgründe.²²⁵ Ebenso denkbar ist – wie vom Bundesgerichtshof angenommen²²⁶ –, den Tatbestand des Rückübertragungsgrunds nicht an das Verhalten einer konkreten Person, sondern an das Schicksal des Grundstücks (zB im Fall der Zwangsversteigerung) zu koppeln.²²⁷ Bei weitsichtiger Vertragsgestaltung sollte daher schon der ursprüngliche Rückforderungsanspruch inhaltlich übernahmefähig, also nicht auf den konkreten Erwerber, sondern entweder personenbezogen auf den jeweiligen Grundstückseigentümer oder objektbezogen auf den Grundbesitz formuliert werden²²⁸ – ohne jedoch den Anschein zu erwecken, dass jemand anderes als der die Vormerkung bewilligende Grundstückseigentümer Schuldner dieses Anspruchs wäre.²²⁹

Problematisch ist, dass die vom Bundesgerichtshof ange deutete Abgrenzung zwischen höchstpersönlichen, auf den konkreten Erwerber bezogenen Rückforderungsgründen auf der einen Seite und personengebundenen, auf den jeweiligen Eigentümer bezogenen Rückforderungsansprüchen auf der anderen Seite häufig nicht trennscharf gezogen werden kann, aber für den Fortbestand der Vormerkung von entscheidender Bedeutung ist.²³⁰ Wenn in dem ursprünglichen Vertrag zwischen Stadt und Erstkäufern bestimmte Pflichten der „Käufer“ begründet wurden, können damit an sich nur die an diesem Vertrag beteiligten Erst- und nicht beliebige Zweitkäufer gemeint gewesen sein.²³¹ Zu dem Rückforderungsgrund, dass „über ihr [!] Vermögen das Insolvenzverfahren eröffnet wird“, gelangte der Bundesgerichtshof dennoch zu dem fragwürdigen Ergebnis, es seien nicht nur die Erstkäufer, sondern die jeweiligen Grundstückseigentümer erfasst.²³²

Zweifelhaft ist daher, in welchem Umfang der Übernehmer genau in die Verpflichtungen des Altschuldners eintritt. Soweit der Neuschuldner auf den Altschuldner zugeschnittene Verbindlichkeiten nicht mehr erfüllen kann, kann auch keine Forderung mehr entstehen und die Vormerkung erlischt.²³³ Für den Fortbestand der Vormerkung dürfte es zwar ausreichen, wenn zumindest eine einzige Verpflichtung den Neuschuldner ebenso wie den Altschuldner treffen kann.²³⁴ Dies hat der Notar bei einer be-

absichtigten Schuldübernahme zu prüfen, da die Vormerkung nicht übergehen kann, wenn schon kein übernahmefähiger Anspruch für die Schuldübernahme „als Vehikel“ zur Verfügung steht.²³⁵ Darüber hinaus ist in jedem Einzelfall zu beurteilen, ob sich der Kreis der vormerkungsgesicherten Ansprüche infolge der Schuldübernahme verkleinert und sich dadurch der von der Vormerkung ursprünglich vermittelte Schutz des Berechtigten – möglicherweise unerwartet – verschlechtert.²³⁶ Mit letzter Gewissheit wird die Beantwortung dieser Fragen aufgrund der aufgezeigten Auslegungsschwierigkeiten kaum möglich sein.

Vor dem Hintergrund der verbleibenden Unsicherheiten und zur Erzielung von Rechtssicherheit wird im Schrifttum vorgeschlagen, aufschiebend bedingt durch den Eigentumswechsel den Inhalt des vormerkungsgesicherten Anspruchs zu ändern und ausdrücklich auf die Person des Übernehmers (Zweitkäufers) zu beziehen.²³⁷ Mangels Kongruenz²³⁸ mit dem ursprünglich vormerkungsgesicherten Anspruch sei außerdem eine entsprechende Eintragung der Inhaltsänderung bei der Vormerkung zu veranlassen.²³⁹

Insgesamt dürfte der sicherere und „sauberere“, allerdings kostenträchtigere Weg (weiterhin) darin liegen, keine Vertrags- oder Schuldübernahme zu vereinbaren, sondern jeweils mit Eigentumsumschreibung die bestehende Vormerkung gegen den Altschuldner (unter Verzicht auf die gesicherten Ansprüche) zu löschen und eine erstmalige Vormerkung gegen den Neuschuldner zu bewilligen.²⁴⁰ Nur so lässt sich der Umfang der gesicherten Ansprüche gegen den neuen Eigentümer rechtssicher (neu-)gestalten und zugleich – sofern gewünscht – die inhaltliche Ausgestaltung der Rückforderungsgründe an den neuen Grundstückseigentümer/Verpflichteten anpassen. Ein weiterer Vorteil besteht darin, dass sich der Schuldnerwechsel auch dem Grundbuch entnehmen lässt. Demgegenüber bietet sich die befreiende Schuldübernahme und ggf. Inhaltsänderung der vormerkungsgesicherten Ansprüche hauptsächlich in Fällen an, in denen die Rangwahrung der Vormerkung von besonderem Interesse ist und derselbe Rang für eine neue Vormerkung nicht zu beschaffen wäre. Allerdings wird insofern die Meinung vertreten, dass wegen der für den nachrangigen Gläubiger möglicherweise nachteiligen Auswechslung des Schuldners eine Zustimmung zur Schuldübernahme einzuholen sei.²⁴¹ Hierdurch ginge der praktische Vorteil indes wieder verloren.

224 Amann, DNotZ 1995, 252 (257); Kesslerer ZfIR 2015, 870 (875); Schippers MittRhNotK 1998, 69 (75 und 77 f.); Schönler/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 1493.

225 Schippers MittRhNotK 1998, 69 (77 f.).

226 BGH DNotZ 2014, 606 (607), Tz. 13.

227 Amann DNotZ 2014, 606 (613 f.); Kesslerer ZfIR 2015, 870 (875).

228 Amann DNotZ 2014, 606 (615); Kesslerer ZfIR 2015, 870 (875) mit Formulierungsbeispiel; ähnlich bereits Schippers MittRhNotK 1998, 69 (79).

229 Amann DNotZ 1995, 252 (257); Schippers MittRhNotK 1998, 69 (77).

230 So auch Amann DNotZ 2014, 611 (613); Zimmer JZ 2014, 793 (794). Vgl. ferner bereits DNotI-Report 1995, 173 (174 f.).

231 So auch Amann DNotZ 2014, 611 (612); ähnlich bereits Reymann DNotZ 2012, 65 (69).

232 BGH DNotZ 2014, 606 (607), Tz. 13. Amann DNotZ 2014, 611 (613) hält dies lediglich für einen „sprachliche[n] Lapsus“.

233 Vgl. Amann DNotZ 2014, 611 (613); Kesslerer ZfIR 2015, 870 (875).

234 Krit. im Hinblick auf den Widerspruch dieser Voraussetzung zur „Wiederaufladungs-Rechtsprechung“ Kesslerer ZfIR 2015, 870 (876).

235 Amann DNotZ 2014, 611 (614); ähnlich bereits Reymann DNotZ 2012, 65 (70).

236 Vgl. das Beispiel von Kesslerer ZfIR 2015, 870 (875): Die Pflicht des Erstkäufers, den Vertragsgegenstand für einen bestimmten Zeitraum selbst zu bewohnen, kann der Zweitkäufer nicht erfüllen und damit auch nicht übernehmen.

237 Amann DNotZ 2014, 611 (614); Kersten/Bühling/Basty, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 26. Aufl. 2019, § 30 Rn. 19; ähnlich bereits Reymann DNotZ 2012, 65 (69).

238 Zur Kongruenz bei „Wiederaufladung“ der Vormerkung BGH DNotZ 2000, 639 (642); DNotZ 2012, 609 (612), Tz. 18; DNotZ 2012, 763 (767), Tz. 18; DNotI-Report 2015, 57 (59 f.).

239 Amann DNotZ 2014, 611 (614 f.); Kersten/Bühling/Basty, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 26. Aufl. 2019, § 30 Rn. 20 M; Krauß notar 2012, 317 (323); offen lassend Reymann DNotZ 2012, 65 (69); Zimmer JZ 2014, 793 (794).

240 Vgl. jeweils zur Rechtslage vor der Entscheidung des Bundesgerichtshofs DNotI-Report 1995, 173 (175); Schippers MittRhNotK 1998, 69 (81) und Reymann DNotZ 2012, 65 (70); für die Übernahme eines vormerkungsgesicherten einseitigen Angebots DNotI-Report 2015, 57 (59).

241 Krause ZfIR 2014, 482 (483).

E. Beurkundungsrecht

I. Belehrungspflichten

Beurkundungsrechtlich ist der Notar zu der Belehrung im Hinblick auf die rechtliche Tragweite des Rechtsgeschäfts iSv § 17 Abs. 1 S. 1 BeurkG verpflichtet, dass eine befreiende Schuldübernahme gem. § 415 Abs. 1 Satz 1 BGB der Genehmigung des Gläubigers bedarf.²⁴²

Soweit dem Notar darüber hinaus ausnahmsweise die Grundsätze bekannt sind, nach denen der Gläubiger die Schuldübernahme üblicherweise versagt, soll der Notar aufgrund seiner allgemeinen Betreuungspflicht ferner über etwa bestehende Zweifel an der Genehmigung des konkreten Rechtsgeschäfts aufklären.²⁴³

II. Umfang der Beurkundungspflicht

Der Schuldübernahmevertrag kann grundsätzlich formfrei geschlossen werden.²⁴⁴ Allerdings teilt diese Vereinbarung ausnahmsweise das Formerfordernis des Hauptvertrages, soweit sich dessen Form (auch) auf den Leistungsgegenstand der Schuldübernahme bezieht.²⁴⁵ Aus diesem Grunde unterliegt die Vereinbarung der Schuldübernahme in Grundstücksverträgen dem Formerfordernis des § 311 b Abs. 1 S. 1 BGB, da die Gegenleistung zu den *essentialia negotii* des formbedürftigen Vertrages zählt, mit dem die Verpflichtung zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstück steht und fällt.²⁴⁶

Gleichwohl führt dieser Umstand nicht zur Mitbeurkundungspflicht der bereits bestehenden Finanzierungsvereinbarungen. Nach allgemeinen Grundsätzen wird der Umfang der Beurkundungsbedürftigkeit allein durch das materielle Recht bestimmt.²⁴⁷ Eine Mitbeurkundung bzw. Verweisung nach den Vorgaben des Beurkundungsgesetzes ist demnach zwar erforderlich, wenn der rechtsgeschäftliche Inhalt der beurkundungsbedürftigen Erklärungen durch außerhalb der Urkunde liegende Rechtsverhältnisse geregelt bzw. mitbestimmt wird, jedoch entbehrlich, wenn diese Rechtsverhältnisse nicht verändert oder erweitert werden.²⁴⁸ Bei der befreienden Schuldübernahme handelt es sich um einen solchen Fall der bloßen Bezugnahme („unechte Verweisung“) auf ein unverändert übernommenes Rechtsverhältnis mit einem Dritten.²⁴⁹ Die Be-

zeichnung des außerhalb der Urkunde vereinbarten Rechtsverhältnisses wird daher beurkundungsrechtlich lediglich als „Identifizierungsbefehl“ eingeordnet.²⁵⁰

F. Vollstreckungsrecht

I. Grundschuld und dingliche Zwangsvollstreckungsunterwerfung

Bei der ursprünglichen Bestellung des Grundpfandrechts hat sich der Altschuldner üblicherweise gem. § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO wegen des dinglichen Anspruchs aus der Grundschuld der sofortigen Zwangsvollstreckung in den belasteten Grundbesitz unterworfen. Diese Vollstreckungsunterwerfung erfolgt dabei – wie von § 800 Abs. 1 ZPO vorgegeben²⁵¹ – mit der Verlautbarung im Grundbuch, „dass die Zwangsvollstreckung aus der Urkunde gegen den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks zulässig sein soll“.

Im Zuge einer befreienden Schuldübernahme ergibt sich aus der Sicht des Gläubigers die Notwendigkeit, zukünftig gegen den Neuschuldner als neuen Eigentümer in den Grundbesitz vollstrecken zu können. Mit einer aktuellen Entscheidung hat der Bundesgerichtshof – entsprechend der einhelligen Ansicht im Schrifttum²⁵² – klargestellt, dass die nach § 800 Abs. 1 S. 1 ZPO gegen den „jeweiligen“ Eigentümer erfolgte Zwangsvollstreckungsunterwerfung nicht von den Voraussetzungen der Erteilung und Zustellung einer Rechtsnachfolgeklausel entbindet.²⁵³ Die Umschreibung der zunächst gegen den Altschuldner erteilten Vollstreckungsklausel auf den Neuschuldner kommt daher nur unter den Voraussetzungen des § 727 Abs. 1 ZPO in Betracht.

Bezüglich des dinglichen Titels ist durch den Eigentumswechsel an dem Grundstück eine Rechtsnachfolge in Form des Erwerbs der streitbefangenen (dh vollstreckungsgegenständlichen) Sache iSv §§ 727 Abs. 1, 325 Abs. 1 ZPO

242 Vgl. *Ogilvie* MittRhNotK 1990, 145 (164); *Winkler*, BeurkG, 19. Aufl. 2019, § 17 Rn. 230.

243 KG DNotZ 1973, 250 (250); zust. *Ogilvie* MittRhNotK 1990, 145 (165); *Winkler*, BeurkG, 19. Aufl. 2019, § 17 Rn. 230, Fn. 3.

244 Kersten/Bühling/*Basty*, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 26. Aufl. 2019, § 30 Rn. 1; Palandt/*Grüneberg*, BGB, 78. Aufl. 2019, Überbl v § 414 Rn. 1 und § 415 Rn. 2; MüKoBGB/*Heinemeyer*, 8. Aufl. 2019, Vor § 414 Rn. 6, § 414 Rn. 4 und § 415 Rn. 5.

245 Palandt/*Grüneberg*, BGB, 78. Aufl. 2019, Überbl v § 414 Rn. 1.

246 Vgl. Palandt/*Grüneberg*, BGB, 78. Aufl. 2019, Überbl v § 414 Rn. 1; MüKoBGB/*Heinemeyer*, 8. Aufl. 2019, § 414 Rn. 4; Eylmann/*Vaasen/Limmer*, BNotO/BeurkG, 4. Aufl. 2016, § 9 BeurkG Rn. 13; MüKoBGB/*Rubwinkel*, 8. Aufl. 2019, § 311 b Rn. 54; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 3122; Staudinger/*Schumacher*, BGB, Neubearb. 2018, § 311 b Rn. 162; *Winkler*, BeurkG, 19. Aufl. 2019, § 9 Rn. 30, 76 und § 13 a Rn. 26.

247 BGH NJW 1979, 1496 (1497); BeckNotarHB/*Bernhard*, 6. Aufl. 2015, Kap. G Rn. 183; Grziwotz/*Heinemann/Heinemann*, BeurkG, 3. Aufl. 2018, § 9 Rn. 41; Eylmann/*Vaasen/Limmer*, BNotO/BeurkG, 4. Aufl. 2016, § 9 BeurkG Rn. 11; Staudinger/*Schumacher*, BGB, Neubearb. 2018, § 311 b Rn. 152; *Winkler*, BeurkG, 19. Aufl. 2019, § 9 Rn. 27.

248 BeckNotarHB/*Bernhard*, 6. Aufl. 2015, Kap. G Rn. 183 f. und 187; Grziwotz/*Heinemann/Heinemann*, BeurkG, 3. Aufl. 2018, § 9 Rn. 41; Eylmann/*Vaasen/Limmer*, BNotO/BeurkG, 4. Aufl. 2016, § 9 BeurkG Rn. 13; MüKoBGB/*Rubwinkel*, 8. Aufl. 2019, § 311 b Rn. 71; *Winkler*, BeurkG, 19. Aufl. 2019, § 9 Rn. 76 und § 13 a Rn. 26.

249 OLG Hamm FGPrax 2014, 41 (42); BeckNotarHB/*Bernhard*, 6. Aufl. 2015, Kap. G Rn. 187; Grziwotz/*Heinemann/Heinemann*, BeurkG, 3. Aufl. 2018, § 9 Rn. 42; *Krauß*, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 8. Aufl. 2017, Rn. 80; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 3122; *Winkler*, BeurkG, 19. Aufl. 2019, § 9 Rn. 30, § 13 a Rn. 24 und 26.

250 Allg. Ansicht. Vgl. BGH DNotZ 1994, 476 (477); DNotZ 1999, 50 (51); OLG Köln, NJW-RR 1992, 623 (623); OLG Hamm FGPrax 2014, 41 (42); DNotI-Gutachten Nr. 1943, S. 2; BeckNotarHB/*Bernhard*, 6. Aufl. 2015, Kap. G Rn. 187; Grziwotz/*Heinemann/Heinemann*, BeurkG, 3. Aufl. 2018, § 9 Rn. 42; *Krauß*, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 8. Aufl. 2017, Rn. 80; Eylmann/*Vaasen/Limmer*, BNotO/BeurkG, 4. Aufl. 2016, § 9 BeurkG Rn. 13; MüKoBGB/*Rubwinkel*, 8. Aufl. 2019, § 311 b Rn. 54; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 3122; *Winkler*, BeurkG, 19. Aufl. 2019, § 9 Rn. 76 und § 13 a Rn. 26.

251 Vgl. zur umstrittenen Bedeutung der Vorschrift *Everts* MittBayNot 2008, 356 (357); MüKoZPO/*Wolfsteiner*, 5. Aufl. 2016, § 800 Rn. 1.

252 DNotI-Report 1995, 68 (69); DNotI-Report 2003, 45 (46); *Everts* MittBayNot 2008, 356 (357); *Zöller/Geimer*, ZPO, 32. Aufl. 2018, § 800 Rn. 13; *Musielak/Voit/Lackmann*, ZPO, 16. Aufl. 2019, § 800 Rn. 9; *Mayer/Geck/Mayer*, Der Übergabevertrag, 3. Aufl. 2013, § 12 Rn. 11; MüKoZPO/*Wolfsteiner*, 5. Aufl. 2016, § 800 Rn. 1.

253 BGH RNotZ 2018, 536 (538), Tz. 10 ff.

eingetreten.²⁵⁴ Diese dingliche Rechtsnachfolge ist offenkundig, da sie sich aus dem Grundbuch ergibt.²⁵⁵ Der Grundschuldgläubiger kann mithin verlangen, dass die ursprünglich gegen den Altschuldner erteilte Vollstreckungsklausel nunmehr gegen den Neuschuldner als neuen Eigentümer des vollstreckungsgegenständlichen Grundstücks umgeschrieben wird.²⁵⁶

II. Abstrakte Schulderklärung und persönliche Zwangsvollstreckungsunterwerfung

Zudem verlangen die Kreditgeber regelmäßig, dass der (Alt-)Schuldner in der Grundpfandrechtsbestellungs-urkunde ein abstraktes Schuldversprechen (§ 780 BGB) oder Schuldanerkennnis (§ 781 BGB) mit persönlicher Zwangsvollstreckungsunterwerfung in Höhe des Grundschuldbetrags nebst Zinsen und Nebenleistungen abgibt und sich insoweit ebenfalls der sofortigen Zwangsvollstreckung (§ 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO) unterwirft. Dieses Schuldversprechen oder Schuldanerkennnis ist ein einseitig verpflichtender Vertrag, mit dem ein weiterer, von dem besicherten Rechtsgrund (hier: Darlehensrückzahlungsanspruch) grundsätzlich unabhängiger Zahlungsanspruch begründet wird.²⁵⁷

Jedenfalls bei höheren Valutaständen besteht ein Interesse des Gläubigers, dass durch die Schuldübernahme keine Verschlechterung dieser persönlichen Sicherheit eintritt.²⁵⁸ Somit ist auch für die Zwangsvollstreckungsunterwerfung wegen der abstrakten Schulderklärung zu prüfen, ob die Voraussetzungen des § 727 Abs. 1 ZPO für eine Klauselumschreibung gegen den Neuschuldner vorliegen. Der Bundesgerichtshof geht in ständiger Rechtsprechung – ebenso wie weite Teile des Schrifttums²⁵⁹ – davon aus, dass die Schuldübernahme als bloße „Schuldachfolge“ keine (Gesamt-)„Rechtsnachfolge“ iSv §§ 265 Abs. 2, 325 Abs. 1, 727 Abs. 1 ZPO begründe.²⁶⁰ Diese Rechtsprechung wird teilweise als zu formalistische Wortlautbetrachtung kritisiert.²⁶¹ Im Hinblick auf § 265 Abs. 2 ZPO führe die enge Auslegung zu einem Verlust der Rechtskraftwirkung mit dem nicht prozessökonomischen

Ergebnis, dass der Neuschuldner dem Gläubiger erneut Einwendungen entgegenhalten könne, mit denen der Altschuldner nicht durchgedrungen sei.²⁶² Selbst wenn man allerdings mit dieser Mindermeinung davon ausginge, dass § 727 Abs. 1 ZPO auf die Schuldübernahme anwendbar wäre, ließe sich der Nachweis der Rechtsnachfolge praktisch kaum in der Form des § 727 Abs. 1 ZPO führen, da die nach § 415 Abs. 1 BGB erforderliche Genehmigung der Schuldübernahme durch den Gläubiger regelmäßig nicht öffentlich beglaubigt vorliegt.²⁶³

III. Praktische Schlussfolgerungen

Für die notarielle Praxis ist im Ergebnis davon auszugehen, dass eine Klauselumschreibung des gegen den Veräußerer (Altschuldner) gerichteten persönlichen Titels auf den Erwerber (Neuschuldner) nicht in Betracht kommt, da die Schuldübernahme nach Auffassung des Bundesgerichtshofs keine „Rechtsnachfolge“ im vollstreckungsrechtlichen Sinne ist.²⁶⁴ Daher wird die Genehmigung der Schuldübernahme durch den Gläubiger in der Regel nur unter der Voraussetzung in Aussicht gestellt, dass der Erwerber (Neuschuldner) wegen des Grundschuldbetrages nebst Zinsen und Nebenleistung ein neues abstraktes Schuldversprechen mit Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung abgibt.²⁶⁵ Folglich ist in der Praxis zumeist ein solches abstraktes Schuldversprechen des Erwerbers mit entsprechender Zwangsvollstreckungsunterwerfung unmittelbar in den Grundstücksvertrag aufzunehmen.²⁶⁶

254 Vgl. BGH RNotZ 2018, 536 (538), Tz. 12; DNotI-Report 1995, 68 (69); BeckNotarHB/Bernhard, 6. Aufl. 2015, Kap. G Rn. 348; Zöller/Seibel, ZPO, 32. Aufl. 2018, § 727 Rn. 17 a; Winkler RNotZ 2019, 117 (135).

255 BGH DNotZ 2001, 379 (380); DNotI-Gutachten Nr. 1943, S. 1; BeckNotarHB/Bernhard, 6. Aufl. 2015, Kap. G Rn. 348; Winkler RNotZ 2019, 117 (126); MüKoZPO/Wolfsteiner, 5. Aufl. 2016, § 726 Rn. 59.

256 So im Ergebnis auch DNotI-Gutachten Nr. 1943, S. 1; DNotI-Report 2003, 121 (121); Mayer/Geck/Mayer, Der Übergabevertrag, 3. Aufl. 2013, § 12 Rn. 11; Ogilvie MittRhNotK 1990, 145 (147); Pfeifer MittRhNotK 1998, 334 (345). Vgl. ferner Winkler RNotZ 2019, 117 (135).

257 Zur Rechtsnatur BGH DNotZ 1958, 578 (579); NJW 1976, 567 (567); NJW 1985, 1831 (1832); DNotZ 1987, 210 (211); NJW 1991, 286 (286); DNotZ 1992, 657 (658); NJW-RR 1995, 1391 (1391 f.); DNotZ 1999, 518 (519 f.); NJW 2008, 1589 (1590), Tz. 15; DNotI-Report 2019, 81 (82); Gaberdiell/Gladenbeck, Kreditsicherung durch Grundschulden, 9. Aufl. 2011, Rn. 291; MüKoBGB/Habersack, 7. Aufl. 2017, § 780 Rn. 16 und § 781 Rn. 2; WürzburgNotarHB/Munzig, 5. Aufl. 2018, Teil 2 Kap. 9 Rn. 69; Faßbender u. a./Ohmen/Roemer, Notariatskunde, 19. Aufl. 2017, § 4 Rn. 1659; Pfeifer MittRhNotK 1998, 334 (337 f.); Rastätter BWNNotZ 1990, 57 (60); Palandt/Sprau, BGB, 78. Aufl. 2019, § 780 Rn. 1 a und § 781 Rn. 2; Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde, 4. Aufl. 2019, Rn. 28.76; MüKoZPO/Wolfsteiner, 5. Aufl. 2016, § 794 Rn. 250.

258 Vgl. Ogilvie MittRhNotK 1990, 145 (147); Pfeifer MittRhNotK 1998, 334 (345); Pfeifer ZNotP 1999, 117 (120).

259 MüKoZPO/Becker-Eberhard, 5. Aufl. 2016, § 265 Rn. 55; Musielak/Voit/Foerste, ZPO, 16. Aufl. 2019, § 265 Rn. 6; MüKoZPO/Gottwald, 5. Aufl. 2016, § 325 Rn. 35 f.; Zöller/Greger, ZPO, 32. Aufl. 2018, § 265 Rn. 5 a; Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 8. Aufl. 2017, Rn. 1514; Krauß, Vermögensnachfolge in der Praxis, 5. Aufl. 2018, Rn. 2004; Musielak/Voit/Lackmann, ZPO, 16. Aufl. 2019, § 727 Rn. 3 und 6; Mayer/Geck/Mayer, Der Übergabevertrag, 3. Aufl. 2013, § 12 Rn. 9; Musielak/Voit/Musielak, ZPO, 16. Aufl. 2019, § 325 Rn. 9; Zöller/Vollkommer, ZPO, 32. Aufl. 2018, § 325 Rn. 24.

260 St. Rspr. seit BGH NJW 1973, 1700 (1700 f.); vgl. ferner BGH DNotZ 1999, 224 (226); NJW 2001, 1217 (1218).

261 Soutier MittBayNot 2011, 181 (186); Winkler RNotZ 2019, 117 (132 f.); Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde, 4. Aufl. 2019, Rn. 44.54; MüKoZPO/Wolfsteiner, 5. Aufl. 2016, § 727 Rn. 36; im Ergebnis auch Zöller/Seibel, ZPO, 32. Aufl. 2018, § 727 Rn. 16.

262 So insbesondere Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde, 4. Aufl. 2019, Rn. 44.54; MüKoZPO/Wolfsteiner, 5. Aufl. 2016, § 727 Rn. 36; aA MüKoZPO/Becker-Eberhard, 5. Aufl. 2016, § 265 Rn. 56.

263 Vgl. BeckNotarHB/Bernhard, 6. Aufl. 2015, Kap. G Rn. 320.

264 Vgl. auch DNotI-Gutachten Nr. 1943, S. 2; BeckNotarHB/Bernhard, 6. Aufl. 2015, Kap. G Rn. 348 a und 350; Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 8. Aufl. 2017, Rn. 1514; Krauß, Vermögensnachfolge in der Praxis, 5. Aufl. 2018, Rn. 2004; Mayer/Geck/Mayer, Der Übergabevertrag, 3. Aufl. 2013, § 12 Rn. 9; Ogilvie MittRhNotK 1990, 145 (147); Pfeifer MittRhNotK 1998, 334 (345); Soutier MittBayNot 2011, 181 (186); Winkler RNotZ 2019, 117 (133).

265 DNotI-Report 2003, 121 (121); WürzburgNotarHB/Holland, 5. Aufl. 2018, Teil 2 Kap. 6 Rn. 111; Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 8. Aufl. 2017, Rn. 1505 und 2907; Krauß, Vermögensnachfolge in der Praxis, 5. Aufl. 2018, Rn. 1994 und 2047; BeckNotarHB/Krauß, 6. Aufl. 2015, Kap. A Teil I Rn. 727; Mayer/Geck/Mayer, Der Übergabevertrag, 3. Aufl. 2013, § 12 Rn. 9; Ogilvie MittRhNotK 1990, 145 (147); Pfeifer MittRhNotK 1998, 334 (345).

266 DNotI-Gutachten Nr. 1943, S. 2; Amann MittBayNot 2002, 245 (245); BeckNotarHB/Bernhard, 6. Aufl. 2015, Kap. G Rn. 320; Faßbender u. a./Grauell/Barry, Notariatskunde, 19. Aufl. 2017, § 4 Rn. 64; WürzburgNotarHB/Holland, 5. Aufl. 2018, Teil 2 Kap. 6 Rn. 111; Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 8. Aufl. 2017, Rn. 1514 und 1516; Krauß, Vermögensnachfolge in der Praxis, 5. Aufl. 2018, Rn. 2004 und 2006; Mayer/Geck/Mayer, Der Übergabevertrag, 3. Aufl. 2013, § 12 Rn. 9; Ogilvie MittRhNotK 1990, 145 (147 und 155); Pfeifer ZNotP 1999, 117 (120); Soutier MittBayNot 2011, 181 (186).

Etwas anderes gilt nur, wenn der Erwerber – wie bei der bloßen Schuldhaftentlassung eines Ehegatten (*Fall 3*) – bereits ein solches Schuldversprechen anlässlich der ursprünglichen Grundpfandrechtsbestellung abgegeben hat und damit eine Wiederholung entbehrlich ist.²⁶⁷

Sofern der Gläubiger die Abgabe eines neuen Schuldanerkenntnisses nebst Zwangsvollstreckungsunterwerfung verlangt, schmälert diese zusätzliche Sicherheit allerdings die mögliche Kostenersparnis, die der Erwerber mit dem Wegfall von Gerichts- und Notarkosten für die Neubestellung einer Grundschuld durch die Schuldübernahme anstrebt.²⁶⁸ Die vorgenannten Finanzierungs erklärungen sind nämlich gegenstandsverschieden zu dem Grundstücksvertrag und können den Gegenstandswert der Urkunde – ggf. signifikant – erhöhen, sodass neben höheren Verfahrensgebühren auch höhere Vollzugs- und Betreuungsgebühren anfallen.²⁶⁹

Aus Kostengesichtspunkten ist außerdem zu beachten, dass die bei dem dinglichen Vollstreckungstitel grundsätzlich mögliche Klauselumschreibung mit weiteren Gebühren bei dem Notar verbunden wäre, der die ursprüngliche Grundschuld beurkundet hat. Soweit – wie regelmäßig – ohnehin eine persönliche Zwangsvollstreckungsunterwerfung des Erwerbers in dem späteren Grundstücksvertrag erforderlich ist, empfiehlt es sich daher, zugleich die dingliche Zwangsvollstreckungsunterwerfung durch den Erwerber wiederholen zu lassen, damit keine gebührenpflichtige Klauselumschreibung des ursprünglich gegen den Veräußerer geschaffenen Titels erfolgen muss.²⁷⁰ Zur Vereinfachung der Vollstreckung sollten alle für den vollstreckungsrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz erforderlichen Angaben unmittelbar (erneut) in den Grundstücksvertrag aufgenommen werden; dies sind in der Regel der Nennbetrag des übernommenen Grundpfandrechts mit Zinsen und Nebenleistungen ab dem Datum der Eintragung des Grundpfandrechts.²⁷¹

G. Kostenrecht

I. Verfahrensgebühr

Gem. § 109 Abs. 1 S. 1 GNotKG liegt derselbe Beurkundungsgegenstand vor, „wenn Rechtsverhältnisse zueinan-

der in einem Abhängigkeitsverhältnis stehen und das eine Rechtsverhältnis unmittelbar dem Zweck des anderen Rechtsverhältnisses dient“. Die befreiende Schuldübernahme in einem Kaufvertrag hängt gebührenrechtlich von dem Kaufvertrag als demjenigen Rechtsverhältnis ab, das die Gegenleistungspflicht begründet, wenn sie in Anrechnung auf den Kaufpreis vereinbart wird.²⁷² Die Übernahmevereinbarung ist nur als eine die Kaufpreiszahlungspflicht modifizierende Erfüllungsmodalität zu betrachten.²⁷³ Folgerichtig bestimmt § 109 Abs. 1 S. 4 Nr. 1 lit. a GNotKG, dass ein solches Abhängigkeitsverhältnis zwischen „dem Kaufvertrag und der Übernahme einer durch ein Grundpfandrecht am Kaufgrundstück gesicherten Darlehensschuld“ vorliegt. Da es sich bei Kaufvertrag und Schuldübernahme somit nur um einen einzigen Beurkundungsgegenstand handelt, gelten für die Wertermittlung in Bezug auf den Kaufgegenstand die allgemeinen Regelungen des § 47 GNotKG, ohne dass sich die Schuldübernahmevereinbarung werterhöhend auswirken würde.²⁷⁴ Aus diesem Wert entsteht die 2,0 Gebühr für das Beurkundungsverfahren nach KV Nr. 21100 GNotKG.

Etwas anderes gilt für die Erklärung des übernehmenden Schuldners gegenüber dem Gläubiger in Form eines abstrakten Schuldversprechens oder Schuldanerkenntnisses nebst Zwangsvollstreckungsunterwerfung.²⁷⁵ Eine solche Erklärung zur Finanzierung der Gegenleistung gegenüber Dritten ist nach § 110 Nr. 2 lit. a GNotKG gegenstandsverschieden zu dem Kaufvertrag und stellt einen eigenen Beurkundungsgegenstand dar. Gegenstandswert ist nach § 97 Abs. 1 GNotKG der Wert des Rechtsverhältnisses, das Beurkundungsgegenstand ist. Maßgeblich ist also der Betrag, in dessen Höhe der übernehmende Schuldner das Schuldversprechen/-anerkenntnis und die Zwangsvollstreckungsunterwerfung abgibt.²⁷⁶ Aus diesem Geschäftswert ist die für einseitige Erklärungen anfallende 1,0 Gebühr aus KV Nr. 21200 GNotKG zu berechnen.

Für die gesonderte Berechnung der beiden Gebühren mit unterschiedlichen Gebührensätzen ist abschließend die Gegenprobe gem. § 94 Abs. 1, 2. Hs. GNotKG durchzuführen und im Wege der Vergleichsberechnung zu er-

267 Krauß, Vermögensnachfolge in der Praxis, 5. Aufl. 2018, Rn. 2023 f.

268 Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 8. Aufl. 2017, Rn. 2881 und 2910.

269 DNotl-Report 2003, 121 (121); Faßbender u. a./Grauell/Barry, Notariatskunde, 19. Aufl. 2017, § 4 Rn. 64; BeckNotarHB/Krauß, 6. Aufl. 2015, Kap. A Teil I Rn. 727.

270 Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 8. Aufl. 2017, Rn. 1513 und 1517; Krauß, Vermögensnachfolge in der Praxis, 5. Aufl. 2018, Rn. 2003 und 2008; Mayer/Geck/Mayer, Der Übergabevertrag, 3. Aufl. 2013, § 12 Rn. 11; Ogilvie MittRhNotK 1990, 145 (147); Pfeifer MittRhNotK 1998, 334 (345); Pfeifer ZNotP 1999, 117 (120).

271 Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 8. Aufl. 2017, Rn. 1505, 1515 f. und 2911; Krauß, Vermögensnachfolge in der Praxis, 5. Aufl. 2018, Rn. 1994, 2006 und 2048; BeckNotarHB/Krauß, 6. Aufl. 2015, Kap. A Teil I Rn. 734; Mayer/Geck/Mayer, Der Übergabevertrag, 3. Aufl. 2013, § 12 Rn. 9; Ogilvie MittRhNotK 1990, 145 (147); Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 849, Fn. 7. Rechtlich zwingend ist dies allerdings nicht, da der Anspruch selbst auch außerhalb der Urkunde begründet worden sein kann und nur die Unterwerfungserklärung als solche beurkundungspflichtig ist, vgl. BGH DNotZ 1979, 928 (929); DNotl-Gutachten Nr. 1943, S. 2; BeckNotarHB/Bernhard, 6. Aufl. 2015, Kap. G Rn. 322; Ogilvie MittRhNotK 1990, 145 (147); Winkler, BeurkG, 19. Aufl. 2019, § 9 Rn. 77.

272 Vgl. Bormann/Diehn/Sommerfeldt/Bormann, GNotKG, 3. Aufl. 2019, § 109 Rn. 15 und § 110 Rn. 8; Korintenberg/Diehn, GNotKG, 20. Aufl. 2017, § 109 Rn. 171 f. und 306; Faßbender u. a./Grauell/Barry, Notariatskunde, 19. Aufl. 2017, § 4 Rn. 63; Korintenberg/Tiedtke, GNotKG, 20. Aufl. 2017, § 47 Rn. 18 und 29.

273 Schneider/Volpert/Fölsch/Heisel, Gesamtes Kostenrecht, 2. Aufl. 2017, § 109 GNotKG Rn. 14.

274 Streifzug durch das GNotKG, 12. Aufl. 2017, Rn. 2311; Faßbender u. a./Grauell/Barry, Notariatskunde, 19. Aufl. 2017, § 4 Rn. 63; Volpert RNotZ 2015, 146 (156).

275 Vgl. Streifzug durch das GNotKG, 12. Aufl. 2017, Rn. 2309 und 2311; Bormann/Diehn/Sommerfeldt/Bormann, GNotKG, 3. Aufl. 2019, § 109 Rn. 15 und § 110 Rn. 8; Korintenberg/Diehn, GNotKG, 20. Aufl. 2017, § 109 Rn. 175, 183, 306 und § 110 Rn. 23 ff.; Faßbender u. a./Grauell/Barry, Notariatskunde, 19. Aufl. 2017, § 4 Rn. 63; Schneider/Volpert/Fölsch/Heisel, Gesamtes Kostenrecht, 2. Aufl. 2017, § 109 GNotKG Rn. 15; Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 8. Aufl. 2017, Rn. 1514 und 2910; Krauß, Vermögensnachfolge in der Praxis, 5. Aufl. 2018, Rn. 2004; BeckNotarHB/Krauß, 6. Aufl. 2015, Kap. A Teil I Rn. 727; Schneider/Volpert/Fölsch/Macht, Gesamtes Kostenrecht, 2. Aufl. 2017, § 110 GNotKG Rn. 8; Korintenberg/Tiedtke, GNotKG, 20. Aufl. 2017, § 47 Rn. 29; Volpert RNotZ 2015, 146 (156).

276 Streifzug durch das GNotKG, 12. Aufl. 2017, Rn. 2310 und 2312; Faßbender u. a./Grauell/Barry, Notariatskunde, 19. Aufl. 2017, § 4 Rn. 63.

mitteln, ob die nach dem höchsten Gebührensatz berechnete Gebühr aus dem Gesamtbetrag der Werte günstiger ausfällt als die gesonderte Berechnung.

II. Vollzugsgebühr

Nach Vorbemerkung 2.2.1.1 Abs. 1 S. 2 Ziffer 8 GNotKG entsteht eine Vollzugsgebühr für die Anforderung und Prüfung einer Erklärung über die Zustimmung zu einer Schuldübernahme oder einer Entlassung aus der Haftung. Geschäftswert nach § 112 S. 1 GNotKG ist der (Gesamt-)Wert des Beurkundungsverfahrens, dh der gem. § 35 Abs. 1 GNotKG addierte Wert aus dem Kaufpreis und dem Wert des von dem übernehmenden Schuldner gegenüber dem Gläubiger abgegebenen Schuldversprechens/-anerkenntnisses.²⁷⁷ Aus diesem Wert ist die 0,5 Gebühr nach KV Nr. 22110 GNotKG abzurechnen. Bei weiteren Vollzugshandlungen gilt der Grundsatz, dass die Vollzugsgebühr nur einmal erhoben wird (§ 93 Abs. 1 S. 1 GNotKG).

III. Betreuungsgebühr

Schließlich übernimmt der Notar in dem Kaufvertrag verschiedene Betreuungstätigkeiten, die die übliche Fälligkeitsprüfung (KV 22200 Ziffer 2 GNotKG) und Beachtung der Umschreibungssperre (KV 22200 Ziffer 3 GNotKG) umfassen. Hinzu kommt, dass die Mitteilung der Schuldübernahmevereinbarung und Aufforderung zur Genehmigung auch die Anzeige einer Tatsache an einen Dritten zur Erzielung einer Rechtsfolge iSv KV 22200 Ziffer 3 GNotKG darstellt.²⁷⁸ Die 0,5 Gebühr aus KV 22200 GNotKG errechnet sich aus demselben Geschäftswert wie die Vollzugsgebühr (§ 112 S. 1 GNotKG) und fällt wiederum nur einmal an (§ 93 Abs. 1 S. 1 GNotKG).

H. Abschließender Formulierungsvorschlag: Freistellungspflicht im Kaufvertrag

In der Literatur finden sich zahlreiche Textbausteine für die Schuldübernahme von grundpfandrechtlich gesicherten Verbindlichkeiten in dinglicher und persönlicher Hinsicht.²⁷⁹ Im folgenden Formulierungsmuster wird entsprechend den vorstehenden Empfehlungen von einer Freistellungspflicht ausgegangen, die dem Käufer offenlässt,

entweder mit dem Gläubiger eine Schuldübernahmevereinbarung gem. § 414 BGB zu treffen oder die offenen Verbindlichkeiten des Verkäufers abzulösen.

1. Der Kaufpreis beträgt [*] (in Worten: [*] Euro).

Der Kaufpreis wird erbracht teilweise durch die Freistellung des Verkäufers von den dem Grundpfandrecht Abteilung III lfd. Nr. [] zugrunde liegenden Verbindlichkeiten (Ziffer 3) und teilweise durch Barzahlung (Ziffer 4).*

2. Der Kaufpreis ist fällig und zahlbar

- durch Freistellung des Verkäufers in Anrechnung auf den Kaufpreis von den dem Grundpfandrecht Abteilung III lfd. Nr. [*] zugrunde liegenden Forderungen gemäß nachfolgender Ziffer 3, wobei der Kaufpreis in Höhe des Freistellungsbetrags entweder durch befreiende Schuldübernahme der zugrunde liegenden Verbindlichkeiten belegt wird oder unmittelbar an den Gläubiger zur Ablösung der mit dem Grundpfandrecht gesicherten Darlehensforderungen zu zahlen ist,
- unmittelbar an die Gläubiger aller übrigen im Grundbuch eingetragenen Belastungen mit Ausnahme des Grundpfandrechts Abteilung III lfd. Nr. [*] mit denjenigen Beträgen, die diese zur Ablösung der durch die Grundpfandrechte gesicherten Darlehensforderungen verlangen,
- mit dem Restbetrag an den Verkäufer gemäß nachfolgender Ziffer 4,

innerhalb von [] Tagen, nachdem der Notar dem Käufer durch Einschreiben mitgeteilt hat, dass folgende Voraussetzungen erfüllt sind:*

- a) [Vorliegen etwaiger Genehmigungen und Negativatteste, insb. Vorkaufsrechtserklärung der zuständigen Behörde];
- b) [rangrichtige Eintragung der Vormerkung];
- c) Dem Notar liegen die Unterlagen zur Löschung aller im Grundbuch im Rang vor oder mit der Vormerkung des Käufers eingetragenen Belastungen vor, wobei sichergestellt sein muss, dass diese Belastungen mit der Zahlung des Kaufpreises gelöscht werden.

Abweichend hiervon reicht für das Grundpfandrecht Abteilung III lfd. Nr. [] aus, wenn dem Notar statt der Löschungsunterlagen eine schriftliche Erklärung des Gläubigers vorliegt, mit der der Gläubiger die schuldbefreiende Übernahme der zugrundeliegenden Verbindlichkeiten durch den Käufer unter Angabe der zum in Ziffer 3 genannten Stichtag tatsächlich bestehenden Verbindlichkeiten bestätigt und erklärt, dass das Grundpfandrecht mit Eigentumsumschreibung auf den Käufer nur noch Verbindlichkeiten des Käufers sichert. In diesem Fall muss sichergestellt sein, dass die Summe der dem übernommenen Grundpfandrecht Abteilung III lfd. Nr. [*] nach Angabe des Gläubigers zugrundeliegenden Verbindlichkeiten und der von den übrigen Grundpfandrechtsgläubigern zur Lastenfreistellung verlangten Ablösebeträge den Kaufpreis nicht übersteigt.*

3. Der Käufer – mehrere Käufer als Gesamtschuldner – verpflichtet sich, den Verkäufer zur vollständigen Entlastung im Außenverhältnis gegenüber dem Gläubiger und in Anrechnung auf den Kaufpreis von allen dem Grundpfandrecht Abteilung III lfd. Nr. [*] zugrunde

²⁷⁷ Faßbender u. a./Grauell/Barry, Notariatskunde, 19. Aufl. 2017, § 4 Rn. 63; Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 8. Aufl. 2017, Rn. 1514; Krauß, Vermögensnachfolge in der Praxis, 5. Aufl. 2018, Rn. 2004; Volpert RNotZ 2015, 146 (157).

²⁷⁸ Vgl. Bormann/Diehn/Sommerfeldt/Sommerfeldt, GNotKG, 3. Aufl. 2019, KV Vorbemerkung 2.2.1.1 Rn. 64.

²⁷⁹ Formulierungsmuster Kaufvertrag: Faßbender u. a./Grauell/Barry, Notariatskunde, 19. Aufl. 2017, § 4 Rn. 62; Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 8. Aufl. 2017, Rn. 1524; BeckNotarHB/Krauß, 6. Aufl. 2015, Kap. A Teil I Rn. 733; Ogilvie MittRhNotK 1990, 145 (157 ff.); Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 849. Übertragungsvertrag: WürzburgNotarHB/Holland, 5. Aufl. 2018, Teil 2 Kap. 6 Rn. 108; Krauß, Vermögensnachfolge in der Praxis, 5. Aufl. 2018, Rn. 2014; Mayer/Geck/Mayer, Der Übergabevertrag, 3. Aufl. 2013, § 12 Rn. 45. Scheidungsfolgenvereinbarung: Münch, Die Scheidungsimmobilie, 3. Aufl. 2019, Rn. 783. Freistellung statt Schuldübernahme: Amann MittBayNot 2002, 245 (245); Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 8. Aufl. 2017, Rn. 1543; Krauß, Vermögensnachfolge in der Praxis, 5. Aufl. 2018, Rn. 2022.

liegenden Verbindlichkeiten nebst Zinsen und sonstigen Nebenleistungen mit Wirkung ab dem [*] („Stichtag“) freizustellen.

Dem Käufer steht es – nach seiner Wahl – frei, die Pflicht zur Freistellung des Verkäufers entweder durch Vereinbarung einer befreienden Schuldübernahme mit dem Gläubiger gemäß § 414 BGB oder durch vollständige Ablösung der dem Grundpfandrecht Abt. III lfd. Nr. [*] zugrunde liegenden Verbindlichkeiten zu erfüllen; maßgeblich ist allein die Beendigung der Haftung des Verkäufers gegenüber dem Gläubiger. Soweit die vorgenannten Verbindlichkeiten übernommen werden, ist die Schuldübernahme aufschiebend bedingt durch die Umschreibung des Eigentums auf den Käufer zu vereinbaren. Sind die Verbindlichkeiten zusätzlich durch ein abstraktes Schuldanerkenntnis oder Schuldversprechen des Verkäufers in der Grundpfandrechtsbestellungsurkunde gesichert, hat der Käufer auch diese Verbindlichkeiten im Nennbetrag des Grundpfandrechts nebst Zinsen und Nebenleistung aufschiebend bedingt durch die Umschreibung des Eigentums auf den Käufer zu übernehmen.

Nach Angabe des Verkäufers sichert das Grundpfandrecht Abteilung III lfd. Nr. [*], eingetragen in Höhe von [*] EUR nebst [*] % Jahreszinsen und [*] % einmaliger Nebenleistung, derzeit folgende Verbindlichkeiten des Verkäufers gegenüber dem Gläubiger [*]:

- [*] EUR zum [*], nomineller Jahreszins: [*] %, gemäß Darlehensvertrag Nr. [*] vom [*],
- [*] EUR zum [*], nomineller Jahreszins: [*] %, gemäß Darlehensvertrag Nr. [*] vom [*].

Maßgeblich für die Anrechnung auf den Kaufpreis gemäß Ziffer 1 sind nicht die vorgenannten Valutastände, sondern allein die nach Angabe des Gläubigers zum Stichtag tatsächlich bestehenden Verbindlichkeiten („Freistellungsbetrag“).

Die Bestimmungen der zwischen dem Gläubiger und dem Verkäufer geschlossenen vorbezeichneten Darlehensverträge einschließlich der Zahlungs- und Zinsbestimmungen sowie die Sicherungszweckvereinbarungen sind dem Käufer nach eigener Angabe bekannt.

Aufschiebend bedingt durch die Vereinbarung der befreienden Schuldübernahme mit dem Gläubiger und die Entlassung des Verkäufers aus der persönlichen Haftung aus etwaigen Schuldanerkenntnissen bzw. Schuldversprechen durch den Gläubiger übernimmt der Käufer – mehrere Käufer als Gesamtschuldner – das Grundpfandrecht Abteilung III lfd. Nr. [*] in dinglicher Hinsicht und wegen einer Zahlungsverpflichtung in Höhe von [*] EUR nebst [*] % Jahreszinsen und sonstiger Nebenleistung in Höhe von [*] % ab dem [*] gegenüber dem Gläubiger [*] auch die persönliche Schuldhaft im Wege eines selbstständigen Schuldversprechens (§ 780 BGB). Der Käufer – mehrere Käufer als Gesamtschuldner – unterwirft sich wegen der hiermit übernommenen Verbindlichkeiten sowohl dinglich hinsichtlich des übernommenen Grundpfandrechts Abteilung III lfd. Nr. [*] als auch persönlich gegenüber dem vorgenannten Gläubiger der sofortigen Zwangsvollstreckung in den Grundbesitz bzw. in sein gesamtes Vermögen. Der Notar darf dem Gläubiger jederzeit auf dessen Antrag ohne weiteren Nachweis der das Entstehen und die Fälligkeit der Forderung begründenden

den Tatsachen eine vollstreckbare Ausfertigung dieser Urkunde erteilen.

Aufschiebend bedingt durch die Umschreibung des Eigentums auf den Käufer tritt der Verkäufer dem dies annehmenden Käufer – mehreren Käufern zu gleichen Teilen – hiermit alle Eigentümerrechte und Rückgewähransprüche in Bezug auf das übernommene Grundpfandrecht Abt. III lfd. Nr. [*] ab. Nach Angabe des Verkäufers sind diese Rechte bislang weder abgetreten noch ver- oder gepfändet worden.

Sollte eine Vereinbarung zwischen dem Gläubiger und dem Käufer über die befreiende Schuldübernahme nicht bis zum [*] zustande kommen, insbesondere weil der Gläubiger eine solche Vereinbarung mit dem Käufer verweigert oder das Darlehen aus Anlass der Veräußerung kündigt, ist der Käufer – mehrere als Gesamtschuldner – dazu verpflichtet, das Darlehen bei Fälligkeit des Kaufpreises in Anrechnung auf den Kaufpreis abzulösen. Dem Käufer steht bei Nichtzustandekommen der Schuldübernahme kein Recht zum Rücktritt von diesem Kaufvertrag zu; es ist allein Sache des Käufers, ggf. unter Abschluss neuer Darlehensverträge die von dem Gläubiger zur Ablösung geforderten Beträge zu beschaffen.

Der Notar hat die Beteiligten darauf hingewiesen, dass eine Schuldübernahme mit dem Ziel der Schuldbefreiung des Verkäufers der Mitwirkung des Gläubigers bedarf. Der Notar wird von den Beteiligten beauftragt, dem Gläubiger eine beglaubigte Abschrift dieser Urkunde zu übersenden und den Gläubiger zu ersuchen,

- für den Fall, dass die Vereinbarung einer befreienden Schuldübernahme mit dem Käufer bis zum [*] zustande kommt, schriftlich zu bestätigen, dass der Verkäufer aus jeglicher persönlichen Schuldhaft, insbesondere aus etwaigen persönlichen Schuldversprechen und Schuldanerkenntnissen, entlassen ist und das übernommene Grundpfandrecht spätestens mit Eigentums Umschreibung nur noch Verbindlichkeiten des Käufers sichert.
- für den Fall, dass die Vereinbarung einer befreienden Schuldübernahme mit dem Käufer nicht bis zum [*] zustande kommt, die Löschungunterlagen für das Grundpfandrecht Abteilung III lfd. Nr. [*] unter Angabe etwaiger Treuhandauflagen zu erteilen.

Soweit die Freistellung des Verkäufers durch befreiende Schuldübernahme erfolgt, trägt der Käufer sämtliche von dem Gläubiger erhobenen Bearbeitungsgebühren und sonstigen einmaligen Leistungen als Nebenleistung ohne Anrechnung auf den Kaufpreis. Soweit hingegen die Freistellung durch Ablösung der bestehenden Verbindlichkeiten erfolgt, geht eine eventuell anfallende Vorfälligkeitsentschädigung zu Lasten des Verkäufers.

4. Der nach Abzug des Freistellungsbetrages (Ziffer 3) von dem Kaufpreis (Ziffer 1) verbleibende Restbetrag („Bar-Kaufpreis“) ist, soweit er nicht gemäß Ziffer 2 zur Ablösung der übrigen Grundpfandrechtsgläubiger zu verwenden ist, zahlbar unmittelbar an den Verkäufer auf dessen Konto [...].
5. Der Käufer – mehrere als Gesamtschuldner – unterwirft sich gegenüber dem Verkäufer wegen des Kaufpreises nebst etwa geschuldeter Zinsen ab dem [*] der sofortigen Zwangsvollstreckung in sein gesamtes Vermögen.

Der Notar darf dem Verkäufer jederzeit nach Absenden der Fälligkeitsmitteilung auf dessen Antrag ohne weiteren Nachweis vollstreckbare Ausfertigung erteilen.

6. Der Notar wird von den Beteiligten angewiesen, die Umschreibung des Eigentums unter folgenden Voraussetzungen zu veranlassen:

a) Sofern eine Schuldübernahme erfolgt:

Dem Notar wurde schriftlich nachgewiesen,

aa) dass der Gläubiger die Schuldübernahme bestätigt sowie erklärt hat, dass der Verkäufer aus der persönlichen Haftung aus etwaigen Schuld-
anerkennnissen bzw. Schuldversprechen in der

jeweiligen Grundpfandrechtsbestellungsurkunde entlassen ist, wobei die Erklärungen des Gläubigers an die Bedingung der Eigentums-
umschreibung geknüpft sein dürfen,

und

bb) dass der Bar-Kaufpreis (ohne etwaige Verzugs-
zinsen) gezahlt worden ist.

b) Sofern eine Ablösung der Darlehensverbindlichkei-
ten erfolgt:

Dem Notar wurde schriftlich nachgewiesen, dass der
vollständige Kaufpreis (ohne etwaige Verzugszinsen)
gezahlt worden ist. ■

NOTAR PROF. DR. HARTMUT WICKE, LL.M. (UNIV. STELLENBOSCH), MÜNCHEN

Die SE als Familienunternehmen*

Inhaltsübersicht

A. 15 Jahre Societas Europaea (SE)

B. Rechtliche Grundlagen

- I. Strukturmerkmale der SE
- II. Rechtsquellenhierarchie
- III. Das nationale Gesicht der SE
- IV. Komplexität der Rechtsanwendung

C. Wege zur Gründung einer SE

- I. Unternehmensumstrukturierung mit Mehrstaatenbezug
- II. Gründung einer SE durch Umwandlung
 1. Voraussetzungen
 2. Verfahrensablauf
- III. Gründung einer SE durch Verschmelzung
- IV. Rückumwandlung einer SE und Umwandlungsmaßnahmen nach nationalem Recht
- V. Die SE als Vorratsgesellschaft

C. Organstruktur der SE

- I. Dualistisches System
- II. Monistisches System
 1. Wesensmerkmale
 2. Verwaltungsrat
 - a) Oberleitungsbefugnis
 - b) Bestellung
 - c) Persönliche Voraussetzungen
 - d) Président directeur général (PDG) oder chief executive officer (CEO)
 3. Geschäftsführende Direktoren
 4. Gestaltungsmöglichkeiten für Familienunternehmen

5. Registerrechtliche Fragen der monistischen SE

III. Hauptversammlung

1. Zuständigkeit
2. Durchführung
3. Versammlungsleitung
4. Beschlussmehrheiten
5. Niederschrift

IV. Satzungsinhalt und -gestaltung

D. Gestaltungsspielräume bei der Arbeitnehmerbeteiligung

- I. Verhandlungsverfahren
 1. Vereinbarung über die Mitbestimmung
 2. Abbruch/Nichtaufnahme von Verhandlungen; Auffang-
lösung
- II. Perpetuierung und Neuverhandlung der Arbeitnehmerbe-
teiligung
 1. „Einfrieren“ des status quo
 2. „Ist-Zustand“ oder „Soll-Zustand“?
 3. Neuverhandlung
- III. Besonderheiten beim monistischen System
- IV. Gestaltungsmöglichkeiten bei einer mitbestimmten SE mit
dualistischem System

E. Die SE als Komplementärin

- I. SE & Co. KG
- II. SE & Co. KGaA
- III. Erosion der deutschen Mitbestimmung?

E. Schluss

A. 15 Jahre Societas Europaea (SE)

Die Societas Europaea (SE) feiert ihren 15. Geburtstag. Wenngleich sie kein Massenphänomen ist, hat die Europäische Aktiengesellschaft sich seit Inkrafttreten der SE-Verordnung am 8.10.2004 in der deutschen Wirtschaft als

eine exklusive supranationale Rechtsformvariante fest etabliert.¹ Zahlreiche prominente im Dax und M-Dax ge-

* Der Beitrag geht auf einen Vortrag zurück, den der Verfasser am 25. Oktober 2019 auf der 8. Jahrestagung des Notarrechtlichen Zentrums für Familienunternehmen an der Bucerius Law School in Hamburg gehalten hat.

1 Das European Trade Union Institute hat zum Stichtag 3.10.2019 europaweit 3253 SE ermittelt (<https://www.etui.org/Services/European-Company-SE-Database>). Laut einer Erhebung der Hans Böckler Stiftung soll es zum Stichtag 1.7.2019 aber nur 637 „normale“ SE geben („das heißt, dass hier eine wirklich operativ tätige Gesellschaft ab 5 Arbeitnehmern dahinter steht“), wovon 346 auf Deutschland fielen (s. unter www.boeckler.de). Vgl. zum Aufkommen der SE auch Bayer/J. Schmidt BB 2019, 2178 (2182); Habersack/Verse, Europäisches Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2019, 521.

listete Gesellschaften sind inzwischen als SE oder SE & Co. KGaA organisiert, gleichzeitig erfreut die Societas Europaea sich unter international tätigen mittelständischen Unternehmen zunehmender Beliebtheit. Aus dem Kreise der bekannten Familienunternehmen seien hervorgehoben die Fresenius SE & Co. KGaA, Axel Springer SE, Bertelsmann SE & Co. KGaA, die Deichmann SE und (jüngst) die Braun SE.²

Wie sich zeigen wird, bietet die SE einige Gestaltungsoptionen, die besonders für Familienunternehmen interessant sind, die im Falle einer wachstumsorientierten Umstrukturierung oder im Zuge eines bevorstehenden Börsengangs den Einfluss der Familie auf die Leitung oder Kontrolle ihrer Gesellschaft erhalten möchten. Neben dem „Image“ eines gehobenen modernen und europäischen Unternehmens bietet die SE vor allem Vorzüge im Bereich der Corporate Governance, namentlich die Wahlmöglichkeit zwischen dem klassischen dualistischen und dem monistischen Leitungssystem, und größere Freiheit in der Ausgestaltung der unternehmerischen Mitbestimmung bis hin zum Einfrieren des Status Quo vor Erreichen der maßgeblichen Schwellenwerte. Im Folgenden sollen daher nach einem Überblick über die rechtlichen Grundlagen und die Gründungsmodalitäten aus der Perspektive der notariellen Praxis Gestaltungsmöglichkeiten der SE im Hinblick auf die Organstruktur und im Bereich der Mitbestimmung mit besonderem Focus auf die Bedürfnisse von Familienunternehmen dargestellt werden.³

B. Rechtliche Grundlagen

I. Strukturmerkmale der SE

Die SE ist als supranationale Rechtsform eine genuine Schöpfung des europäischen Gemeinschaftsrechts, deren Struktur und Funktionsweise in allen Mitgliedstaaten im Grundsatz einheitlich ausgestaltet sein soll. Maßgebliche Rechtsgrundlage ist die aufgrund Art. 308 EG (ex Art. 235 EWGV, jetzt Art. 352 AEUV) erlassene Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates v. 8.10.2001⁴ (nachfolgend: SE-VO). Ihrer Rechtsnatur nach ist die SE eine Aktiengesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit, die über ein festes in Aktien zerlegtes Kapital von mindestens 120.000 Euro verfügt. Die Aktionäre schulden lediglich die Erbringung der Einlage und haften darüber hinaus nicht für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft.⁵ Eine strukturelle Besonderheit der SE gegenüber dem deutschen Aktienrecht liegt in der Wahlmöglichkeit zwischen dem herkömmlichen dualistischen System mit Vorstand und Aufsichtsrat und dem monistischen System mit einem einheitlichen Verwaltungsorgan, das zugleich Leitungs- und Überwachungsfunktionen ausübt. Da es sich bei der SE um eine Aktiengesellschaft handelt, ist sie auch börsenfähig.

II. Rechtsquellenhierarchie

Als Verordnung des Rates beansprucht die SE-VO gem. Art. 288 Abs. 1 AEUV innerhalb der EU unmittelbare Geltung, ohne dass es eines mitgliedstaatlichen Transformationsaktes bedürfte. Dennoch verzichtet die SE-VO auf eine umfassende Ausgestaltung der SE, sondern schafft nur einen Regelungsrahmen und verweist im Übrigen auf das Recht des Mitgliedstaates, in dem die SE ihren Sitz hat. Als zentrale Bestimmung zeichnet Art. 9 SE-VO die Normenhierarchie mit ihrem abgestuften System des auf die SE anwendbaren Rechts in der folgenden Reihenfolge vor:⁶

- Die SE unterliegt demzufolge in erster Linie den zwingenden Bestimmungen der SE-VO (Art. 9 lit. a SE-VO).⁷ Darin sind insbesondere geregelt die Grundstruktur der SE, ihre Gründungsmodalitäten, Fragen der Sitzverlegung und Firmierung sowie der Aufbau und die Zuständigkeit der Organe. Daneben finden sich in der SE-VO kursorische Hinweise auf Bekanntmachungen, Registereintragung, Jahresabschluss, Auflösung, Liquidation, Zahlungsunfähigkeit und Zahlungseinstellung der Gesellschaft.⁸
- Auf der zweiten Ebene stehen solche Satzungsregelungen, die durch die SE-VO ausdrücklich zugelassen werden (Art. 9 lit. b SE-VO). Es gilt damit auch auf europäischer Ebene der Grundsatz der Satzungsstrenge, der allerdings gegenüber dem deutschen Aktienrecht noch strikter ausgestaltet ist, da im Unterschied zu § 23 Abs. 5 S. 2 AktG ergänzende Regelungen nicht zugelassen sind.⁹ Die SE-VO sieht die Möglichkeit zur Satzungsgestaltung in 18 Vorschriften (zB Art. 38, Art. 40 Abs. 3, Art. 43 Abs. 2, Art. 46) ausdrücklich vor.¹⁰
- Es folgen die Rechtsvorschriften, welche die Mitgliedstaaten speziell für die SE erlassen haben (Art. 9 lit. c) Unterpunkt i) SE-VO).¹¹ Das hierzu ergangene deutsche SE-Ausführungsgesetz (SEAG) ist als Bestandteil des Gesetzes zur Einführung der Europäischen Gesellschaft (SEEG)¹² am 29.12.2004 in Kraft getreten.
- Soweit weder die SE-VO, noch die Ausführungsgesetze eine Regelung enthalten, ist auf das Recht des Sitzstaates zurückzugreifen, welches für nationale Aktien-

2 Vgl. auch *Kirchdörfer*, Handelsblatt v. 1.8.2015: „Wir sehen hier erst den Anfang einer Entwicklung“. Die SE ist auch im Sektor der Internet- und E-Commerce Unternehmen als Rechtsformalternative verbreitet, wie die prominenten Beispiele Zalando SE, Rocket Internet SE oder Cancom SE belegen, vgl. Habersack/Drinhausen/Bücker, SE-Recht, 2. Aufl. 2016, Art. 37 SE-VO Rn. 7.

3 S. auch *Wicke* MittBayNot 2006, 196.

4 Abl. EG Nr. L 294 v. 10.11.2001.

5 Vgl. Art. 1 und 4 SE-VO.

6 S. zur Normenhierarchie und Verweisungstechnik eingehend *Lutter/Hommelhoff/Hommelhoff*, Die Europäische Gesellschaft, 2005, S. 5 ff.; ferner Deutsche Notarrechtliche Vereinigung e.V./*Heckschen*, Aktuelle Tendenzen und Entwicklungen im Gesellschaftsrecht – Symposion des Instituts für Notarrecht an der Universität Würzburg 2004, S. 168 (169 f.); *Fleischer* AcP 2004, 503 (507 ff.); MünchHdB GesR IV/*Austmann*, 4. Aufl. 2015, § 83 Rn. 14 ff.; *Manz/Mayer/Schröder/Schröder*, Europäische Aktiengesellschaft, 3. Aufl. 2019, Art. 9 SE-VO Rn. 14 ff.

7 Der Bedeutungsgehalt der SE-VO ist autonom, dh nach rein europäischen Maßstäben zu ermitteln, das Monopol zur verbindlichen Auslegung hat der EuGH, s. Habersack/Drinhausen/*Schürmbrand*, SE-Recht, 2. Aufl. 2016, Art. 9 SE-VO Rn. 11 f.

8 Vgl. *Thümmel*, Die Europäische Aktiengesellschaft (SE), 2005, S. 22.

9 Vgl. Habersack/Drinhausen/*Schürmbrand*, SE-Recht, 2. Aufl. 2016, Art. 9 SE-VO Rn. 51; *FS Ulmer/Hommelhoff*, 2003, S. 267 ff.; *Schwarz*, SE-VO, 2006, Einleitung Rn. 160; Deutsche Notarrechtliche Vereinigung/*Schwarz*, S. 148 (155); s. aber auch *Lutter/Hommelhoff/Seibt*, Die Europäische Gesellschaft, 2005, S. 69.

10 S. *Wagner* NZG 2002, 985 (988); Deutsche Notarrechtliche Vereinigung/*Schwarz*, S. 148 (155).

11 Art. 9 verweist unmittelbar auf das einschlägige Sachrecht des Mitgliedstaats, vgl. *MüKoAktG/Schäfer*, 4. Aufl. 2017, Art. 9 SE-VO Rn. 16a.

12 V. 22.12.2004, BGBl. I, S. 3675.

gesellschaft gilt, also in Deutschland insbesondere auf das AktG und das UmwG (Art. 9 lit. c) Unterpunkt ii) SE-VO).

- Auf der untersten Ebene liegen die Vorschriften der Satzung der SE, die nach dem Aktienrecht des Sitzstaates zulässig sind (Art. 9 lit. c Unterpunkt iii) SE-VO).

Hinzu kommen Sondervorschriften zur Beteiligung der Arbeitnehmer. Die SE-VO wird auf europäischer Ebene insofern durch die Richtlinie zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Gesellschaft (SE-Richtlinie) flankiert, die als Richtlinie gem. Art. 288 Abs. 3 AEUV der Transformation in nationales Recht bedarf.¹³ Die Umsetzung erfolgte in Deutschland durch das SE-Beteiligungsgesetz (SEBG) als zweiter Bestandteil des SEEG. Da die Arbeitnehmerbeteiligung in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten höchst unterschiedlich ausgestaltet und insbesondere in Deutschland sehr breit angelegt ist, hat ein Dissens zum Mitbestimmungsregime die Einigung über die SE lange Zeit verhindert. Als Ergebnis der Einigung, die als „ein Unglück für Deutschland“ und als „großer Nachteil“ bezeichnet wurde,¹⁴ soll vorrangig eine Verhandlungslösung zwischen den Arbeitnehmervertretern und den zuständigen Organen der beteiligten Gesellschaften angestrebt werden (Art. 3-6 SE-RL). Zu diesem Zweck wird in einem komplizierten Verfahren ein besonderes Verhandlungsgremium der Arbeitnehmer eingesetzt (§§ 4 ff. SE-BG). Die SE kann erst eingetragen werden, wenn die Verhandlungen durch Einigung oder durch Zeitablauf abgeschlossen sind oder die Nichtaufnahme bzw. der Abbruch der Verhandlungen von Arbeitnehmerseite beschlossen wurde (Art. 12 Abs. 2 SE-VO). Wird eine Vereinbarung nicht erzielt, kommt eine Auffanglösung zum Zuge, die einerseits die Einrichtung eines besonderen SE-Betriebsrates vorsieht (§§ 22 ff. SEBG), andererseits in Abhängigkeit von der Gründungsform und der relativen Mitarbeiterzahl der beteiligten Unternehmen dem höchsten Mitbestimmungsstandard zum Durchbruch verhilft (§§ 34 ff. SEBG).¹⁵ Das deutsche Mitbestimmungsrecht findet hingegen auf die SE keine Anwendung (§ 47 Abs. 1 Nr. 1 SEBG).¹⁶

III. Das nationale Gesicht der SE

Die SE wird somit durch das Ineinandergreifen mehrerer Normschichten bestimmt. Als wichtige Konsequenz aus der Verzahnung von europäischem und mitgliedstaatlichem Recht folgt zunächst, dass die SE nicht europaweit einheitlich ausgestaltet ist, sondern dass sie je nach Sitz der Gesellschaft in unterschiedlichem Gewand auftritt. Im Ergebnis gibt es daher ebenso viele, in der Einzelausgestaltung variierende Formen der Europäischen Aktiengesellschaft wie Mitgliedstaaten in der EU.¹⁷ Demgemäß beziehen sich die nachstehenden Ausführungen primär auf die deutsche SE.¹⁸

IV. Komplexität der Rechtsanwendung

Das Nebeneinander einer Vielzahl von Rechtsquellen nationalen und europäischen Rechts führt dennoch zu einer nicht unerheblichen Komplexität in der Rechtsanwendung. Dieser Umstand und die Schwelle des Mindestkapitals von 120.000 Euro indizieren, dass die SE ihrer Konzeption nach eher auf größere, international tätige Unternehmen zugeschnitten ist.¹⁹ Bei der unternehmerischen Entscheidung für die SE muss daher ein potentiell erhöhter Rechtsberatungsaufwand einkalkuliert werden. Nicht ohne Grund wurde die SE deshalb auch als „lawyer's paradise“²⁰ bezeichnet. Wer sich mit der SE befasst, muss daher eine Vielzahl unterschiedlicher Rechtsquellen zur Hand haben. Die SE-VO und SE-RL verweisen ihrerseits auf andere Richtlinien des Europäischen Gesellschaftsrechts, deren Kenntnis in der Beratungspraxis ebenfalls erforderlich sein kann. Diese Richtlinien wurden im Jahr 2017 im Rahmen einer einheitlichen Richtlinie konsolidiert.²¹

C. Wege zur Gründung einer SE

I. Unternehmensumstrukturierung mit Mehrstaatenbezug

Die Gründung einer Europäischen Aktiengesellschaft gestaltet sich als gut beherrschbarer, aber vergleichsweise komplexer Vorgang, der sorgfältiger Vorbereitung bedarf. Das Regelwerk der SE sieht eine einfache Bar- oder Sachgründung entsprechend dem Modell der §§ 23 ff. AktG, die auch durch natürliche Personen vorgenommen werden könnte, nicht vor. Vielmehr unterliegt der Zugang zur Rechtsform der SE in mehrfacher Hinsicht Beschränkungen.²² Als Gründer einer SE kommen nur bestimmte Gesellschaftsformen in Betracht, die je nach Art der Errichtung variieren. Die beteiligten Gesellschaften müssen zudem im Regelfall einen Mehrstaatenbezug aufweisen.

Zu beachten ist darüber hinaus der numerus clausus der Gründungsformen, der in den Art. 2 und 3 der SE-VO niedergelegt ist:²³ Eine SE kann demnach errichtet werden durch Verschmelzung, Gründung einer SE als Holdinggesellschaft oder gemeinsamer Tochtergesellschaft sowie

13 Richtlinie 201/86 des Rates v. 8.10.2001, ABL EG Nr. L 294 v. 10.11.2001.

14 So Lutter BB 2005, 1 (5); vgl. auch Junker ZfA 2005, 211 (223 f.).

15 Zur Arbeitnehmerbeteiligung in der SE s. etwa Drinhausen/Eckstein/Giedinghagen, BeckHB der AG, 3. Aufl. 2018, § 19 F; Häferer/Klare NZA 2019, 352; Müller-Bonanni/Müntefering NJW 2009, 2347; Frese BB 2018, 2612.

16 Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, 4. Aufl. 2018, § 38 SEBG Rn. 6 f. mwN.

17 Vgl. Heckschen DNotZ 2003, 251 (252); Thümmel, Europäische Aktiengesellschaft, S. 22.

18 Mit Wirksamwerden des Austritts des Vereinigten Königreichs aus der EU wird einer SE mit Sitz und Hauptverwaltung in Großbritannien der gem. Art. 9 Abs. 1 a SE-VO primär auf sie anwendbare Rechtsboden entzogen, soweit und solange die SE-VO nicht nach nationalem Recht fort gilt. Durch den European Withdrawal Act (2018), ch. 16, ergänzt durch den European Withdrawal Act (2019), ch. 16 wurde das im Zeitpunkt des Ausscheidens anwendbare Europarecht und damit wohl auch die SE-VO einstweilen durch nationales Gesetz weiterhin für anwendbar erklärt. S. dazu J. Schmidt ZIP 2019, 1093 (1095); Eberhardt RIW 2019, 352; Manz/Mayer/Schröder, Europäische Aktiengesellschaft, 3. Aufl. 2019, Art. 2 Rn. 102 ff. Zu den Auswirkungen des Brexits auf britische Gesellschaften in Deutschland s. Grzeszick/Verse NZG 2019, 1129.

19 Heckschen DNotZ 2003, 251 (252); Früchtl NotBZ 2005, 244 (245).

20 Sanders, Structure and Progress of the European Company, in Schmitthof, The Harmonisation of European Company Law, 1973, 83 (89); dazu Deutsche Notarrechtliche Vereinigung/Schwarz, S. 154.

21 RL (EU) 2017, 1132 v. 14.6.2017.

22 Vgl. Habersack/Verse, Europäisches Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2019, S. 528 ff.; Lutter/Hommelhoff/Bayer, Die Europäische Gesellschaft, 2005, S. 25 (26); Horn DB 2005, 147 (148); Thümmel, Europäische Aktiengesellschaft, S. 41; Hirte DStR 2005, 653 (655 f.).

23 Habersack/Drinhausen/Habersack, SE-Recht, 2. Aufl. 2016, Art. 2 SE-VO Rn. 1; Thümmel, Europäische Aktiengesellschaft, S. 41.

durch formwechselnde Umwandlung. In diesen Konstellationen einer Primärgründung ist ein internationaler Sachverhalt, dh ein Bezug zu mehreren Mitgliedstaaten zwingende Voraussetzung. Als Sonderform einer Sekundärgründung kann ferner eine bestehende SE ihrerseits eine Tochter-SE errichten und zwar ohne, dass ein zusätzlicher Mehrstaatenbezug erforderlich wäre. In der Praxis haben vor allem die Gründung durch formwechselnde Umwandlung und durch Verschmelzung Bedeutung erlangt, die daher etwas genauer unter die Lupe genommen werden sollen (nachstehend unter II. und III.). Nicht selten wird der Gründungsvorgang auch durch den Einsatz von Vorratsgesellschaften erleichtert (dazu unter IV.), die regelmäßig zuvor als Tochter-SE errichtet wurden.

II. Gründung einer SE durch Umwandlung

1. Voraussetzungen

Für bestehende Familienunternehmen kommt in erster Linie der Weg der Gründung einer SE durch formwechselnde Umwandlung unter Wahrung der Identität des Rechtsträgers nach Art. 2 Abs. 4 SE-VO in Betracht, der in der Praxis am häufigsten besprochen wird.²⁴ Auf diese Weise entstanden sind bspw. die Porsche Automobil Holding SE, die MAN SE, die BASF SE oder die EON SE.²⁵ Die umwandlungswillige Gesellschaft muss allerdings zwingend eine Aktiengesellschaft sein, die nach dem Recht eines Mitgliedstaates gegründet worden ist, ihren Sitz sowie ihre Hauptverwaltung in der Gemeinschaft hat und seit mindestens zwei Jahren über eine dem Recht eines anderen Mitgliedstaates unterliegende Tochtergesellschaft verfügt. Unternehmen anderer Rechtsform können diese Gründungsvariante nur wählen, wenn sie in einem ersten Schritt den Formwechsel in eine Aktiengesellschaft vollziehen.²⁶ Die Umwandlung der nationalen Aktiengesellschaft in eine SE ist in Art. 37 SE-VO geregelt, die Vorschriften der SE-RiL und des SEBG sind ebenfalls anwendbar.

2. Verfahrensablauf

Der Verfahrensablauf entspricht dem etablierten unionsrechtlichen Standardschema einer gesellschaftsrechtlichen Umstrukturierung.²⁷ Am Anfang steht die Aufstellung eines (dem deutschen Recht fremden) Umwandlungsplans, dessen Inhalt mangels vorrangiger Regelung in der SE-VO oder dem SEAG in Anlehnung an § 194 UmwG zu bestimmen ist²⁸ und nach anderer Ansicht autonom aus der SE-

VO abzuleiten ist,²⁹ sowie eines Umwandlungsberichts,³⁰ welcher der Offenlegung bedarf.³¹ Vor der Hauptversammlung ist von einem unabhängigen Sachverständigen zu bestätigen, dass die Gesellschaft über eine ausreichende tatsächliche Kapitalausstattung verfügt.³² Gründungsbericht und Gründungsprüfung sind demgegenüber nach heute überwiegender Auffassung nicht erforderlich.³³ Das Leitungsorgan oder Verwaltungsorgan der Aktiengesellschaft unternimmt die erforderlichen Schritte zur Aufnahme von Verhandlungen mit den Arbeitnehmern und beruft die Hauptversammlung ein, die dem Umwandlungsplan zustimmen muss, die Satzung genehmigt und den Aufsichtsrat bzw. Verwaltungsrat bestellt. Der Zustimmungsbeschluss bedarf einer Mehrheit von drei Vierteln des bei der Beschlussfassung vertretenen Grundkapitals und ist notariell zu beurkunden.³⁴ Nach Bestellung der Vorstandsmitglieder bzw. der geschäftsführenden Direktoren folgt die Anmeldung zum Handelsregister.³⁵ Die formwechselnde Umwandlung wird mit der (bekannt zu machenden) Eintragung im Handelsregister wirksam.³⁶

III. Gründung einer SE durch Verschmelzung

Weniger häufig, aber durchaus verbreitet ist die Variante der Gründung einer SE durch Verschmelzung, die in jüngerer Zeit dem Vernehmen nach etwa von der Braun SE gewählt wurde. Die Gründung einer SE durch Verschmelzung bietet gegenüber der grenzüberschreitenden Verschmelzung nach den §§ 122 a ff. UmwG den psychologischen Vorteil, dass der Vorgang nicht als Übernahme des Unternehmens einer Nationalität durch das einer anderen, sondern vielmehr als Zusammenschluss von Gleichen erscheint (merger of equals).³⁷ Nach Art. 2 Abs. 1 SE-VO können an der Gründung einer SE durch Verschmelzung nur Aktiengesellschaften teilnehmen, die nach dem Recht eines Mitgliedstaats gegründet wurden und ihren Sitz sowie ihre Hauptverwaltung in der Gemeinschaft haben. Der Mehrstaatenbezug liegt in dem Erfordernis, dass mindestens zwei der verschmelzungswilligen Aktiengesellschaften dem Recht verschiedener Mitgliedstaaten unterliegen müssen.³⁸ Die beteiligten Gesellschaften müssen nicht operativ

24 Abgesehen von der Errichtung von Vorrats-SEs, die überwiegend als Tochter-Gründungen von statten gehen (dazu sogleich unter IV.), vgl. Habersack/Drinhausen/Bücker, SE-Recht, 2. Aufl. 2016, Art. 37 SE-VO Rn. 6; Schubert/von der Höb AG 2014, 439 (441 f.); Blasche Jura 2013, 268 (272); Kiem ZHR 173 [2009], 156 (160).

25 Haider-Giangreco/Polte BB 2014, 2947 (2953).

26 Wiedemann/Frohmayer FuS 2014, 10 (14); ferner Habersack/Drinhausen/Bücker, SE-Recht, 2. Aufl. 2016, Art. 37 SE-VO Rn. 13 zur Möglichkeit einer simultanen Kettenumwandlung; Frese BB 2018, 2612 (2613); Winter/Marx/De Decker NZA 2016, 334 (335).

27 KK-AktG/Paefgen, 3. Aufl. 2012, Art. 37 SE-VO Rn. 5; Habersack/Drinhausen/Bücker, SE-Recht, 2. Aufl. 2016, Art. 37 SE-VO Rn. 19.

28 In diesem Sinne etwa Spindler/Stilz/Eberspächer, AktG, 4. Aufl. 2019, Art. 37 SE-VO Rn. 9. Es ist streitig, ob die Schriftform ausreichend oder Beurkundungspflicht besteht. Für ein Beurkundungserfordernis Lutter/Hommelhoff/Bayer, Die Europäische Gesellschaft, S. 25 (61); Deutsche Notarrechtliche Vereinigung/Heckschen, S. 217; Vossius ZIP 2005, 741 (747 Fn. 74); dagegen Spindler/Stilz/Eberspächer, AktG, 4. Aufl. 2019, Art. 37 SE-VO Rn. 10; Seibt/Reinhard Der Konzern 2005, 407 (414).

29 Vgl. Habersack/Drinhausen/Bücker, SE-Recht, 2. Aufl. 2016, Art. 37 SE-VO Rn. 23.

30 Art. 37 Abs. 4 SE-VO. Auf den Umwandlungsbericht kann analog § 192 Abs. 3 UmwG durch notariell beurkundete Erklärung verzichtet werden, vgl. Thümmel, Europäische Aktiengesellschaft, S. 74; Habersack/Drinhausen/Bücker, SE-Recht, 2. Aufl. 2016, Art. 37 SE-VO Rn. 42.

31 Art. 37 Abs. 5 SE-VO iVm Art. 3, 4 Erste Richtlinie 68/151/EWG: Einreichung zum Handelsregister, das einen Hinweis bekannt macht; s. nunmehr auch Art. 14 ff. RL (EU) 2017, 1132 v. 14.6.2017; für eine analoge Anwendung von § 5 SEAG, § 61 S. 2 UmwG s. Habersack/Drinhausen/Bücker, SE-Recht, 2. Aufl. 2016, Art. 37 Rn. 33.

32 Art. 37 Abs. 6 SE-VO. Entsprechend § 194 Abs. 2 UmwG kann die Zuleitung des Umwandlungsplans an den Betriebsrat erforderlich sein, vgl. Spindler/Stilz/Eberspächer, AktG, 4. Aufl. 2019, Art. 37 SE-VO Rn. 12; dagegen aber Seibt/Reinhard Der Konzern, 2005, 407 (415).

33 Habersack/Drinhausen/Bücker, SE-Recht, 2. Aufl. 2016, Art. 37 SE-VO Rn. 71 ff.; MüKoAktG/Schäfer, 4. Aufl. 2017, Art. 37 Rn. 10.

34 Habersack/Drinhausen/Bücker, SE-Recht, 2. Aufl. 2016, Art. 37 SE-VO Rn. 60.

35 Art. 15 SE-VO, §§ 3, 21 SEAG, §§ 197, 246 UmwG, 36-37 AktG.

36 Art. 12-14, 16 SE-VO.

37 Kallmeyer AG 2003, 197 (200); Wenz AG 2003, 185 (188 ff.), Lutter/Hommelhoff/Teichmann/Lutter, SE-Kommentar, 2. Aufl. 2015, Einl. SE-VO Rn. 49 ff.

38 S. MüKoAktG/Oechsler, 4. Aufl. 2017, Art. 2 SE-VO Rn. 25.

tätig sein, Holding-, Vorrats- oder Mantelgesellschaften kommen ebenso in Betracht.³⁹

Das Verfahren der Verschmelzung ist in erster Linie in den Art. 17 ff. SE-VO geregelt und entspricht wiederum dem unionsrechtlichen Standardschema für gesellschaftsrechtliche Umstrukturierungen, wie es insbesondere auch für die grenzüberschreitende Verschmelzung gilt. Zur Ausfüllung von Lücken in den offen gelassenen Bereichen verweist Art. 18 SE-VO für die jeweiligen Gründungsgesellschaften auf das nationale Recht, das ergänzend auch auf die künftige SE zur Anwendung kommt (Art. 9, 15 SE-VO).⁴⁰ Für den Fall der Wegzugsverschmelzung einer deutschen Gründungsgesellschaft enthalten die §§ 5 bis 8 SE-AG ferner besondere Bestimmungen zum Aktionärs- und Gläubigerschutz.⁴¹ Die Vorschrift des § 8 SEAG wird allerdings für unionrechtswidrig gehalten, da Art. 24 SE-VO auf das – durch Art. 99 ff. der Gesellschaftsrechtsrichtlinie⁴² angeglichen – Recht des Sitzstaates der jeweiligen Gründungsgesellschaft verweist.⁴³ Die Verschmelzung kann durch Aufnahme unter Umwandlung der aufnehmenden Gesellschaft in eine SE oder zur Neugründung erfolgen, jeweils mit der Folge der Auflösung der übertragenden Gesellschaft(en) (Art. 17 SE-VO).

IV. Rückumwandlung einer SE und Umwandlungsmaßnahmen nach nationalem Recht

Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auch auf die in Art. 66 SE-VO vorgesehene Möglichkeit der (Rück-)Umwandlung einer SE in eine dem Recht ihres Sitzstaates unterliegende Aktiengesellschaft. Der Umwandlungsbeschluss darf allerdings erst zwei Jahre nach Eintragung der SE im Handelsregister oder nach Feststellung der beiden ersten Jahresabschlüsse durch Aufsichtsrat, Verwaltungsrat oder Hauptversammlung gefasst werden. Das Verfahren der Rückumwandlung entspricht weitgehend den Regelungen, die für die Gründung einer SE im Wege der Umwandlung gelten.

Darüber hinaus kann sich eine SE im Grundsatz wie eine Aktiengesellschaft an Umwandlungsmaßnahmen nach nationalem Umwandlungsrecht beteiligen (Art. 10 SE-VO). In Betracht kommen neben einem Formwechsel in andere Rechtsformen als Aktiengesellschaften auch (grenzüberschreitende) Verschmelzungen oder Spaltungen.⁴⁴ Die Einzelheiten sind freilich umstritten. So werden insbesondere die Verschmelzung oder Spaltung zur Neugründung einer

SE für unzulässig erachtet, da die Gründungsvarianten für eine SE in Art. 2 SE-VO abschließend geregelt sind.⁴⁵ Die Zwei-Jahresfrist des Art. 66 SE-VO gilt nach zutreffender Auffassung für Umwandlungsmaßnahmen nach nationalem Recht nicht, da die Vorschrift nur einen speziellen Umstrukturierungsfall normiert und als Ausnahmetatbestand eng auszulegen ist.⁴⁶

V. Die SE als Vorratsgesellschaft

Nach ganz hM kann eine SE auch als Vorratsgesellschaft gegründet werden.⁴⁷ Die Durchführung des Verfahrens zur Arbeitnehmerbeteiligung muss nach zutreffender Auffassung dabei aus rein praktischen Erwägungen ausscheiden, wenn die Gründungsgesellschaft über keine Arbeitnehmer verfügt und dieser Tatbestand gegenüber dem Registergericht im Rahmen der Anmeldung versichert wird; auch das Zuwarten der sonst erforderlichen sechsmonatigen Verhandlungsfrist kann in diesem Fall nicht verlangt werden. Dem steht weder Art. 2 noch Art. 12 Abs. 2 SE-VO entgegen. Zwar darf nach Art. 12 Abs. 2 SE-VO ein Registergericht die Eintragung der SE in das Handelsregister grundsätzlich erst vornehmen, wenn zwischen der Unternehmensleitung und Arbeitnehmerseite eine Vereinbarung über die Beteiligung der Arbeitnehmer nach § 21 SEBG geschlossen wurde, die Verhandlungsfrist von sechs Monaten ergebnislos abgelaufen ist (§ 20 SEBG) oder ein Beschluss der Arbeitnehmerseite über die Nichtaufnahme bzw. den Abbruch von Verhandlungen (§ 16 SEBG) gefasst wurde. Es kann bei einer arbeitnehmerlosen SE aber kein besonderes Verhandlungsgremium iSd §§ 5, 7 SEBG gebildet werden, das mit der Unternehmensleitung die Beteiligungsvereinbarung schließen könnte. Daher bedarf es einer teleologischen Reduktion des Art. 12 Abs. 2 SE-VO, wenn die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens in Ermangelung einer hinreichenden Zahl von Arbeitnehmern der Gründungsgesellschaft bzw. der zu gründenden SE ausgeschlossen ist.⁴⁸ Es muss daher in einer solchen Konstellation genügen, wenn im Rahmen der Handelsregisteranmeldung versichert wird, dass die SE keine Arbeitnehmer beschäftigt.

Dieser Auffassung hat sich die ganz überwiegende Meinung angeschlossen.⁴⁹ Mittlerweile gibt es auf dem hiesigen Markt mehrere Unternehmen, die Vorrats-SEs anbieten. Für die Gründung und Aktivierung der Vorrats-SE finden über Art. 15 SE-VO die allgemeinen Grundsätze

39 Spindler/Stilz/Casper, AktG, 4. Aufl. 2019, Art. 2, 3 SE-VO Rn. 8; Kallmeyer AG 2003, 197 (198); Thümmel, Europäische Aktiengesellschaft, S. 42.

40 Walden/Meyer-Landrut DB 2005, 2119; DB 2005, 2619; Lutter/Hommelhoff/Bayer, Die Europäische Gesellschaft, 2005, S. 25 (33).

41 Hinsichtlich des Spruchverfahrens sieht Art. 25 Abs. 3 SE-VO einen Zustimmungsvorbehalt für Gesellschaften vor, die einer Rechtsordnung unterliegen, die das Instrument des Spruchverfahrens nicht kennen. S. hierzu Widmann/Mayer/Heckschen, Umwandlungsrecht, Anhang 14, Europäische Gesellschaft, Rn. 184.

42 Richtlinie (EU) 2017/1132 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 14.6.2017 über bestimmte Aspekte des Gesellschaftsrechts.

43 Vgl. Habersack/Verse, Europäisches Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2019, S. 530 unter Bezugnahme auf EuGH ZIP 2016, 712 Rn. 60.

44 MüKoAktG/Schäfer, 4. Aufl. 2017, Art. 66 Rn. 14; Schwarz, SE-VO, Art. 3 Rn. 34; Widmann/Mayer/Heckschen, Umwandlungsrecht, Anhang 14, Europäische Gesellschaft, Rn. 520, 524 ff.; Oplustill/Schneider NZG 2003, 13 (15 ff.); Widmann/Mayer/Vossius, § 20 UmwG Rn. 423 ff.; einschränkend im Hinblick auf den Formwechsel aber Vossius ZIP 2005, 741 (749).

45 Habersack/Drinhausen/Drinhausen, SE-Recht, 2. Aufl. 2016, Art. 66 Rn. 35; Schwarz, SE-VO, Art. 3 Rn. 35 f.; Widmann/Mayer/Heckschen, Umwandlungsrecht, Anhang 14, Europäische Gesellschaft, Rn. 525, 529; anders für die Neugründung einer SE durch Spaltung einer bereits bestehenden SE Oplustill/Schneider NZG 2003, 13 (17).

46 Vgl. Widmann/Mayer/Heckschen, Umwandlungsrecht, Anhang 14, Europäische Gesellschaft, Rn. 526; KK-AktG/Kiem, AktG, Art. 66 SE-VO Rn. 12; Vossius, ZIP 2005, 741, 748; a. A. aber MünchKomm AktG/Schäfer, 4. Aufl. 2017, Art. 66 Rn. 14; Oplustill/Schneider NZG 2003, 13 (15 ff.); für den Formwechsel auch Schwarz, SE-VO, Rn. 31; Habersack/Drinhausen/Drinhausen, SE-Recht, 2. Aufl. 2016, Art. 66 Rn. 42 für die SE als übertragender Rechtsträger einer Verschmelzung oder Spaltung. S. aber auch §§ 76 Abs. 1, 141 UmwG.

47 OLG Düsseldorf, ZIP 2009, 918; Bungert/Gotsche ZIP 2013, 649 (650); Schmaus/Bangen ZIP 2019, 1360; Habersack/Drinhausen/Habersack, SE-Recht, 2. Aufl. 2016, Art. 2 Rn. 29.

48 Habersack/Drinhausen/Habersack, SE-Recht, 2. Aufl. 2016, Art. 2 Rn. 29.

49 S. Bungert/Gotsche, ZIP 2013, 649, 650 mwN.

über die wirtschaftliche Neugründung Anwendung.⁵⁰ Auf diese Weise ist es möglich, dass die SE (entgegen ihrer Grundkonzeption) auch als relativ leicht zugängliche Rechtsformalternative bei reinen Inlandsachverhalten einsetzbar wird. Da sich die Übertragung der Anteile nach dem Aktienrecht am Sitzstaat beurteilt, kann die auf Vorrat gegründete Tochter-SE sodann auch von natürlichen Personen erworben werden. Nach dem Gesagten ist es zudem möglich, ein bestehendes Unternehmen auf die SE zu verschmelzen. Alternativ kann die SE ferner sämtliche Aktiva und Passiva einer Gesellschaft erwerben.⁵¹

Der Gefahr einer Umgehung der Mitbestimmung wird durch Anwendung des § 18 Abs. 3 SEBG begegnet. Treten bei einer bereits existierenden SE strukturelle Änderungen auf, die Beteiligungsrechte der Arbeitnehmer mindern können, finden gem. § 18 Abs. 3 S. 1 SEBG (erneut) Verhandlungen über die Beteiligungsrechte der Arbeitnehmer statt. Wird dabei keine Einigung erzielt, greifen die gesetzlichen Auffangregeln nach §§ 22 bis 33 und §§ 34 bis 38 SEBG. Das Verhandlungsverfahren ist bei Aktivierung der Vorrats-SE aufzunehmen, sobald absehbar ist, dass die SE infolge der Umstrukturierung über mindestens zehn Arbeitnehmer verfügt.⁵² Die Eintragung der mit der wirtschaftlichen Neugründung einhergehenden Satzungsänderungen kann nach zutreffender Auffassung nicht von der Durchführung des Verhandlungsverfahrens abhängig gemacht werden.⁵³

C. Organstruktur der SE

Jede SE verfügt über eine Hauptversammlung der Aktionäre. Hinsichtlich der Leitungsstruktur eröffnet die SE-VO die Möglichkeit, zwischen dem dualistischen System mit einem Aufsichtsorgan und einem Leitungsorgan und dem monistischen System mit einem einheitlichen Verwaltungsorgan zu wählen (Art. 38 SE-VO). Die Entscheidung für eines der beiden Systeme ist in der Satzung zu treffen, ein nachträglicher Wechsel im Wege der Satzungsänderung ist zulässig. Während das dualistische System den traditionellen Vorstellungen des deutschen Aktienrechts entspricht, ist das monistische System im anglo-amerikanischen Rechtskreis verbreitet, darüber hinaus aber etwa auch in Frankreich, wo beide Modelle alternativ zur Verfügung stehen. Die Organstruktur ist in erster Linie in den Art. 38 ff. SE-VO geregelt, ergänzend kommen für eine SE mit Sitz in Deutschland die Ausführungsbestimmungen der §§ 15 ff. SEAG zur Anwendung sowie beim dualistischen System subsidiär die §§ 76 ff. AktG. Die Frage der Leitungsorganisation ist eng mit den Anforderungen an eine gute Corporate Governance verknüpft, die eine angemessene Führung und Kontrolle des Unternehmensgeschehens gewährleisten soll.

50 Habersack/Drinhausen/Habersack, SE-Recht, 2. Aufl. 2016, Art. 2 Rn. 30; Spindler/Stilz/Casper, AktG, 4. Aufl. 2019, Art. 2, 3 SE-VO Rn. 29; s. zur wirtschaftlichen Neugründung MüKoAktG/Pentz, AktG, 5. Aufl. 2019, § 23 Rn. 87 ff.
51 Habersack/Drinhausen/Bücker, SE-Recht, 2. Aufl. 2016, Art. 37 SE-VO Rn. 8.
52 OLG Düsseldorf ZIP 2009, 918; Habersack/Drinhausen/Habersack, SE-Recht, 2. Aufl. 2016, Art. 2 Rn. 30; Spindler/Stilz/Casper, AktG, 4. Aufl. 2019, Art. 2, 3 SE-VO Rn. 31; Bungert/Gotsche ZIP 2013, 649 (651) mwN.
53 Habersack/Drinhausen/Habersack, SE-Recht, 2. Aufl. 2016, Art. 2 Rn. 30; MüKoAktG/Oechsler, 4. Aufl. 2017, Art. 2 SE-VO Rn. 49 a; aA Forst NZG 2009, 687 (692).

I. Dualistisches System

In dieser Hinsicht ist für das dualistische System zunächst die klare Trennung zwischen Leitungs- und Kontrollfunktion charakteristisch, bei der personelle Überschneidungen unzulässig sind (Art. 39 Abs. 3 SE-VO).⁵⁴ Die Aufgabengebiete werden in Art. 39 Abs. 1, 40 Abs. 1 SE-VO dahin gehend voneinander abgegrenzt, dass das Aufsichtsorgan der SE (nachstehend: Aufsichtsrat) die Geschäftsführung durch das Leitungsorgan (nachstehend: Vorstand) zu überwachen hat, aber nicht seinerseits berechtigt ist, die Geschäfte der SE zu führen.⁵⁵ Dem Vorstand ist neben der Geschäftsführung die Vertretung der Gesellschaft zugewiesen.⁵⁶ Ein Weisungsrecht des Aufsichtsrats gegenüber dem Vorstand besteht nicht. Zur Ausübung der Überwachungstätigkeit verfügt der Aufsichtsrat jedoch über Informationsrechte (Art. 41 SE-VO). Ein wichtiges Steuerungsrecht sind zudem Zustimmungsvorbehalte, die entweder in der Satzung oder vom Aufsichtsrat selbst im Beschlussweg festgelegt werden müssen (Art. 48 SE-VO, § 19 SEAG).⁵⁷ Der Aufsichtsrat bestellt ferner die Vorstandsmitglieder (Art. 39 Abs. 2 SE-VO). Die Zahl der Vorstandsmitglieder (Art. 39 Abs. 4 SE-VO, § 16 SEAG) sowie die Dauer der Bestellung von maximal sechs Jahren sind in der Satzung anzugeben (Art. 46 SE-VO). Die Abberufung der Vorstandsmitglieder ist entsprechend § 84 Abs. 3 AktG nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes zulässig.⁵⁸ Die Mitglieder des Aufsichtsrats werden, soweit nicht von einem Entsenderecht Gebrauch gemacht wird (§ 101 Abs. 2 AktG), von der Hauptversammlung bestellt, die des ersten Aufsichtsrats auch durch die Satzung (Art. 40 Abs. 2 SE-VO, 46 SE-VO). Verbindliche Vorgaben für die Zahl der Mitglieder von Vorstand und Aufsichtsrat bzw. für die Zusammensetzung finden sich in §§ 16 und 17 SEAG, im Einklang mit Art. 39 Abs. 4 S. 2 bzw. 40 Abs. 3 S. 2 SE-VO.⁵⁹

II. Monistisches System

1. Wesensmerkmale

Das monistische Leitungssystem, nach angelsächsischem Vorbild auch „Board System“ genannt, bietet im Vergleich zur deutschen AG⁶⁰ für Familiengesellschaften eine Reihe bedeutsamer Gestaltungsoptionen in der Corporate Go-

54 Vgl. auch § 105 AktG.

55 Zu Unterschieden zwischen AG und dualistischer SE s. jüngst *Rahlmeyer/Klose* NZG 2019, 854.

56 Insoweit finden § 77, 78 AktG Anwendung, § 77 AktG nach umstrittener Ansicht in modifizierter Form. Vgl. dazu Spindler/Stilz/Eberspächer, 5. Aufl. 2019, Art. 39 SE-VO Rn. 5; ferner Lutter/Hommelhoff/Teichmann/Drygala, SE-Kommentar, 2. Aufl. 2015, Art. 39 SE-VO 16 f.; Kölner Komm AktG/Paefgen, 3. Aufl. 2012, Art. 39 SE-VO Rn. 37.

57 Vgl. Hoffmann-Becking, ZGR 2004, 355 (365 f.); Lutter/Hommelhoff/Seibt, Die Europäische Gesellschaft, 2005, S. 67 (79).

58 HM, vgl. MüKoAktG/Reichert/Brandes, 4. Aufl. 2017, Art. 39 Rn. 33; Thümmel, Europäische Aktiengesellschaft, S. 82. Nach einer Gegenauffassung ist die Abberufung jederzeit möglich, was die Machtposition des Aufsichtsrats nicht unerheblich stärken würde. Zum Streitstand s. Manz/Mayer/Schröder, Europäische Aktiengesellschaft, 3. Aufl. 2019, Art. 29 ff.

59 Habersack/Verse, Europäisches Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2019, S. 538.

60 Zu entsprechenden Ansätzen im deutschen Aktienrecht des 19. Jahrhunderts vgl. Lutter/Hommelhoff/Teichmann, Die Europäische Gesellschaft, 2005, S. 195. Der 69. Deutsche Juristentag hatte beschlossen, die deutsche Aktiengesellschaft für die monistische Unternehmensverfassung zu öffnen.

vernance,⁶¹ wie im Folgenden zu zeigen sein wird. Eine SE mit monistischem System verfügt im Grundsatz lediglich über ein Verwaltungsorgan (Art. 38 lit. b SE-VO), das in Deutschland als Verwaltungsrat bezeichnet wird (§ 20 SE-AG). Die SE-VO schränkt dieses Konzept allerdings ihrerseits ein, indem sie die Mitgliedstaaten ermächtigt, die laufenden Geschäfte unter denselben Voraussetzungen, wie sie für eine AG im Sitzstaat der SE gelten, zur eigenverantwortlichen Erledigung in die Hand eines oder mehrerer Geschäftsführer zu legen (Art. 43 Abs. 1 S. 2, Abs. 4 SE-VO).⁶² Der deutsche Gesetzgeber hat von dieser Ermächtigung Gebrauch gemacht und umschreibt die Funktionsteilung zwischen Verwaltungsrat durch eine unterschiedliche Definition der Aufgaben: Während der Verwaltungsrat die Gesellschaft leitet, die Grundlinien ihrer Tätigkeit bestimmt und deren Umsetzung überwacht (§ 22 Abs. 1 SE-AG), führen die (sog.) geschäftsführenden Direktoren die Geschäfte der Gesellschaft und vertreten diese gerichtlich und außergerichtlich (§ 40 Abs. 2 S. 1 SEAG).

Ungeachtet der systematischen Annäherung der Position der geschäftsführenden Direktoren an diejenige des Vorstands im dualistischen System bleibt die Rolle des Verwaltungsrats in wesentlicher Hinsicht eine andere als die des Aufsichtsrats, da ersterer die Letztverantwortung für die Unternehmenspolitik und Unternehmensleitung trägt, den geschäftsführenden Direktoren Weisungen erteilen kann (§ 44 Abs. 2 SEAG)⁶³ und diese jederzeit abberufen kann (§ 40 Abs. 5 SEAG).⁶⁴ Im Unterschied zur dualistischen Organstruktur ist die Funktion des geschäftsführenden Direktors zudem nicht mit derjenigen eines Verwaltungsratsmitglieds inkompatibel: Nach § 40 Abs. 1 S. 2 SEAG können Mitglieder des Verwaltungsrats zu geschäftsführenden Direktoren bestellt werden, sofern die Mehrheit des Verwaltungsrats weiterhin aus nicht geschäftsführenden Mitgliedern besteht.

2. Verwaltungsrat

a) Oberleitungsbefugnis

Der Verwaltungsrat ist das oberste Leitungsorgan der monistisch verfassten SE: Er leitet die Gesellschaft, bestimmt die Grundlinien ihrer Tätigkeit und überwacht deren Umsetzung (§ 22 Abs. 1 SEAG). Die Aufgaben des Verwaltungsrats reichen mithin weiter als die des Aufsichtsrats im dualistischen Modell. Damit korrespondiert die Zuweisung umfangreicher Rechte und Pflichten durch das SE-AG: Der Verwaltungsrat ist für die Einberufung der Hauptversammlung zuständig (§ 48 Abs. 1, 22 Abs. 2 SE-AG), er hat dafür zu sorgen, dass die erforderlichen Handelsbücher geführt werden, und geeignete Maßnahmen zu treffen, insbesondere ein Überwachungssystem einzurichten, um den Fortbestand der Gesellschaft gefährdende Entwicklungen frühzeitig zu erkennen (§ 22 Abs. 3 SEAG). Der Verwaltungsrat ist berechtigt, die Bücher und Schrif-

ten der Gesellschaft einzusehen und erteilt dem Abschlussprüfer den Prüfungsauftrag (§ 22 Abs. 4 SEAG). Entsprechend der Kompetenz des Vorstands beim dualistischen System hat der Verwaltungsrat der Hauptversammlung einen Verlust in Höhe der Hälfte des Grundkapitals unverzüglich anzuzeigen und bei Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu beantragen (§ 22 Abs. 5 SEAG, 92 AktG). Anstelle des Aufsichtsrats hat der Verwaltungsrat den Jahresabschluss, den Lagebericht und den Vorschlag für die Verwendung des Bilanzgewinns zu prüfen (§ 47 Abs. 3 SEAG, § 171 Abs. 1 und 2 AktG). Subsidiär tritt immer dann, wenn auf Aktiengesellschaften anwendbare Rechtsvorschriften dem Vorstand oder dem Aufsichtsrat Rechte oder Pflichten zuweisen, der Verwaltungsrat an deren Stelle, soweit nicht das SEAG ausdrücklich den Verwaltungsrat oder die geschäftsführenden Direktoren für zuständig erklärt (§ 22 Abs. 6, § 20 SEAG).

Als oberstes Leitungsorgan ist der Verwaltungsrat auf eine optimale Informationsvermittlung angewiesen. In dieser Hinsicht bestimmt § 40 Abs. 6 SEAG, dass die geschäftsführenden Direktoren dem Verwaltungsrat in gleicher Weise zu berichten haben, wie es dem Vorstand im dualistischen System gegenüber dem Aufsichtsrat obliegt. Zudem kann jedes Mitglied des Verwaltungsrats von allen Informationen, die diesem Organ übermittelt werden, Kenntnis nehmen (Art. 44 Abs. 2 SE-VO). Die Mitglieder des Verwaltungsrats sind zur Verschwiegenheit verpflichtet, auch nach Ausscheiden aus ihrem Amt (Art. 49 SE-VO). Als Folge der Leitungsverantwortung trifft den Verwaltungsrat eine Sorgfaltspflicht nach Maßgabe des § 93 AktG und bei deren Verletzung eine korrespondierende Haftung (§ 39 SE-AG).

b) Bestellung

Die Mitglieder des Verwaltungsrats werden, soweit nicht von einem Entsenderecht Gebrauch gemacht wird (§ 28 Abs. 2 SEAG), von der Hauptversammlung bestellt, die des ersten Verwaltungsrats auch durch die Satzung (Art. 43 Abs. 3 SE-VO). Die Dauer der Bestellung der Verwaltungsratsmitglieder ist in der Satzung anzugeben und beträgt maximal sechs Jahre (Art. 46 SE-VO). Nach zutreffender Auffassung ist eine § 102 Abs. 1 AktG entsprechende Satzungsregelung zur Amtszeit der Organe der Gesellschaft eintragungsfähig, solange die Sechs-Jahres-Frist nicht überschritten wird.⁶⁵ Eine Verknüpfung von Beginn und Ende der Amtszeit an die jeweiligen Hauptversammlungen entsprechend der Vorschrift erscheint zweckmäßig, da die Hauptversammlungstermine nicht vorab feststehen müssen.⁶⁶

In der Satzung ist ferner die Anzahl der Mitglieder des Verwaltungsrats anzugeben (Art. 43 Abs. 2 SE-VO, § 23 SE-AG). Bei Gesellschaften mit einem Grundkapital von mehr als 3 Mio. Euro hat der Verwaltungsrat aus mindestens drei Personen zu bestehen. Im Übrigen ist es auch denkbar, dass ein einziges Mitglied vorgesehen wird;⁶⁷ die Mehrheit des Verwaltungsrats muss allerdings aus nicht-geschäftsführenden Vertretern bestehen (§ 40 Abs. 1 S. 2 SEAG),

61 Zum monistischen System bei Familiengesellschaften s. *Reichert* ZIP 2014, 1957 (1959); *Grätz/Halm/Kurzböck* Der Konzern 2016, 429 (431); *Wiedemann/Frohnmayer* FuS 2014, 10 (12 f.); *Haider-Giangreco/Polte* BB 2014, 2947 (2951).

62 Krit. hierzu die Stellungnahme des DAV NZG 2004, 75 (82) („verdeckt dualistisches System“); dagegen *Teichmann* BB 2004, 53 (58 ff.); ferner *Habersack/Verse*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2019, S. 539.

63 *Grätz/Halm/Kurzböck* Der Konzern 2016, 429 (431); *Wiedemann/Frohnmayer* FuS 2014, 10 (12).

64 Vgl. Begr. RegE BT-Drs. 15/3405, S. 36; *Horn* DB 2005, 147 (150 f.).

65 Vgl. *MüKoAktG/Reichert/Brandes*, 4. Aufl. 2017, Art. 39 SE-VO Rn. 10; *Frodermann/Jannott* ZIP 2005, 2251; aA AG Hamburg und LG Hamburg ZIP 2005, 2017.

66 *Thümmel*, Europäische Aktiengesellschaft, S. 97.

67 *Teichmann* BB 2004, 53; *Merkel* ZGR 2003, 676 f.; *Früchtl* NotBZ 2005, 244 (249).

so dass bei einem Verwaltungsrat mit nur einem Mitglied nicht dieselbe Person geschäftsführender Direktor sein kann. Da indessen eine „kleine SE“ mit einem Direktor und einem Verwaltungsrat auskommen kann, ermöglicht das monistische System eine schlanke Führungsstruktur, wie sie in einer Aktiengesellschaft nach deutschem Recht nicht denkbar wäre, die neben dem Vorstand immer einen mindestens dreiköpfigen Aufsichtsrat benötigt.⁶⁸

c) Persönliche Voraussetzungen

Entsprechend der Regelung für Vorstand und Aufsichtsrat beim dualistischen System kann eine juristische Person nicht Mitglied des Verwaltungsrats sein (Art. 47 Abs. 1 SE-VO, § 27 Abs. 3 SEAG). Die Bestellungshindernisse des § 76 Abs. 3 AktG für den Vorstand (keine Betreuung, kein Berufsverbot, keine einschlägigen Vorstrafen), gelten ebenso für die Mitglieder des Verwaltungsrats (Art. 47 Abs. 2 lit. a SE-VO).⁶⁹ Personen, die infolge einer Gerichts- oder Verwaltungsentscheidung, die in einem Mitgliedstaat ergangen ist, dem Leitungs-, Aufsichts- oder Verwaltungsorgan einer Aktiengesellschaft nicht angehören dürfen, können auch nicht Mitglied des Verwaltungsrats sein (Art. 47 Abs. 2 lit. b SE-VO). Darüber hinaus formuliert § 27 SEAG nach dem Regelungsvorbild des § 100 AktG zwingende persönliche Voraussetzungen für die Bestellung zum Verwaltungsratsmitglied. Eine praxiswichtige teleologische Einschränkung ist im Hinblick auf § 27 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 SEAG angezeigt, wonach Mitglied des Verwaltungsrats nicht sein kann, wer gesetzlicher Vertreter eines von der Gesellschaft abhängigen Unternehmens ist. Die Vorschrift hat – wie § 100 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 AktG – den Zweck, die Überwachungsfunktion abzusichern und ist daher auf geschäftsführende Verwaltungsratsmitglieder nicht anzuwenden.⁷⁰

d) Président directeur général (PDG) oder chief executive officer (CEO)

Der Verwaltungsrat hat bei einem mehrköpfigen Gremium aus seiner Mitte einen Vorsitzenden zu wählen (Art. 45 S. 1 SE-VO, § 34 SEAG). Sofern der Vorsitzende des Verwaltungsrats gleichzeitig die Funktion des geschäftsführenden Direktors wahrnimmt, kann dieser nach dem Vorbild des französischen président directeur général (PDG) oder des amerikanischen chief executive officer (CEO) einen faktischen Einfluss gewinnen, der über den eines Vorstands- oder Aufsichtsratsvorsitzenden im dualistischen System hinaus geht.⁷¹ Wird die Hälfte der Mitglieder des Verwaltungsrats von den Arbeitnehmern bestellt, so darf nur ein von der Hauptversammlung der Aktionäre bestelltes Mitglied zum Vorsitzenden gewählt werden (Art. 45 S. 2 SE-VO), dessen Stimme bei Stimmgleichheit den Ausschlag gibt (Art. 50 Abs. 2 S. 1 SE-VO).⁷²

3. Geschäftsführende Direktoren

Der Verwaltungsrat bestellt einen oder mehrere geschäftsführende Direktoren (§ 40 Abs. 1 SEAG). In Betracht kommen externe geschäftsführende Direktoren und interne aus den Reihen des Verwaltungsrats, sofern die Mehrheit des Verwaltungsrats weiterhin aus nicht geschäftsführenden Mitgliedern besteht. Im einen wie im anderen Fall gelten die persönlichen Mindestanforderungen des Aktiengesetzes für Vorstandsmitglieder gem. § 76 Abs. 3 AktG entsprechend (Art. 47 Abs. 2 lit. a SE-VO bzw. § 40 Abs. 1 S. 4 SEAG). Die maximale Bestelldauer des Art. 46 Abs. 1 SE-VO von sechs Jahren gilt nach hM für geschäftsführende Direktoren nicht.⁷³

Nach § 40 Abs. 2 S. 1 SEAG führen die geschäftsführenden Direktoren die Geschäfte der Gesellschaft. Die Vorschrift wird (europarechtskonform) dahingehend ausgelegt, dass die Kompetenzzuweisung lediglich die laufenden Geschäfte umfasst, während die Zuständigkeit für die außergewöhnlichen Geschäfte ebenso wie die Leitungsverantwortung bei dem Verwaltungsrat liegt.⁷⁴ Die geschäftsführenden Direktoren vertreten die Gesellschaft gerichtlich und außergerichtlich. Die Vertretungsbefugnis der geschäftsführenden Direktoren ist entsprechend den Regelungen für den Vorstand beim dualistischen System ausgestaltet (§ 41 SEAG, § 78 AktG). Dazu gehört auch, dass gem. § 41 Abs. 5 SEAG und analog zur Vorschrift des § 112 AktG der Verwaltungsrat die Gesellschaft gegenüber den geschäftsführenden Direktoren gerichtlich und außergerichtlich vertritt. Eine Befreiung von § 181 BGB käme nach der wohl herrschenden Meinung daher nur in der 2. Variante, dem Verbot der Mehrvertretung in Betracht.⁷⁵ Die Vertretungsbefugnis der geschäftsführenden Direktoren kann im Außenverhältnis nicht beschränkt werden (§ 44 SEAG).

Intern sind die geschäftsführenden Direktoren nach der allgemeinen Regel des § 22 Abs. 6 SEAG nur für diejenigen Angelegenheiten originär zuständig, die ihnen das Gesetz ausdrücklich zuweist.⁷⁶ So haben sie den Jahresabschluss und den Lagebericht unmittelbar nach ihrer Aufstellung zusammen mit einem Vorschlag für die Verwendung des Bilanzgewinns dem Verwaltungsrat vorzulegen (§ 47 Abs. 1 SEAG). Hinsichtlich der Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit verweist § 40 Abs. 8 SEAG auf die für den Vorstand geltende Norm des § 93 AktG. Bei der Ausfüllung der unbestimmten Rechtsbegriffe des § 93 AktG ist allerdings zu berücksichtigen, dass die Stellung des geschäftsführenden Direktors wegen dessen Weisungsabhängigkeit (§ 44 Abs. 2 SEAG) und der (satzungsdispositiven) Möglichkeit der jederzeitigen Abberufbarkeit (§ 40 Abs. 5 SEAG) eher derjenigen eines GmbH-Geschäftsführers entspricht.⁷⁷

68 Lutter/Hommelhoff/Teichmann, Die Europäische Gesellschaft, 2005, 195 (209).

69 MüKoAktG/Reichert/Brandes, 4. Aufl. 2017, Art. 47 Rn. 27 f.; einschränkend Habersack/Drinhausen/Drinhausen, SE-Recht, 2. Aufl. 2016, Art. 47 Rn. 18.

70 LG Frankfurt am Main NZG 2018, 783; Habersack/Drinhausen/Verse, SE-Recht, 2. Aufl. 2016, § 27 Rn. 12 ff.; Verse/Baum AG 2016, 235; Spindler/Stilz/Eberspächer, AktG, 4. Aufl. 2019, Art. 47 SE-VO Rn. 6; Kessler/Schneider GWR 2018, 461 (462 f.); s. aber zur Vertretung der SE gegenüber den geschäftsführenden Direktoren durch den Verwaltungsrat gem. § 41 Abs. 5 SEAG u. unter C. II.3.

71 Vgl. Wicke NJW 2007, 3755 (3758).

72 Habersack/Verse, Europäisches Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2019, S. 536 (538).

73 Habersack/Drinhausen/Verse, SE-Recht, 2. Aufl. 2016, § 40 Rn. 16; aA Schwarz, SE-VO, Art. 39 Rn. 53.

74 I. E. str., vgl. Schwarz, SE-VO, Anh. Art. 43 Rn. 276 mwN; ferner Habersack/Drinhausen/Verse, SE-Recht, 2. Aufl. 2016, § 40 Rn. 32 ff. unter Ausnahme lediglich der grundlegenden Führungsentscheidungen.

75 Habersack/Drinhausen/Verse, SE-Recht, 2. Aufl. 2016, § 41 Rn. 9 a; s. aber OLG München NZG 2012, 710 zur Frage, ob § 112 AktG (und damit § 41 Abs. 5 SEAG) auch für die Selbstbestellung zum Geschäftsführer einer Tochtergesellschaft gilt; vgl. auch Wicke DNotZ 2013, 812 (820).

76 Vgl. auch Lutter/Hommelhoff/Teichmann, Die Europäische Gesellschaft, 2005, S. 195 (204).

77 Vgl. Begr. RegE BT-Drs. 15/3405, S. 39.

4. Gestaltungsmöglichkeiten für Familienunternehmen

Die Gestaltungsmöglichkeiten, die das monistische System für Familiengesellschaften bietet, sind damit erheblich.⁷⁸ So kann etwa ein starker Verwaltungsrat gebildet werden, der die Leitentscheidungen trifft und in dem die Familiengeschafter, ggf. aus verschiedenen Familienstämmen, repräsentiert sind. Es kann dem Unternehmensgründer in Personalunion von Verwaltungsratsvorsitzendem und geschäftsführendem Direktor die Rolle des beherrschenden CEO zugewiesen werden, oder dem Senior, der sich aus dem Tagesgeschäft zurückziehen möchte, über den Vorsitz des Verwaltungsrats eine starke Stellung im Hintergrund eingeräumt werden. Gleichzeitig können in der Position eines geschäftsführenden Direktors einem jüngeren Familienmitglied sukzessive Managementaufgaben übertragen werden oder es können externe Führungspersonlichkeiten eingesetzt werden, die einer starken Bindung an die im Verwaltungsrat vertretenen Familiengeschafter unterliegen. Die Besetzung des Verwaltungsrats mit Familienmitgliedern (und damit auch die Ernennung der ausgewählten geschäftsführenden Direktoren) ist aber nur dann sicher gestellt, wenn die Familie, sei es auch über Poolvereinbarungen, die Mehrheit in der Hauptversammlung erzielen kann, da sich Entscheidungsrechte in der Satzung maximal für ein Drittel der Anteilseignermandate begründen lassen (§ 28 Abs. 2 SEAG, 101 Abs. 2 S. 4 AktG).⁷⁹

5. Registerrechtliche Fragen der monistischen SE

Abschließend sei noch auf einige registerrechtliche Besonderheiten des monistischen Systems hingewiesen. Soweit bei der AG der Vorstand Anmeldungen und die Einreichung von Unterlagen zum Handelsregister vorzunehmen hat, treten generell an die Stelle des Vorstands die geschäftsführenden Direktoren (§ 40 Abs. 2 S. 4 SEAG). Dementsprechend ist auch jede Änderung bei den geschäftsführenden Direktoren von diesen zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden (§ 46 Abs. 1 S. 2, § 40 Abs. 1 S. 3 SEAG). Dabei haben sie nach dem Vorbild des § 81 AktG die Versicherung über die persönlichen Voraussetzungen und die unbeschränkte Auskunftspflicht abzugeben (§§ 46 Abs. 2, 40 Abs. 1 S. 4 SEAG, 76 Abs. 3 AktG) und die Urkunden über die Änderung beizufügen (§ 46 Abs. 3 SEAG). Zusätzlich wird in der Registerpraxis eine Versicherung der geschäftsführenden Direktoren (und ebenso der Vorstandsmitglieder) verlangt, dass kein Auschlussstatbestand nach Art. 47 Abs. 2 SE-VO vorliegt.⁸⁰

Demgegenüber werden die Verwaltungsratsmitglieder nicht im Handelsregister eingetragen. Die Regelung in § 46 Abs. 1 SEAG lehnt sich insofern ihrem Inhalt nach noch an die früheren Vorschriften der §§ 106 und 107 Abs. 1 S. 2 AktG an: Die geschäftsführenden Direktoren haben danach jeden Wechsel der Verwaltungsratsmitglieder unverzüglich in den Gesellschaftsblättern bekannt zu machen und die Wahl des Verwaltungsratsvorsitzenden

und seines Stellvertreters sowie jede Änderung in der Person des Verwaltungsratsvorsitzenden oder seines Stellvertreters zum Handelsregister anzumelden. Bei der seinerzeitigen Änderung des § 106 AktG durch das EHUG ist es aufgrund eines Redaktionsversehens des Gesetzgebers versäumt worden, § 46 SEAG entsprechend anzupassen. Dieses Redaktionsversehen ist nach zutreffender Auffassung dadurch zu korrigieren, dass auch in der monistischen SE bei einem Wechsel in der Zusammensetzung des Verwaltungsrats analog § 106 AktG nF eine neue Liste der Verwaltungsratsmitglieder zum Handelsregister einzureichen ist.⁸¹

III. Hauptversammlung

1. Zuständigkeit

Die Hauptversammlung ist sowohl im dualistischen, als auch im monistischen System das gesetzlich vorgeschriebene Organ der Aktionäre. Die Konzeption der Hauptversammlung der SE entspricht weitgehend derjenigen einer deutschen Aktiengesellschaft. Zentrale Norm für die Zuständigkeit der Hauptversammlung ist Art. 52 SE-VO. Danach hat die Hauptversammlung in Angelegenheiten zu beschließen, in denen ihr die Zuständigkeit durch die SE-VO ausdrücklich zugewiesen wird und in denen die Hauptversammlung einer Aktiengesellschaft nach den Rechtsvorschriften des Sitzstaates oder aufgrund der damit in Einklang stehenden Satzung zuständig wäre. Die SE-VO begründet in folgenden Fällen eine Zuständigkeit der Hauptversammlung:⁸² Danach beschließt die Hauptversammlung über die Änderung der Satzung (Art. 59 Abs. 1 SE-VO), die Bestellung der Mitglieder des Aufsichtsrats bzw. Verwaltungsrats (Art. 40 Abs. 2, 43 Abs. 3 SE-VO), über die Teilnahme an Gründungsakten für weitere SE (Art. 23 Abs. 1, 32 Abs. 6, 37 Abs. 7 SE-VO), über die grenzüberschreitende Sitzverlegung (Art. 8 SE-VO) und über die Rückumwandlung der SE in eine AG (Art. 66 Abs. 6 SE-VO). Zudem sind die gewohnten Beschlusszuständigkeiten nach dem AktG eröffnet:⁸³ Dies gilt insbesondere für die Verwendung des Bilanzgewinns, die Entlastung der Organe, die Bestellung des Abschlussprüfers, die Durchführung von Maßnahmen der Kapitalbeschaffung und Kapitalherabsetzung, die Auflösung der SE (§ 119 AktG), die Zustimmung zu Unternehmensverträgen (§§ 293 Abs. 1, 295 Abs. 1 AktG) und Nachgründungsverträgen (§ 52 Abs. 1 AktG) sowie nach umstrittener Auffassung für die ungeschriebenen Zuständigkeiten nach der Holz Müller-/ Gelatine-Rechtsprechung des BGH.⁸⁴

2. Durchführung

Die SE-Verordnung enthält in den Art. 54 bis 56 einige wenige vorrangige Regelungen über die Häufigkeit der Hauptversammlung, über die Zuständigkeit zu ihrer Ein-

78 Vgl. auch Grätz/Halm/Kurzböck Der Konzern 2016, 429 (431); Wiedemann/Frohnmayer FuS 2014, 10 (12 f.); Haider-Giangrecol Polte BB 2014, 2947 (2951); Fromholz, Die SE als Rechtsformalternative für den Mittelstand, Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2012, S. 70.

79 Habersack/Drinhausen/Verse, SE-Recht, 2. Aufl. 2016, § 28 SEAG Rn. 5; s. ferner Reichert ZIP 2014, 1957 (1958 f.).

80 S. Krafka, Registerrecht, 11. Aufl. 2019, Rn. 1757.

81 S. Habersack/Drinhausen/Verse, SE-Recht, 2. Aufl. 2016, § 46 Rn. 5.

82 MüKoAktG/Kubis, 4. Aufl. 2017, Art. 52 SE-VO Rn. 10 ff.; Habersack/Drinhausen/Bücker, SE-Recht, 2. Aufl. 2016, Art. 52 Rn. 11 ff.

83 Vgl. MüKoAktG/Kubis, 4. Aufl. 2017, Art. 52 SE-VO Rn. 16 ff.; Habersack/Drinhausen/Bücker, SE-Recht, 2. Aufl. 2016, Art. 52 Rn. 20 ff.

84 BGHZ 83, 122 – Holz Müller; BGH NJW 2004, 1860 – Gelatine. Zum Streitstand s. Knapp DStR 2012, 2392 (2393). Zur Zuständigkeit nach dem UmwG s. o.

berufung sowie über die Ergänzung der Tagesordnung.⁸⁵ So bestimmt Art. 54 Abs. 2 SE-VO, dass die Hauptversammlung jederzeit vom Leitungs-, Aufsichts- oder Verwaltungsorgan einberufen werden kann.⁸⁶ Nach Art. 54 Abs. 1 SE-VO tritt die Hauptversammlung mindestens einmal im Kalenderjahr binnen sechs Monaten nach Abschluss des Geschäftsjahres zusammen und nicht wie die deutsche AG innerhalb von acht Monaten (§ 175 Abs. 1 S. 2 AktG). Im Übrigen verweist Art. 53 für die Organisation und den Ablauf der Hauptversammlung in weitem Umfang auf nationales Recht.⁸⁷

3. Versammlungsleitung

Bei der dualistischen SE gelten für die Leitung der Hauptversammlung keine Besonderheiten gegenüber einer inländischen AG, die Aufgabe wird regelmäßig vom Aufsichtsratsvorsitzenden übernommen.⁸⁸ Für die monistische SE wird im Hinblick auf die vom Versammlungsleiter zu fordernde Neutralität die Auffassung vertreten, dass ein Mitglied des Verwaltungsrats als dem Leitungsorgan der monistischen SE den Vorsitz in der Hauptversammlung nicht übernehmen könne.⁸⁹ Konsequenz dieser Auffassung wäre, dass die Versammlungsleitung durch einen Aktionär oder durch einen gesellschaftsfremden Dritten, wie zB einem Rechtsanwalt, wahrgenommen werden müsste. Die zutreffende Gegenauffassung lehnt dies jedoch ab, da nach hergebrachter Praxis die Hauptversammlung bei deutschen Aktiengesellschaften gerade auch in ihrem organisatorischen Ablauf von einem Spitzenvertreter des Unternehmens bestritten wird.⁹⁰ Unter dem Gesichtspunkt der Neutralität unbedenklich erscheint jedenfalls die Ausübung der Versammlungsleitung durch ein nicht geschäftsführendes Verwaltungsratsmitglied.⁹¹

4. Beschlussmehrheiten

Die Hauptversammlung bildet ihren Willen durch Beschlüsse. Im Grundsatz geht Art. 57 SE-VO – ebenso wie § 133 AktG – von dem Erfordernis einer einfachen Stimmenmehrheit aus, sofern die SE-VO oder das Aktienrecht am Sitzstaat der SE nicht eine größere Mehrheit vorschreibt.⁹² Im Unterschied zu § 133 AktG lehnt die hM im Rahmen des Art. 57 SE-VO die Möglichkeit ab, eine erhöhte Mehrheit durch die Satzung vorzuschreiben.⁹³ Soweit das AktG qualifizierte Kapitalmehrheiten erfordert,

sind solche nach zutreffender Auffassung von der Öffnungsklausel des Art. 57 SE-VO erfasst, wobei streitig diskutiert wird, ob diese in eine qualifizierte Stimmenmehrheit umzudeuten sind.⁹⁴

Qualifizierte Mehrheitserfordernisse bestehen nach der SE-VO für Satzungsänderungen (Art. 59), für die grenzüberschreitende Sitzverlegung (Art. 8 Abs. 6) und für die Umwandlung in eine nationale SE (Art. 66 Abs. 6 SE-VO). Für Änderungen der Satzung verlangt Art. 59 Abs. 1 SE-VO eine Mehrheit von zwei Dritteln der abgegebenen Stimmen, sofern das Aktienrecht im Sitzstaat der SE keine größere Mehrheit vorsieht oder zulässt. Umstritten ist, ob bzw. inwieweit § 179 Abs. 2 S. 1 AktG bei einer in Deutschland ansässigen SE anwendbar ist bzw. wie die vom AktG geforderten erhöhten Kapitalerfordernisse zu behandeln sind.⁹⁵ Hierzu wird vertreten, dass die Berücksichtigung von Kapitalmehrheiten ausscheidet und dass die im deutschen Recht vorgesehenen Kapitalmehrheiten bei europarechtskonformer Auslegung als erhöhte Stimmenmehrheiten von drei Viertel zu behandeln seien,⁹⁶ dass größere Mehrheit im Sinne der SE-VO auch eine höhere Kapitalmehrheit sein könne⁹⁷ und dass die erhöhten aktienrechtlichen Kapitalerfordernisse schlicht als zusätzliche Beschlusserfordernisse zu begreifen seien.⁹⁸ Nach § 51 SEAG kann die Satzung bestimmen, dass für einen Beschluss der Hauptversammlung über die Änderung der Satzung die einfache Mehrheit der abgegebenen Stimmen ausreicht, sofern nicht gesetzlich zwingend eine höhere Kapitalmehrheit vorgeschrieben ist, der Unternehmensgegenstand geändert oder die Sitzverlegung nach Maßgabe von Art. 8 Abs. 6 SE-VO beschlossen werden soll.

Bei Vorhandensein unterschiedlicher Aktiengattungen muss nach der abschließenden Regelung des Art. 60 SE-VO eine gesonderte Abstimmung (nicht: eine gesonderte Versammlung) durch jede Gruppe von Aktionären hinzukommen, deren spezifische Rechte durch den Beschluss berührt sind.⁹⁹

5. Niederschrift

Über die Beschlüsse der Hauptversammlung ist nach Maßgabe des § 130 AktG eine notarielle Niederschrift aufzunehmen.¹⁰⁰ Nicht abschließend geklärt ist, ob und in welcher Form die in § 130 Abs. 1 S. 3 AktG zugelassene Formerleichterung für nichtbörsennotierte Gesellschaften bei der SE Anwendung findet. Richtiger Ansicht nach bedürfen zumindest satzungsändernde Beschlüsse oder sonstige Grundlagenbeschlüsse auch in der nichtbörsennotier-

85 Vgl. *Brandt*, Die Hauptversammlung der Europäischen Aktiengesellschaft (SE), 2004, S. 173 ff.; *Semler/Volhard/Reichert/Liebscher*, Arbeitshandbuch für die Hauptversammlung, 4. Aufl. 2018, S. 1052.

86 Die Einberufungszuständigkeit der in Art. 54 Abs. 2 SE-VO genannten Organe besteht nach überwiegender Auffassung unabhängig vom nationalen Recht, vgl. *Brandt*, Die Hauptversammlung der Europäischen Aktiengesellschaft (SE), 2004, S. 180 f.; *MüKoAktG/Kubis*, 4. Aufl. 2017, Art. 54 SE-VO Rn. 8; einschränkend *Thümmel*, Europäische Aktiengesellschaft, S. 118.

87 Zum Versammlungsort s. BGH NJW 2015, 336; *Herrler ZGR* 2015, 918.

88 Vgl. etwa *Spindler/Stilz/Wicke*, AktG, 4. Aufl. 2019, Anh. § 119 Rn. 2.

89 *MüKoAktG/Kubis*, 4. Aufl. 2017, Art. 53 SE-VO Rn. 18.

90 *MüKoAktG/Reichert/Brandes*, 4. Aufl. 2017, Art. 45 Rn. 16; *Habersack/Drinhausen/Bücker*, SE-Recht, 2. Aufl. 2016, Art. 53 SE-VO Rn. 22; *Knapp DStR* 2012, 2392 (2394); *Spindler/Stilz/Wicke*, AktG, 4. Aufl. 2019, Anh. § 119 Rn. 4.

91 *Habersack/Drinhausen/Bücker*, SE-Recht, 2. Aufl. 2016, Art. 53 SE-VO, Rn. 22.

92 Im deutschen Aktienrecht besteht eine solche erhöhte Anforderung zB gem. § 103 AktG für die Abberufung von Aufsichtsratsmitgliedern.

93 *MüKoAktG/Kubis*, 4. Aufl. 2017, Art. 57 SE-VO Rn. 8; *Semler/Volhard/Reichert/Liebscher*, Arbeitshandbuch für die Hauptversammlung, 4. Aufl. 2018, S. 1054.

94 So *MüKoAktG/Kubis*, 4. Aufl. 2017, Art. 57 SE-VO Rn. 7; *Semler/Volhard/Reichert/Liebscher*, Arbeitshandbuch für die Hauptversammlung, 4. Aufl. 2018, S. 1054; s. zum Meinungsstand *Habersack/Drinhausen/Bücker*, SE-Recht, 2. Aufl. 2016, Art. 57 Rn. 22 ff.

95 S. zum Meinungsstand *Habersack/Drinhausen/Bücker*, SE-Recht, 2. Aufl. 2016, Art. 57 Rn. 22 ff., Art. 59 SE-VO Rn. 15 ff.

96 Vgl. *Spindler/Stilz/Eberspächer*, AktG, 4. Aufl. 2019, Art. 57, 58 SE-VO Rn. 5.

97 So etwa *Wicke MittBayNot* 2006, 196 (204).

98 In diesem Sinne etwa *Habersack/Drinhausen/Bücker*, SE-Recht, 2. Aufl. 2016, Art. 57 SE-VO Rn. 28, Art. 59 SE-VO Rn. 17 f.

99 *Habersack/Verse*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2019, 548.

100 *Schwarz*, SE-VO, Art. 59 Rn. 23; *Thümmel*, Europäische Aktiengesellschaft, S. 123; *Hirte*, DStR 2005, 700 (702).

ten SE stets der notariellen Beurkundung.¹⁰¹ Inhaltlich entspricht das Hauptversammlungsprotokoll der SE weitgehend der Niederschrift der Aktiengesellschaft. Abweichungen ergeben sich primär aus den unterschiedlichen Kompetenzzuweisungen an Verwaltungsrat und geschäftsführende Direktoren.

IV. Satzungsinhalt und -gestaltung

In der Satzung sind die wesentlichen Strukturmerkmale der SE festzulegen. Für die SE gilt nach dem Gesagten der Grundsatz der Satzungsstrenge. Art. 9 Abs. 1 SE-VO unterwirft die SE den Bestimmungen der auf der SE-VO beruhenden Satzung und den Satzungsbestimmungen, die auf nationalem Recht gründen. Über den für die deutsche Aktiengesellschaft nach § 23 AktG maßgebenden Mindestinhalt hinaus sind bei der Satzungsgestaltung der SE weitere Vorgaben stets zwingend zu beachten. So muss die Firma den Zusatz „SE“ enthalten (Art. 11 SE-VO), das Kapital muss auf Euro lauten und mindestens 120.000 Euro betragen, als Sitz muss der Ort bestimmt werden, an dem die Hauptverwaltung geführt wird (Art. 7 SE-VO, § 2 SE-AG). Die Satzung muss ferner die Wahl zwischen dem dualistischen und dem monistischen Leitungssystem treffen (Art. 38 SE-VO), die Zahl und die Amtsperiode der Organmitglieder festlegen¹⁰² und zustimmungspflichtige Geschäfte bestimmen (Art. 48 SE-VO).¹⁰³ Sie darf zu keinem Zeitpunkt im Widerspruch zu der ausgehandelten Mitbestimmungsvereinbarung stehen (Art. 12 Abs. 4 SE-VO).¹⁰⁴

Folgt die Satzung der SE dem dualistischen System, unterscheidet sie sich grundsätzlich nicht von der Satzung einer AG. Dies gilt insbesondere für die in der Satzung üblicherweise vorgesehenen allgemeinen Vorschriften, die Bestimmungen über Grundkapital und Aktien, die Hauptversammlung und den Jahresabschluss.¹⁰⁵ Demgegenüber enthalten Art. 43 ff., 46 ff. SE-VO und insbesondere §§ 20-49 SE-AG, die an die Stelle der §§ 76-116 AktG treten, eingehende Vorschriften zum monistischen System. Die betreffenden Satzungsermächtigungen im Rahmen des SEAG betreffen insbesondere die Zahl der Mitglieder des Verwaltungsrats (§ 23 Abs. 1 S. 2 SEAG), dessen innere Ordnung (§ 34 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 2 SEAG), die Form der Beschlussfassung des Verwaltungsrats (§ 35 Abs. 2 SEAG) und die Teilnahme von Nichtmitgliedern an dessen Sitzungen (§ 36 Abs. 3 SEAG) sowie Fragen der Geschäftsfüh-

rung und Vertretung durch die geschäftsführenden Direktoren (§ 40 Abs. 2 S. 2 Hs. 2, Abs. 4 S. 2, Abs. 5 S. 1, § 41 Abs. 2 S. 1, Abs. 3 S. 1 SEAG, § 44 Abs. 2 S. 1 SE-AG).

D. Gestaltungsspielräume bei der Arbeitnehmerbeteiligung

Ein wesentlicher Grund für die Bedeutung der SE in der Praxis liegt in den Gestaltungsspielräumen im Hinblick auf die Arbeitnehmerbeteiligung. Dies gilt in erster Linie für die Möglichkeit, das bestehende Mitbestimmungsniveau vor Erreichen der relevanten Schwellenwerte von 500 bzw. 2000 Arbeitnehmern zu perpetuieren. Familienunternehmen, die vor einschlägigen Veränderungen stehen, sollten die entsprechenden Möglichkeiten sorgfältig prüfen. Denn zwar ist bei Familienunternehmen – nach einem Wort von Sigle – einerseits „die Sozialbindung schon immer stärker gewesen als beim Durchschnitt der Unternehmen“, andererseits sind Familiengeschafter „in besonderem Maße sensibel, wenn es um Fremdbestimmung ihres Unternehmens geht“.¹⁰⁶ Kernelemente der SE-Richtlinie, die durch das SEBG umgesetzt wurde, sind die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens zur einvernehmlichen Festlegung der Arbeitnehmerbeteiligung („Vorrang der Verhandlungslösung“),¹⁰⁷ eine dazu subsidiäre Auffanglösung und das sogenannte „Vorher-Nachher-Prinzip“, das die Aufrechterhaltung des bisherigen Beteiligungsstandards sicherstellen soll.¹⁰⁸

I. Verhandlungsverfahren

Zu diesem Zweck haben die Leitungen der beteiligten Gesellschaften nach Offenlegung des Gründungsplans die Arbeitnehmerseite zu informieren und schriftlich zur Bildung eines besonderen Verhandlungsgremiums aufzufordern (§ 4 Abs. 1 und 2 SEBG)¹⁰⁹ mit dem Ziel, eine schriftliche Vereinbarung über die Beteiligung der Arbeitnehmer in der SE abzuschließen (§ 13 Abs. 1 SEBG). Die Verhandlungen können bis zu sechs Monate dauern (§ 20 Abs. 1 S. 1 SEBG) und einvernehmlich bis zu einem Jahr fortgesetzt werden (§ 20 Abs. 2 SEBG). Als Ergebnis des Verhandlungsprozesses sind drei mögliche Konstellationen denkbar: Der Abschluss einer Vereinbarung über die Beteiligung der Arbeitnehmer, ein Scheitern der Verhandlungen und der Abbruch bzw. die Nichtaufnahme von Verhandlungen (§ 16 SEBG). Die SE kann im Handelsregister erst dann eingetragen werden, wenn das Ergebnis der Verhandlungen im Sinne einer der drei vorgenannten Alternativen geklärt ist (vgl. Art. 12 Abs. 2 SE-VO).

1. Vereinbarung über die Mitbestimmung

Das primäre Ziel des SEBG liegt in einer Vereinbarung zwischen der Arbeitgeber- und der Arbeitnehmerseite, um eine maßgeschneiderte Lösung der (grenzüberschreitenden) betrieblichen sowie der unternehmerischen Mit-

101 Vgl. MüKoAktG/Kubis, 4. Aufl. 2017, Art. 53 SE-VO Rn. 20; Habersack/Drinhausen/Bücker, SE-Recht, 2. Aufl. 2016, Art. 53 Rn. 34; aA wohl Spindler/Stilz/Eberspächer, AktG, 4. Aufl. 2019, Art. 53 Rn. 7. Gegen eine Anwendung des § 130 Abs. 1 S. 3 AktG auf die SE Heckschen DNotZ 2003, 251 (268); Wicke MittBayNot 2006, 196 (204).

102 Vgl. zur Zahl der Organmitglieder 39 Abs. 4 SE-VO, § 16 SEAG, Art. 40 Abs. 3 SE-VO, § 17 SEAG, Art. 43 Abs. 2 SE-VO, § 23 SE-AG; zur Amtsperiode vgl. Art. 36 SE-VO. Nach Schwarz, SE-VO, Art. 6 Rn. 102 gehört auch die Bestimmung der Sitzungsperiode des Verwaltungsrats gemäß Art. 44 Abs. 1 SE-VO zum zwingenden Satzungsinhalt.

103 S. auch die Übersichten bei Habersack/Drinhausen/Dieckmann, SE-Recht, 2. Aufl. 2016, Art. 6 SE-VO Rn. 10; Lutter/Hommelhoff/Teichmann/J. Schmidt, SE-Kommentar, 2. Aufl. 2015, Art. 6 SE-VO Rn. 17; KK AktG/Maul, Art. 6 SE-VO Rn. 22; MüKoAktG/Oechsler/Mihaylova, 4. Aufl. 2017, Art. 6 Rn. 3; aA.; Manz/Mayer/Schröder/Schröder, Europäische Aktiengesellschaft, 3. Aufl. 2019, Art. 6 SE-VO Rn. 11, 14.

104 S. dazu etwa MüKoAktG/Schäfer, 4. Aufl. 2017, Art. 12 SE-VO Rn. 10f.

105 Vgl. zu einem Beispiel Herrler/Mense/Klie, Gesellschaftsrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, § 28 Rn. 2.

106 Zitat nach FS Pelzer/Sigle, 2001, 539 (547); ferner Bayer NJW 2016, 1930 (1934).

107 S. BT-Drs. 15/3405, S. 41; Watzlavic DB 2004, 1191 (1197).

108 S. BT-Drs. 15/3405, S. 41; ferner Dausen/Ludwigs/Kals/Klampff, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Stand März 2019, E. III. Rn. 583.

109 Vgl. Krause BB 2005, 1223.

bestimmung zu finden, die auch mit einem Verzicht auf die Unternehmensmitbestimmung verbunden sein kann.¹¹⁰ Bestimmte Mindestinhalte sind nach § 21 SEBG unbeschadet der Autonomie der Parteien im Übrigen für die schriftliche Vereinbarung vorgeschrieben. Im Falle der Gründung einer SE im Wege der formwechselnden Umwandlung besteht zudem die praxiswichtige Besonderheit, dass die Vereinbarung in Bezug auf alle Komponenten der Arbeitnehmerbeteiligung zumindest das gleiche Ausmaß gewährleisten muss, das in der umzuwandelnden Gesellschaft besteht (§ 21 Abs. 6 SEBG).¹¹¹

2. Abbruch/Nichtaufnahme von Verhandlungen; Auffanglösung

Beschließt das besondere Verhandlungsgremium die Nichtaufnahme oder den Abbruch der Verhandlungen, greifen die jeweiligen nationalen Vorschriften über die Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer, hingegen finden die Regelungen über die Mitbestimmung bzw. den SE-Betriebsrat kraft Gesetzes keine Anwendung (§ 16 SEBG).¹¹² Wird als Ergebnis der Verhandlungen keine Einigung erzielt, kommt die Auffanglösung zum Tragen. Demnach ist zum einen ein SE-Betriebsrat mit Unterrichts- und Anhörungsrechten, insbesondere in Bezug auf grenzüberschreitende Aspekte einzurichten (§§ 22-33 SEBG), zum anderen finden die Regelungen über die Mitbestimmung kraft Gesetzes Anwendung (§§ 34-38 SEBG).¹¹³ Im Fall der Gründung einer SE durch Umwandlung bleibt die bisherige Regelung zur Unternehmensmitbestimmung in der nationalen AG zwingend bestehen (§§ 34 Abs. 1 Ziff. 1, 35 Abs. 1 SEBG). Bei der SE-Gründung durch Verschmelzung kommt es zur Anwendung der Mitbestimmungsregelung mit dem (proportional) höchsten Anteil an Arbeitnehmervertretern, wenn für mindestens 25 % der Arbeitnehmer der beteiligten Gesellschaften und betroffenen Tochtergesellschaften bereits eine Mitbestimmung bestand.¹¹⁴

II. Perpetuierung und Neuverhandlung der Arbeitnehmerbeteiligung

1. „Einfrieren“ des status quo

Aufgrund des Vorher-Nachher-Prinzips wird es in der Praxis selten vorkommen, dass als Ergebnis des Verhandlungsverfahrens ein bestehender mitbestimmter Aufsichtsrat wieder aufgegeben wird. Die Verhandlungen über die Mitbestimmung werden aber nicht selten mit Blick auf die

gesetzlichen Auffangregelungen geführt, um das bestehende Mitbestimmungsregime zu perpetuieren. Damit bietet der Wechsel in die Rechtsform der SE für mitbestimmungsfreie Gesellschaften über die Auffangregelungen einen relativ sicheren Weg, die Gesellschaft zukünftig auch bei einem Ansteigen der Arbeitnehmerzahlen mitbestimmungsfrei zu halten oder den Wechsel von der Drittel- in die paritätische Mitbestimmung aufgrund steigender Arbeitnehmerzahlen für die Zukunft zu verhindern.¹¹⁵ Zu berücksichtigen ist allerdings, dass dies auch in die andere Richtung gilt, also bei einer Reduzierung der Mitarbeiterzahl.¹¹⁶ Zudem sind die Auswirkungen auf das soziale Klima zu bedenken, wenn entsprechende Maßnahmen gezielt vor Erreichen der maßgeblichen Schwellenwerte umgesetzt werden.¹¹⁷

2. „Ist-Zustand“ oder „Soll-Zustand“?

Aktuell in der Diskussion steht die Frage, ob sich das Mitbestimmungsstatut einer durch Formwechsel gegründeten SE nach dem tatsächlich praktizierten Mitbestimmungsniveau („Ist-Zustand“) oder nach der objektiven Rechtslage („Soll-Zustand“) bestimmt.¹¹⁸ Für den Fall, dass vor Eintragung einer durch formwechselnde Umwandlung gegründeten dualistischen SE in das Handelsregister bereits ein Statusverfahren eingeleitet worden ist, hat der II. Zivilsenat des BGH kürzlich entschieden, dass sich die Zusammensetzung des Aufsichtsorgans bei Anwendbarkeit der Auffangregelung über die Mitbestimmung kraft Gesetzes danach richtet, wie der Aufsichtsrat vor der Umwandlung nach den einschlägigen gesetzlichen Vorschriften richtigerweise zusammenzusetzen war, also nach dem „Soll-Zustand“.¹¹⁹

3. Neuverhandlung

Die verhandelte Lösung oder die Auffangregelung sind allerdings nicht für alle Zeiten fest zementiert. Im Fall von geplanten strukturellen Änderungen der SE, die geeignet sind, Beteiligungsrechte der Arbeitnehmer zu mindern, finden auf Veranlassung der Leitung der SE oder des SE-Betriebsrats erneut Verhandlungen über die Beteiligungsrechte der Arbeitnehmer der SE statt (§ 18 Abs. 3 SEBG). Zu strukturellen Veränderungen iSd § 18 Abs. 3 SEBG gehören etwa eine Verschmelzung, die Spaltung zur Aufnahme oder der Wechsel von der dualistischen zur monistischen Struktur der SE, nicht aber eine Veränderung der Mitarbeiterzahl.¹²⁰ Das SEBG unterscheidet begrifflich vielmehr zwischen Veränderungen der Zahl der Arbeit-

110 Sagasser/Clasen, in: Sagasser/Bula/Brünger/Sagasser/Clasen, Umwandlungen, 5. Aufl. 2017, § 14 Rn. 135; Krause BB 2005, 1226.

111 S. dazu Habersack/Henssler/Henssler, 4. Aufl. 2018, SEBG § 21 Rn. 55 ff.

112 Habersack/Drinhausen/Hohenstatt/Müller-Bonanni, SE-Recht, 2. Aufl. 2016, § 16 SEBG Rn. 3; Dauses/Ludwigs/Kalss/Klampfl, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Stand März 2019, E. III. Rn. 585.

113 Dauses/Ludwigs/Kalss/Klampfl, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Stand März 2019, E. III. Rn. 585; Thümmel, Europäische Aktiengesellschaft, S. 144.

114 Dauses/Ludwigs/Kalss/Klampfl, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Stand März 2019, E. III. Rn. 585; Habersack/Verse, Europäisches Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2019, S. 544 f.; MüKoAktG/Jacobs, 4. Aufl. 2017, § 35 SEBG Rn. 11 f.; Krause BB 2005, 1227; bei einer SE-Gründung durch Errichtung einer Holding oder einer Tochtergesellschaft gilt insofern eine Grenze von 50 % (§ 34 Abs. 1 Nr. 3 Buchst. a SEBG).

115 Fromholzer, Die SE als Rechtsformalternative für den Mittelstand, Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2012, S. 65; Grätz/Halm/Kurzböck Der Konzern 2016, 429 (432); Wiedemann/Frohmayer FuS 2014, 10 (13); Haider-Giangreco/Polte BB 2014, 2947 (2949).

116 Habersack/Drinhausen/Hohenstatt/Müller-Bonanni, SE-Recht, 2. Aufl. 2016, § 35 Rn. 10; MüKoAktG/Jacobs, 4. Aufl. 2017, § 18 SEBG Rn. 19; Fromholzer, Die SE als Rechtsformalternative für den Mittelstand, Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2012, S. 65.

117 FS Hommelhoff/Sigle, 2012, 1123 (1131 f.).

118 S. zum Meinungsstand Habersack AG 2018, 823; ferner Rombey/Vogt NZG 2019, 1412.

119 BGH BB 2019, 2300 mAnm Wendler/von Rimon; krit. Seibt EWIR 2019, 549; Mückl DB 2019, 2288; anders bei einem erst nach Abschluss einer Beteiligungsvereinbarung und Wirksamwerden des Formwandels in eine SE eingeleiteten Statusverfahren LG Berlin ZIP 2019, 2057; dazu Schatz EWIR 2019, 655.

120 Habersack/Drinhausen/Hohenstatt/Müller-Bonanni, SE-Recht, 2. Aufl. 2016, § 18 SEBG Rn. 10; MüKoAktG/Jacobs, 4. Aufl. 2017, § 18 SEBG Rn. 16 ff.

nehmer und strukturellen Veränderungen.¹²¹ Wird in diesen Verhandlungen keine Einigung erzielt, kommt wiederum die Auffangregelung über den SE-Betriebsrat und über die Mitbestimmung kraft Gesetzes zum Tragen, wobei für den Umfang der gesetzlichen Mitbestimmung die Sachlage nach Durchführung der strukturellen Änderung maßgeblich ist.¹²² Waren im Rahmen der Gründung der SE aufgrund eines Beschlusses des besonderen Verhandlungsgremiums keine Verhandlungen aufgenommen worden oder solche abgebrochen worden (§ 16 SEBG), so sind gem. § 18 Abs. 1 SEBG zwei Jahre nach dem Beschluss auf schriftlichen Antrag eines festgelegten Quorums der Arbeitnehmerseite erneut Verhandlungen aufzunehmen.

III. Besonderheiten beim monistischen System

Zu beachten ist, dass die Erstreckung der Arbeitnehmerbeteiligung auf das monistische System zu einer qualitativen Verstärkung der Mitbestimmung führen kann, da diese sich auf den Verwaltungsrat bezieht, der nicht nur an der Überwachung, sondern auch an der Leitung des Unternehmens beteiligt ist, zB über Weisungen an die geschäftsführenden Direktoren.¹²³ Für Familienunternehmen, die Fremdbestimmung in der Unternehmensleitung vermeiden möchten, scheidet das monistische System angesichts der erhöhten Einflussmöglichkeiten der Arbeitnehmervertreter daher häufig aus, insbesondere wenn sie bereits der Mitbestimmung unterliegen. Als bemerkenswerter Ausnahmefall einer mitbestimmten monistischen SE ist die PUMA SE zu erwähnen, für welche allerdings („nur“) die Drittel-Mitbestimmung und nicht die paritätische Mitbestimmung nach dem Mitbestimmungsgesetz gilt.

IV. Gestaltungsmöglichkeiten bei einer mitbestimmten SE mit dualistischem System

Die dualistische SE bietet im Vergleich zur Aktiengesellschaft ungeachtet der parallelen Governance-Struktur hingegen erweiterte Gestaltungsmöglichkeiten. So ist es möglich, den Aufsichtsrat bei bestehender Mitbestimmung zu verkleinern: Die Mitbestimmung wirkt sich bei der SE nach hM nur hinsichtlich des Anteils und nicht bezogen auf die absolute Zahl der Aufsichtsratsmitglieder aus (§ 35 Abs. 2 S. 2 SEBG, §§ 17 Abs. 1, 23 Abs. 1 SE-AG).¹²⁴ Die absoluten Zahlenvorgaben für die Größe des Aufsichtsrats nach § 7 MitbestG, die je nach der Zahl der Arbeitnehmer einen Aufsichtsrat mit 6, 16 oder gar 20 Mitgliedern erfordern, finden keine Anwendung.¹²⁵ Wohl aber muss der Satzungsgeber bei Umwandlung einer dem MitbestG unterliegen-

den AG in eine dualistische SE nach §§ 17 Abs. 3 SEAG eine gerade Zahl von Sitzen vorsehen und bei Umwandlung einer dem DrittelbG unterliegenden AG in eine dualistisch verfasste SE nach § 17 Abs. 1 S. 3 SEAG eine durch drei teilbare Zahl von Sitzen bestimmen, jeweils innerhalb der Mindest- und Höchstzahlen des § 17 Abs. 1 SEAG.¹²⁶

Daneben ist die bereits erwähnte ausgeweitete Geltung des Stichentscheids für den Vorsitzenden des Aufsichtsrats hervorzuheben: Nach Art. 50 Abs. 2 S. 1 SE-VO kommt diesem als gesetzlicher Regelfall bei Stimmgleichheit ein Stichentscheid zu. Bei einer paritätisch mitbestimmten dualistischen SE muss zwingend ein Anteilseignervertreter den Aufsichtsratsvorsitz übernehmen (Art. 42 S. 2 SE-VO). Das in § 27 MitbestG vorgesehene Verfahren, wonach die Anteilseigner erst im zweiten Anlauf – nach Stimmgleichheit im ersten Wahlgang – den Aufsichtsratsvorsitzenden bestimmen können, gilt insofern nicht.¹²⁷

E. Die SE als Komplementärin

I. SE & Co. KG

Im Kontext der Mitbestimmung ist auch der Einsatz der SE als Komplementärin einer SE & Co. KGaA bzw. SE & Co. KG zu sehen. Zahlreiche große Familienunternehmen sind als GmbH & Co. KG organisiert. Personengesellschaften gehören als solche nicht zu den nach dem Drittelbeteiligungsgesetz oder dem Mitbestimmungsgesetz von 1976 mitbestimmungsfähigen Rechtsformen.¹²⁸ Die GmbH & Co. KG wird jedoch unter den Voraussetzungen des § 4 Abs. 1 MitbestG der Mitbestimmung unterworfen – ggf. unter Zurechnung von Arbeitnehmern gem. § 5 MitbestG –, wenn die Kommanditisten die Mehrheit in der KG und der Komplementär-GmbH innehaben. Da für die unternehmerische Mitbestimmung in der SE allein das SEBG maßgeblich ist (§ 47 Abs. 1 Nr. 1 SEBG), finden die §§ 4, 5 MitbestG auf die SE & Co. KG keine Anwendung, weder direkt, noch analog.¹²⁹ Eine SE & Co. KG ist regelmäßig auch dann mitbestimmungsfrei, wenn sie mehr als 2000 Arbeitnehmer beschäftigt.¹³⁰ Über den Austausch der Komplementär-GmbH durch eine (Vorrats-)SE kann eine bestehende Mitbestimmungsfreiheit daher aufrechterhalten werden.¹³¹

II. SE & Co. KGaA

Für Familienunternehmen, die eine Börsennotierung anstreben und gleichzeitig den Familieneinfluss weitestgehend wahren möchten, ist die KGaA insbesondere mit einer SE als Komplementärin eine sehr interessante Rechtsformvariante, wie im Folgenden nur kurz angedeu-

121 Vgl. § 5 Abs. 4 SEBG und § 4 Abs. 3 Nr. 3 SEBG.

122 *Habersack/Henssler*, Mitbestimmungsrecht, 4. Aufl. 2018, § 18 SEBG Rn. 28; *Habersack/Drinhausen/Hohenstatt/Müller-Bonanni*, SE-Recht, 2. Aufl. 2016, § 18 SEBG Rn. 18.

123 S. dazu *Fromholzer*, Die SE als Rechtsformalternative für den Mittelstand, Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2012, S. 73 f.; ferner *Habersack/Drinhausen/Hohenstatt/Müller-Bonanni*, SE-Recht, 2. Aufl. 2016, § 35 Rn. 12 mit verfassungsrechtlichen Bedenken im Hinblick auf die paritätische Mitbestimmung.

124 Vgl. *Habersack/Drinhausen/Hohenstatt/Müller-Bonanni*, SE-Recht, 2. Aufl. 2016, § 35 SEBG Rn. 2 f. mwN.

125 *Fromholzer*, Die SE als Rechtsformalternative für den Mittelstand, Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2012, S. 75; *Deilmann/Häferer* NZA 2017, 607 (608).

126 *Habersack/Henssler*, Mitbestimmungsrecht, 4. Aufl. 2018, § 35 SEBG Rn. 6; *MüKoAktG/Jacobs*, 4. Aufl. 2017, § 35 SEBG Rn. 9.

127 *Fromholzer*, Die SE als Rechtsformalternative für den Mittelstand, Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2012, S. 75.

128 *Winter/Marx/De Decker* NZA 2016, 334.

129 *Winter/Marx/De Decker* NZA 2016, 334 (335); *FS Hommelhoff/Sigle*, 2012, 1123 (1129).

130 *Binz/Sorg*, Die GmbH & Co. KG, 12. Aufl. 2018, § 22 Rn. 22.

131 Vgl. im Einzelnen *FS Hommelhoff/Sigle*, 2012, 1123; *Schmaus/Banggen* ZIP 2019, 1360; *Bayer* NJW 2016, 1930 (1932 f.); *Frese* BB 2018, 2612; *Winter/Marx/De Decker* NZA 2016, 334. Darüber hinaus könnte auf diesem Wege auch eine bereits praktizierte Mitbestimmung beseitigt werden (*Sigle* aaO; *Winter/Marx/De Decker* aaO).

tet werden soll.¹³² Die Mitbestimmung ist bei der KGaA im Vergleich zur AG erheblich abgeschwächt, da der Aufsichtsrat deutlich geringere Kompetenzen hinsichtlich der Geschäftsführung hat, insbesondere mangels Personalkompetenz über die Geschäftsführung der Komplementärin und Befugnis zum Erlass einer Geschäftsordnung oder zur Begründung von Zustimmungserfordernissen für Maßnahmen der Geschäftsführung.¹³³

Das Verhältnis unter den Komplementären und gegenüber den Kommanditaktionären kann flexibel gestaltet werden, da gem. § 278 Abs. 2 AktG das Recht der KG gilt und nicht der Grundsatz der Satzungsstrenge (§ 23 Abs. 5 AktG). So können insbesondere die Rechte der Komplementärin gestärkt werden, indem zB Zustimmungserfordernisse für Handlungen, die über den gewöhnlichen Betrieb des Gewerbes hinausgehen (§§ 278 Abs. 2 AktG, 164 HGB), in der Satzung abbedungen werden.¹³⁴ Die wesentlichen Entscheidungsbefugnisse werden in der KGaA damit durch den Komplementär bzw. im Fall einer Kapitalgesellschaft und Co. KGaA durch die Gesellschafter der Komplementärgesellschaft ausgeübt. Wenn die Komplementärgesellschaft in der Hand der Unternehmerfamilie bleibt, kann der Familieneinfluss bei der Kapitalgesellschaft & Co. KGaA auch ohne Mehrheit in der Hauptversammlung gesichert werden und eine Übernahme verhindert werden, wenn die Gesellschaft an der Börse Kapital aufnimmt.¹³⁵

Für eine monistische SE als persönlich haftende Gesellschafterin spricht zunächst das höhere Prestige und das Image einer internationalen Ausrichtung.¹³⁶ Demgegenüber mag beim Rechtsformzusatz GmbH & Co. KGaA der Unterschied zur GmbH & Co. KG als kleiner Schwester für den allgemeinen Rechtsverkehr nicht immer hinreichend klar sein.¹³⁷ Im Vergleich zu einer Komplementär-AG kann die Unternehmerfamilie bei einer SE als Komplementärin über den Verwaltungsrat die Geschäfte des Unternehmens letztverantwortlich leiten, ohne die alltägliche Geschäftsführungstätigkeit zu übernehmen.¹³⁸ Schließlich wird in zahlreichen Praxisfällen das Argument wichtig gewesen sein, dass die noch immer umstrittene, von der hM¹³⁹ freilich verneinte Frage, ob die Vorschriften der §§ 4, 5 MitbestG über ihren Wortlaut hinaus auch auf die KGaA anzuwenden sind, durch eine SE als Komplementärin umgangen werden kann, da das Mitbestimmungsgesetz auf eine SE in jedem Fall nicht anwendbar ist (§ 47 SEBG).¹⁴⁰ Negativ zu Buche schlägt allerdings der erhöhte Rechtsberatungs- und Verwaltungsaufwand der SE & Co.

132 S. eingehend *Begemann*, Die SE & Co. KGaA als Rechtsform für Familienunternehmen, 2018; *Reichert* ZIP 2014, 1957; *Mayer-Uellner/Otte* NZG 2015, 737; *Eiff/Otte* GWR 2015, 246; *Werner* NWB 2016, 3868.

133 *Spindler/Stilz/Bachmann*, AktG, 4. Aufl. 2019, § 287 Rn. 9 f.; *MüKoAktG/Reichert/Perlitt*, 4. Aufl. 2015, § 287 Rn. 43.

134 HM, vgl. *Reichert* ZIP 2014, 1957 (1960); *Eiff/Otte* GWR 2015, 246 (247).

135 *Begemann*, Die SE & Co. KGaA als Rechtsform für Familienunternehmen, 72 ff., 360; *MüKoAktG/Reichert/Perlitt*, 4. Aufl. 2015, § 278 Rn. 281; *Eiff/Otte* GWR 2015, 246 (247).

136 *Eiff/Otte* GWR 2015, 246, 248; *Mayer/Uellner/Otte* NZG 2015, 737 (738); *Werner* NWB 2016, 3868 (3878).

137 *Mayer-Uellner/Otte* NZG 2015, 737 (738).

138 *Mayer-Uellner/Otte* NZG 2015, 737 (743).

139 OLG Celle MittBayNot 2016, 341; BGH NJW 1997, 1923 (1925); *Reichert* ZIP 2014, 1957 (1962); *Hüffer/Koch*, AktG, 13. Aufl. 2018, § 278 Rn. 22; aA aber *Habersack/Henssler*, Mitbestimmungsrecht, 4. Aufl. 2018, § 1 Rn. 40.

140 *Frombolzer*, Die SE als Rechtsformalternative für den Mittelstand, Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2012, S. 59 (67); *Mayer-Uellner/Otte* NZG 2015, 737 (738).

KG, der für kleinere Familienunternehmen regelmäßig unverhältnismäßig sein wird.¹⁴¹

III. Erosion der deutschen Mitbestimmung?

Wirft man den Blick über die Perspektive der juristischen Beratung von Familienunternehmen und ihrer Gesellschafter hinaus auf die breitere rechtspolitische Ebene, sollte nicht übersehen werden, dass die Mitbestimmung parteiübergreifend nach wie vor als „ein wesentliches Element der Sozialen Marktwirtschaft“ erachtet wird, und „einen nicht unerheblichen Betrag dazu geleistet [hat], dass Deutschland wirtschaftliche Krisen meistern konnte“.¹⁴² Wie Walter Bayer aufgezeigt hat, kann die systematische Ausnutzung gesetzlich eröffneter Gestaltungsspielräume zur Mitbestimmungsvermeidung durch eine immer größer werdende Zahl von Unternehmen zu einer schleichenden „Erosion der deutschen Mitbestimmung“ führen.¹⁴³ Im Rahmen der Reformdiskussion sollte daher einerseits das grundsätzliche Anliegen der Mitbestimmung hinreichend berücksichtigt werden, andererseits sichergestellt werden, dass sich deutsche Unternehmen im globalen Wettbewerb behaupten können.¹⁴⁴

E. Schluss

In absoluten Zahlen ist das Aufkommen der SE gering. Schaut man sich aber unter den wirtschaftlichen Schwergewichten um, wird deutlich, dass sich mittlerweile zahlreiche große Familiengesellschaften bzw. börsennotierte Unternehmen aus dem Dax und MDax für die Rechtsform der SE entschieden haben, mit stetig steigender Tendenz. Die Gründung der SE erfordert eine Umstrukturierung mit Mehrstaatenbezug, lässt sich aber nicht selten durch den Erwerb einer Vorratsgesellschaft stark vereinfachen. Das monistische Leitungssystem mit einem Verwaltungsrat, der die Leitentscheidungen trifft, und weisungsgebundenen geschäftsführenden Direktoren, eröffnet für Familienunternehmen in den unterschiedlichen Lebenszyklen weitreichende Spielräume zur Gestaltung ihrer Corporate Governance.

In einem starken Verwaltungsrat können die Familiengesellschafter repräsentiert sein, evt. der Senior mit dem Vorsitz, die laufenden Geschäfte können außer Verwaltungsratsmitgliedern auch anderen Familienmitgliedern oder externen Managern übertragen werden. Durch den Wechsel in die SE lässt sich ferner der bestehende Statuts der Mitbestimmung vor Erreichen der relevanten Schwellenwerte von 500 bzw. 2000 Arbeitnehmern konservieren, zudem kann der Aufsichtsrat der mitbestimmten SE im Vergleich zur AG durch entsprechende Satzungsregelungen verkleinert werden. Neben dem repräsentativen internationalen Image können die Vorteile der SE in der Corporate Governance auch durch ihre Verwendung als Komplementärin einer KGaA oder KG nutzen genutzt werden. Stets ist allerdings sorgfältig abzuwägen, ob der erhöhte Verwaltungs- und Beratungsaufwand den Einsatz der SE zu rechtfertigen vermag. ■

141 *Mayer-Uellner/Otte* NZG 2015, 737 (742).

142 S. BT-Drs. 18/8354; BT-Drs. 18, 8182; dazu *Bayer* NJW 2016, 1930 (1931).

143 *Bayer* NJW 2016, 1930.

144 S. zur Reformdebatte *Bayer* NJW 2016, 1930 (1934).

1. Liegenschaftsrecht – Zum Einsichtsrecht eines Miterben in das Grundbuch zur Klärung von Ausgleichsansprüchen

(OLG Braunschweig, Beschluss vom 11.6.2019 – 1 W 41/19)

BGB §§ 1924 Abs. 4, 2050, 2051, 2057

GBO §§ 12, 71 Abs. 1, 73, 78 Abs. 2

GBV § 46 Abs. 1, Abs. 3

1. Ein Miterbe kann ein berechtigtes Interesse an umfassender Grundbucheinsicht in ein früher dem Erblasser gehörendes Grundstück haben, wenn Ausgleichsansprüche gegen einen Miterben nach §§ 2050 ff. BGB in Betracht kommen.
2. Zur Klärung von Ausgleichspflichten nach §§ 2050 ff. BGB sind dem Miterben Auszüge aus den Grundakten zu erteilen, wenn nicht die schutzwürdigen Interessen des eingetragenen Eigentümers überwiegen.

Zur Einordnung

Neben Grundbuchämtern sind auch Notare nach § 133a GBO für eine isolierte Grundbucheinsicht zuständig. Da das Einsichtsbegehren in diesen Fällen nicht mit einem Beurkundungsauftrag zusammenhängt, handelt es sich um eine sonstige Betreuungstätigkeit iSd § 24 BNotO, deren Übernahme dem Notar freigestellt ist (vgl. Bauer/Schaub/Waldner, GBO, 4. Aufl. 2018, § 133a Rn. 1).

Ob im Einzelfall eine solche Grundbucheinsicht erteilt werden darf, richtet sich über den Verweis des § 133a Abs. 1 GBO nach der allgemeinen Regelung des § 12 GBO, der grundsätzlich die Darlegung eines „berechtigten Interesses“ verlangt (vgl. auch § 43 GBV). Rechtsprechung und Literatur konkretisieren diesen Begriff dahingehend, dass ein verständiges, durch die Sachlage gerechtfertigtes Interesse darzulegen ist (vgl. OLG Düsseldorf BeckRS 2015, 8478; Bauer/Schaub/Maaß, GBO, 4. Aufl. 2018, § 12 Rn. 9; BeckOK GBO/Wilsch, 37. Ed. 15.12.2019, § 12 Rn. 1). Keinesfalls ausreichend ist bloße Neugier, denn dies würde den schutzwürdigen Interessen eingetragener Berechtigter und damit dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung nicht genügend Rechnung tragen (vgl. KG RNotZ 2004, 464). Allerdings werden die Hürden nicht zu hoch gelegt, ausreichend kann vielmehr bereits ein tatsächliches oder wirtschaftliches Interesse sein (vgl. BayObLG NJW-RR 1998, 1241; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 525), wobei sich eine umfassende Kasuistik herausgebildet hat (vgl. nur Bauer/Schaub/Maaß, GBO, 4. Aufl. 2018, § 12 Rn. 26 ff.). Liegt ein berechtigtes Interesse vor, erstreckt sich das Einsichtsrecht – soweit das berechnete Interesse reicht – auf das Grundbuch einschließlich geschlossener Blätter, in Bezug genommene Urkunden, unerledigte Eintragungsanträge und über § 46 GBV auch auf die anderen Teile der Grundakten (vgl. Bauer/Schaub/Maaß, GBO, 4. Aufl. 2018, § 12 Rn. 58).

Nun zum Streitfall: Dieser betraf eine erbrechtliche Konstellation, nämlich die Frage, ob mögliche Ausgleichsansprüche unter Abkömmlingen ein berechtigtes Interesse begründen. Konkret hatten sich Eheleute zunächst gegenseitig zu Alleinerben und die drei gemeinsamen Kin-

der zu gleichberechtigten Schlusserben eingesetzt. Nach dem Tod des Ehemannes übertrug die Ehefrau das zuvor gemeinsame Hausgrundstück insgesamt auf eine Tochter, welche das Grundstück wenige Monate später an einen Dritten veräußerte. Nach dem Tod der Ehefrau beehrte der Sohn (selbst Miterbe zu 1/3-Anteil) vom Grundbuchamt Grundbucheinsicht einschließlich beglaubigter Abschriften des Übertragungsvertrages und des Kaufvertrages.

Das OLG Braunschweig bejahte im Ergebnis ein Einsichtsrecht; die Klärung möglicher Ausgleichsansprüche nach den §§ 2050 ff. BGB sei als wirtschaftliches Interesse anzuerkennen. Das OLG zieht insoweit eine Parallele zum Anliegen eines Pflichtteilsberechtigten, der nach dem Tod seine erbrechtlichen Ansprüche prüfen will und dem die hM ein Einsichtsrecht zubilligt (vgl. OLG München BeckRS 2012, 24440 mwN). Insbesondere bestehe auch ein berechtigtes Interesse auf Erteilung der begehrten Abschriften, denn der Übertragungsvertrag zwischen Ehefrau und Tochter könne Aufschluss über etwaige relevante schuldrechtliche Abreden geben, der Kaufvertrag zwischen Tochter und dem Dritten erlaube ggf. Rückschlüsse auf den Wert des Grundstücks.

Die Entscheidung bestätigt die eher weite Auslegung des Begriffs des berechtigten Interesses. Insbesondere wird klargestellt, dass sich ein Antragsteller nicht auf etwaige Auskunftsansprüche (zB nach §§ 2057, 2314 BGB) verweisen lassen muss, denn § 12 GBO enthält keine Einschränkung auf solche Fälle, in denen nicht anderweitig Auskunft verlangt werden kann (vgl. KG RNotZ 2004, 464).

Die Schriftleitung (JW)

Zum Sachverhalt:

[1] I. Die Eheleute W. und M. L. waren vormalig Eigentümer des im Grundbuch des Amtsgerichts H. von B. L. unter lfd. Nr. 1, 2 eingetragenen Hausgrundstücks. Der Antragsteller ist ein Sohn der Eheleute. Sein Vater W. L. verstarb 2013. W. und M. L. haben sich durch privatschriftliches gemeinschaftliches Testament aus dem Jahr 1993 gegenseitig zu Alleinerben eingesetzt und ihre drei Kinder zu gleichen Teilen als Erben des Letztversterbenden bestimmt (Bl. 131 d. A.). Das Testament wurde eröffnet. In der Folge wurde der Miteigentumsanteil von W. L. an dem vorbenannten Grundstück auf M. L. als Alleineigentümerin umgeschrieben. M. L. verstarb 2018. Gemäß dem Erbschein des Amtsgerichts H. vom 1.2.2019 (Az. 8 VI 384/18) wurde M. L. von dem Antragsteller, seiner Schwester B. R., geb. L., sowie den Erbinnen des vorverstorbenen Bruders D. gemeinsam beerbt.

[2] M. L. hatte ihr Eigentum an dem Hausgrundstück im Jahr 2013 auf ihre Tochter B. R. übertragen. B. R. veräußerte das Grundstück kurz darauf an eine dritte Person weiter. Sie gab der Betreuerin des Antragstellers auf Anfrage keine Auskunft über die Veräußerungsvorgänge. Der Antragsteller begehrt deshalb einen Grundbuchauszug und die Erteilung von Abschriften der notariellen Verträge, die zu einem Eigentumswechsel von W. L. und/oder M. L. auf dritte Personen geführt haben. Er macht geltend, im Hinblick [auf] erbrechtliche Ausgleichs- und/oder

Anrechnungsansprüche ein berechtigtes Interesse an den begehrten Auskünften zu haben.

[3] Mit Schreiben vom 2.3.2018 wies die Urkundsbeamtin den Antrag der Betreuerin auf Erteilung eines Grundbuchauszuges mit der Begründung zurück, dass der Beschwerdeführer eine Vollmacht der jetzigen Eigentümerin benötige. Auskunft, an wen B. R. das Grundstück veräußert habe, könne nicht erteilt werden (Bl. 136 d. A.). Mit gleicher Begründung wies das Grundbuchamt das nachfolgende anwaltliche Ersuchen zurück (Bl. 139, 143 d. A.). Auf das Anwaltsschreiben vom 17.4.2018 (Bl. 144 d. A.) erteilte die Urkundsbeamtin mit Schreiben vom 4.5.2018 einen „gekürzte[n]/teilweise[n] Grundbuchauszug“ bezogen auf den Erbfall nach dem Vater des Beschwerdeführers und lehnte den weitergehenden Antrag ab (Bl. 145 d. A.). Hiergegen legte der Beschwerdeführer mit Anwaltsschreiben vom 14.5.2018, beim Grundbuchamt eingegangen am 17.5.2018, „Rechtsmittel“ ein und machte Ausführungen zum rechtlichen Interesse an der Einsichtnahme (Bl. 147 d. A.). Die Urkundsbeamtin half dem nicht ab und legte den Vorgang der Rechtspflegerin zur Entscheidung vor (Bl. 146 d. A.).

[4] Mit Beschluss vom 1.8.2018 hat die Rechtspflegerin am Grundbuchamt der Erinnerung insoweit abgeholfen, dass dem Beschwerdeführer eine beglaubigte Abschrift der Auflassungsurkunde vom 21.3.2013 übersandt und mitgeteilt wurde, dass B. R. infolge der Auflassung am 24.7.2013 Eigentümerin der unter lfd. Nr. 1 und 2 im Bestandsverzeichnis eingetragenen Grundstücke geworden ist. Die Erteilung eines vollständigen Grundbuchauszuges lehnte sie unter Hinweis darauf ab, dass B. R. aktuell nicht mehr Eigentümerin sei.

[5] Mit Anwaltsschriftsatz vom 11.4.2019 hat der Beschwerdeführer um Zuleitung der Akten an das Oberlandesgericht gebeten zur Entscheidung über den „noch nicht bearbeiteten und insofern nicht abgeholfenen Antrag“ (Bl. 153 d. A.).

[6] Das Amtsgericht – Grundbuchamt – hat der Beschwerde durch Beschluss vom 14.5.2019 nicht abgeholfen und die Akten dem Oberlandesgericht zur Entscheidung vorgelegt (Bl. 156 d. A.).

Aus den Gründen:

[7] II. Die Beschwerde ist zulässig und hat auch in der Sache Erfolg.

Die Beschwerde ist zulässig

[8] 1. a) Das Anwaltsschreiben vom 11.4.2019 ist als Beschwerde gegen den Beschluss des Amtsgerichts – Grundbuchamtes – vom 1.8.2018 auszulegen. Mit der Bitte um Zuleitung der Akten an das Oberlandesgericht als dem nach der Gerichtsverfassung dem entscheidenden Gericht übergeordneten Beschwerdegericht (§ 119 Abs. 1 Nr. 1 b GVg) bringt der Antragsteller, auch ohne den Ausdruck „Beschwerde“ zu gebrauchen, eindeutig zum Ausdruck, dass er eine Entscheidung der nächsthöheren Instanz begehrt. Dazu ist die Beschwerde das einzig infrage kommende Rechtsmittel.

[9] Die Beschwerde richtet sich sowohl gegen die Versagung eines vollständigen Grundbuchauszuges als auch gegen die Nichterteilung von Abschriften der zur Grundakte gelangten Veräußerungsverträge. Das Amtsgericht hat sich in dem angefochtenen Beschluss zu den Abschrif-

ten zwar nicht explizit geäußert. Seine Entscheidung ist bei verständiger Würdigung jedoch als vollumfängliche Zurückweisung des Einsichtsgesuches zu werten, soweit dem Gesuch nicht stattgegeben wurde. Denn nach der Gesetzessystematik ist die Erteilung von Abschriften gemäß § 12 Abs. 2 GBO lediglich eine erweiterte Form der Grundbucheinsicht (vgl. Demharter, GBO, § 12 Rn. 22). Die Rechtspflegerin im Grundbuchamt ging auch erkennbar davon aus, abschließend über das Gesuch des Antragstellers zu entscheiden. Ihre Verfügung zu dem angefochtenen Beschluss endet mit der Anordnung „Weglegen“ (Bl. 149 R d. A.). Aus dem Beschwerdeschriftsatz ergibt sich, dass der Antragsteller den Beschluss vom 1.8.2018 ebenfalls als abschließende Entscheidung über das gesamte Gesuch verstanden hat. Das folgt aus der Formulierung „damit dieses [Anm.: gemeint ist das Oberlandesgericht] über unseren noch nicht bearbeiteten und insofern nicht abgeholfenen Antrag [Hervorhebung durch den Senat] entscheiden kann.“

[10] b) Gegen die Versagung von Grundbucheinsicht durch den Rechtspfleger (§ 3 Nr. 1 Buchst. h RPflG) ist die Beschwerde statthaft (§ 11 Abs. 1 RPflG mit § 71 Abs. 1 GBO; § 12 c Abs. 4 S. 2 GBO) und auch formgemäß nach § 73 GBO mit § 10 Abs. 2 S. 1 FamFG eingelegt. Die Beschwerde ist nicht fristgebunden.

[11] Der Antragsteller ist auch beschwerdeberechtigt. Durch die Behauptung, die Grundbucheinsicht zu dem Zweck zu benötigen, erbrechtliche Anrechnungs- und/oder Ausgleichsansprüche gegen seine Schwester B. R. als Miterbin hinsichtlich des Nachlasses von M. L. prüfen zu können, erscheint eine Beschwer zumindest möglich.

Die Beschwerde ist auch in der Sache erfolgreich

[12] 2. Der Antragsteller kann gemäß § 12 Abs. 1 S. 1 GBO und § 46 Abs. 1, 3 S. 1 GBV einen uneingeschränkten Grundbuchauszug und die Erteilung von beglaubigten Abschriften der Veräußerungsverträge verlangen. Einer Vollmacht der Grundstückseigentümerin bedarf es insofern nicht.

Zu den Anforderungen an das berechtigte Interesse

[13] a) Die Einsicht in das Grundbuch ist jedem gestattet, der ein berechtigtes Interesse darlegt (§ 12 Abs. 1 S. 1 GBO). In diesem Rahmen umfasst das Einsichtsrecht auch die in Bezug genommenen Urkunden (§ 12 Abs. 1 S. 2 GBO) und über § 12 Abs. 3 Nr. 1 GBO in Verbindung mit § 46 GBV den übrigen Inhalt der Grundakten, auch wenn dieser keinen unmittelbaren Bezug zur Grundbucheintragung hat (Demharter GBO, § 12 Rn. 9, 17; Hügel/Wilsch GBO, § 12 Rn. 5; OLG München, Beschluss vom 27. Februar 2019 – 34 Wx 28/19 –, Rn. 12 juris). Gemäß § 12 Abs. 2 GBO und § 46 Abs. 3 GBV kann, soweit ein Einsichtsrecht besteht, auch die Übersendung von Abschriften gefordert werden.

[14] Ein berechtigtes Interesse an der Einsicht in das Grundbuch im Sinne von § 12 Abs. 1 GBO ist nach der Rechtsprechung gegeben, wenn ein verständiges, durch die Sachlage gerechtfertigtes Interesse des Antragstellers dargetan wird, das sich im Unterschied zum rechtlichen Interesse nicht auf ein bereits vorhandenes Recht oder konkretes Rechtsverhältnis stützen muss, sondern auch mit einem (beispielsweise) bloß tatsächlichen, insbesondere wirtschaftlichen Interesse begründet werden kann (OLG Oldenburg, Beschluss vom 30. September 2013 – 12 W 261/13 (GB) –, Rn. 2 juris = RPfleger 2014, 131; OLG

München, Beschluss vom 14. Juni 2018 – 34 Wx 188/18 –, Rn. 11 juris; Beschluss vom 11. Januar 2018 – 34 Wx 408/17 –, Rn. 13 juris; Demharter, GBO, § 12 Rn. 7 ff.).

[15] Darlegung bedeutet einen nachvollziehbaren Vortrag von Tatsachen in der Weise, dass dem Grundbuchamt daraus die Überzeugung von der Berechtigung des geltend gemachten Interesses verschafft wird, also mehr als die bloße Behauptung von Tatsachen und mehr als einen pauschalen Vortrag (Demharter, GBO, § 12 Rn. 13; Hügel/Wilsch, GBO, § 12 Rn. 7). Entscheidend ist in der Regel das Vorbringen sachlicher Gründe, die die Verfolgung unbefugter Zwecke oder bloßer Neugier ausgeschlossen erscheinen lassen (OLG München, Beschluss vom 27. Februar 2019 – 34 Wx 28/19 –, Rn. 16 juris; KG Berlin, Beschluss vom 19. Juni 2001 – 1 W 132/01 –, Rn. 9 juris = NJW 2002, 223 ff.). Dies ist im Fall erbrechtlicher Ansprüche nicht grundsätzlich der Fall, sondern im Einzelfall zu prüfen (Maaß in: Bauer/von Oefele, GBO, § 12 Rn. 38; Hügel/Wilsch, GBO, § 12 Rn. 58).

Ein berechtigtes Interesse liegt hier vor

[16] b) Gemessen an diesen Grundsätzen hat der Antragsteller vorliegend sein berechtigtes Interesse an der Einsicht in das Grundbuch und in die Veräußerungsverträge dargetan.

[17] aa) Der Antragsteller ist Erbe der verstorbenen früheren Grundstückseigentümerin M.L. und befindet sich in einer Erbengemeinschaft mit seiner Schwester B.R., die das hier betroffene Grundstück zu Lebzeiten von M.L. erworben und sodann an die aktuelle Eigentümerin weiterveräußert hat. Dass der Antragsteller und B.R. Miterben sind, ergibt sich aus dem Vortrag des Antragstellers im Schriftsatz vom 11.4.2019 (Bl. 153 d. A.). Darin wird auf den gemeinschaftlichen Erbschein des Amtsgerichts H. vom 1.2.2019 hingewiesen. Das Grundbuchamt hat diese Angabe überprüft, indem es die Nachlassakte beigezogen hat. Unbeachtlich ist hier, ob das Erbrecht auf gesetzlicher oder gewillkürter Erbfolge beruht.

Die Klärung von Ausgleichspflichten nach §§ 2050 ff. BGB ist als wirtschaftliches Interesse anzuerkennen

[18] bb) Der Antragsteller hat ausreichend dargelegt, dass sein Gesuch der Klärung von Ausgleichspflichten nach §§ 2050 ff. BGB dient. Hierin liegt ein anzuerkennendes wirtschaftliches Interesse des Antragstellers (vgl. OLG München, Beschluss vom 11. Januar 2018 – 34 Wx 408/17 –, Rn. 15 juris). Nach §§ 2050 ff. BGB haben Abkömmlinge des Erblassers unter bestimmten Voraussetzungen lebzeitige Zuwendungen des Erblassers untereinander auszugleichen. Vorliegend erscheinen derartige Ansprüche möglich, weil die Erblasserin ihrer Tochter B.R. das hier gegenständliche Hausgrundstück zu Alleineigentum zugewendet hat, ihr nach gesetzlichem Erbrecht jedoch wertmäßig nur 1/3 des Nachlasses zusteht, weil Abkömmlinge zu gleichen Teilen erben (§ 1924 Abs. 4 BGB). Das Ehegattentestament aus dem Jahr 1993 enthält die entsprechende Anordnung, dass die drei Kinder zu gleichen Teilen erben sollen. Bei gewillkürter Erbfolge könnten die Ausgleichsregeln der §§ 2050, 2051 BGB demnach über § 2052 BGB anwendbar sein.

Das OLG zieht eine Parallele zu Pflichtteilsberechtigten

[19] Das Anliegen des Antragstellers ist vergleichbar mit einem Pflichtteilsberechtigten, dem in der Regel ein berechtigtes Interesse im Sinne von § 12 GBO in Verbindung mit § 46 GBV zuerkannt wird, wenn er nach dem Tod des

im Grundbuch eingetragenen Erblassers seine erbrechtlichen Ansprüche prüfen will (h. M., vgl. OLG München, Beschluss vom 07. November 2012 – 34 Wx 360/12 –, Rn. 8 juris = FamRZ 2013, 1070-1071; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 5. September 2013 – 11 Wx 57/13 –, Rn. 10 juris = ZEV 2013, 621-623; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 4. Februar 2014 – I-3 Wx 15/14 –, Rn. 12 juris; Beschluss vom 7. April 2015 – I-3 Wx 61/15 –, Rn. 13, 14 juris; LG Stuttgart, Beschluss vom 9. Februar 2005 – 1 T 1/2005 –, Rn. 9 juris; Demharter, GBO, § 12 Rn. 12 a. E.). Dem Pflichtteilsberechtigten wird Grundbucheinsicht auch dann gewährt, wenn inzwischen der Erbe oder ein Dritter als Rechtsnachfolger im Grundbuch eingetragen ist, weil es zur Klärung dient, ob Pflichtteilsergänzungsansprüche entstanden sind (OLG München, Beschluss vom 7. November 2012 – 34 Wx 360/12 –, Rn. 8 juris = FamRZ 2013, 1070-1071; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 5. September 2013 – 11 Wx 57/13 –, Rn. 10 juris = ZEV 2013, 621-623). Auch wenn der Erblasser vor seinem Tod eine Immobilie veräußert hat, soll der Pflichtteilsberechtigte selbst überprüfen können, ob es Anhaltspunkte für eine zumindest teilweise Unentgeltlichkeit der Übertragung gibt. Der Erwerber muss es hinnehmen, dass erbrechtliche Beteiligte über die Grundbucheinsicht das Bestehen etwaiger Ansprüche im Zusammenhang mit dem Erbfall prüfen (OLG Karlsruhe, Beschluss vom 5. September 2013 – 11 Wx 57/13 –, Rn. 10 juris = ZEV 2013, 621-623).

[20] Diese Wertungen sind auf den vorliegenden Sachverhalt übertragbar.

Der Antragsteller kann einen vollständigen Grundbuchauszug verlangen

[21] (1) Der Antragsteller kann aus § 12 Abs. 1 S. 1 GBO einen vollständigen Grundbuchauszug verlangen. Sein berechtigtes Interesse erstreckt sich nicht lediglich auf das Bestandsverzeichnis und die Angaben in Abteilung I des Grundbuchs oder Teile davon, sondern auf die gesamten Eintragungen (vgl. OLG München, Beschluss vom 7. November 2012 – 34 Wx 360/12 –, Rn. 8 juris = FamRZ 2013, 1070-1071). Denn neben den Eigentumsverhältnissen ist für die Höhe der Zuwendung an B.R. auch von Bedeutung, ob und ggf. in welchem Umfang dingliche Belastungen übernommen oder neu begründet worden sind.

Ihm ist auch eine beglaubigte Abschrift des Übertragungsvertrags zu erteilen

[22] (2) Der Antragsteller hat zudem gemäß § 12 Abs. 3 Nr. 1 GBO i. V. m. § 46 Abs. 1, 3 GBV Anspruch auf eine beglaubigte Abschrift des Veräußerungsvertrages vom 21.3.2013 zwischen M.L. und ihrer Tochter B.R.. Der Veräußerungsvertrag vermag Aufschluss zu geben über schuldrechtliche Vereinbarungen, die nicht zum eigentlichen Grundbuchinhalt gehören, dessen Publizität § 12 Abs. 1 GBO sicherstellt, und die daher nicht dem Einsichtsrecht nach § 12 Abs. 1 S. 2 GBO unterliegen. Insofern ist das Interesse an der Grundbucheinsicht mit dem Recht des Betroffenen auf informationelle Selbstbestimmung abzuwägen (OLG München, Beschluss vom 27. Februar 2019 – 34 Wx 28/19 –, Rn. 14 juris). Es ist im Einzelfall zu prüfen, ob durch die Einsichtnahme schutzwürdige Interessen der Eingetragenen oder ihrer Rechtsnachfolger verletzt werden können, um Unbefugten keinen Einblick in deren Rechts- und Vermögensverhältnisse zu gewähren (Bayerisches Oberstes Landesgericht, Beschluss vom 3. Dezember 1998 – 2Z BR 174/98 –, Rn. 13 juris = Rpfleger

1999, 216/217; OLG München, Beschluss vom 11. Januar 2018 – 34 Wx 408/17 –, Rn. 14 juris; Demharter, GBO, § 12 Rn. 14). Es gilt auch deshalb ein strenger Maßstab, weil diese Beteiligten im Einsichtsverfahren nicht angehört werden (Hügel/Wilsch, GBO, § 12 Rn. 25).

[23] Bei Abwägung der maßgeblichen Umstände überwiegen hier die Interessen des Antragstellers. Schutzwürdige Belange der Miterbin B. R. stehen nicht entgegen, weil sie dem Antragsteller und den übrigen Erben gemäß § 2057 BGB ohnehin zur Auskunft über die erhaltenen Zuwendungen verpflichtet ist. Rechte der aktuellen Eigentümerin werden durch die Überlassung der Abschrift nicht tangiert, weil sie selbst nicht Vertragspartei des notariellen Vertrages vom 21.3.2013 war.

Der Antragsteller kann auch eine beglaubigte Abschrift des Kaufvertrages verlangen

[24] (3) Der Antragsteller kann schließlich gemäß § 46 Abs. 1, 3 GBV auch eine beglaubigte Abschrift des notariellen Kaufvertrages vom 13.11.2013 verlangen.

[25] Der Anspruch ist von seinem Auskunftsbegehren gedeckt. Der Antrag vom 19.3.2018 (Bl. 139 d. A.) bezieht sich im Wortlaut zwar nur auf notarielle Verträge, die zu einem Eigentumswechsel von W. und/oder M. L. auf dritte Personen geführt haben. Damit wäre die Weiterveräußerung des Grundstücks von B. R. an die aktuelle Eigentümerin strenggenommen nicht erfasst. Doch wird aus der Begründung der Beschwerde deutlich, dass der Antragsteller ebenfalls Einsicht in den Kaufvertrag zwischen B. R. und der aktuellen Eigentümerin begehrt. Er möchte erfahren, zu welchem Kaufpreis B. R. das Grundstück veräußert hat, nachdem es ihr die Mutter übertragen hat.

[26] Auf die Auslegung des Antrages kommt es im Ergebnis nicht an, weil in derselben Vertragsurkunde zugleich ein Veräußerungsgeschäft von M. L. beurkundet wird. M. L. hat mit dem notariellen Vertrag vom 13.11.2013 ein angrenzendes Flurstück, das nunmehr unter lfd. Nr. 3 im Bestandsverzeichnis des hier betroffenen Grundbuchblattes geführt wird, an die aktuelle Eigentümerin verkauft.

[27] Das berechnete Interesse des Antragstellers an der Einsicht in den Vertrag überwiegt die schützenswerten Belange der Erwerberin des Grundstücks. Die Einsicht in den Vertrag ist zur Befriedigung des berechtigten Interesses des Antragstellers erforderlich. Er benötigt die nicht schon aus dem Grundbuchauszug folgenden Informationen zum Kaufpreis und den weiteren Vertragsmodalitäten als Grundlage für die Wertbemessung des Grundstücks im Veräußerungszeitpunkt. Die Angaben sind nötig, um prüfen zu können, ob Ausgleichsansprüche gegen die Miterbin B. R. entstanden sind. Dahinter hat das Geheimhaltungsinteresse der Käuferin des Grundstücks hinsichtlich dieser Daten zurückzustehen. Die Daten genießen keinen besonderen Schutz, weil sie von der Auskunftspflicht des Miterben aus § 2057 BGB erfasst und aufgrund der gesetzlichen Auskunftsverpflichtung ohnehin preisgegeben wären.

[28] Der Antragsteller muss sich nicht auf seinen Anspruch aus § 2057 BGB gegen seine Schwester B. R. als Miterbin verweisen lassen (vgl. KG Berlin, Beschluss vom 20. Januar 2004 – 1 W 294/03 –, Rn. 4 juris = MDR 2004, 943-944; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 5. September 2013 – 11 Wx 57/13 –, Rn. 11 juris). § 12 GBO ist eine Einschränkung des Einsichtsrechts auf Fälle, in denen die

benötigte Auskunft nicht anderweitig – etwa durch Einholung der Auskünfte Dritter – erlangt werden kann, nicht zu entnehmen. Zudem kann der Miterbe gerade ein berechtigtes Interesse daran haben, die Richtigkeit einer ihm erteilten Auskunft durch eigene Einsichtnahme in das Grundbuch zu überprüfen.

[29] 3. Anlass für die Anordnung der Erstattung außergerichtlicher Kosten besteht nicht, vgl. § 81 Abs. 1 S. 1 FamFG.

[30] 4. Die Voraussetzungen für die Zulassung der Rechtsbeschwerde (§ 78 Abs. 2 GBO) liegen nicht vor.

[31] 5. Die Wertfestsetzung folgt aus §§ 61, 36 Abs. 1 und 3 GNotKG. Anhaltspunkte für eine tragfähige Schätzung des Wertes des von dem Antragsteller mit seinem Rechtsmittel verfolgten Interesses an einer Erleichterung seiner Rechtsverfolgung sind der Grundakte nicht zu entnehmen. ■

2. Liegenschaftsrecht – Kein Gutglaubensschutz bei Erwerb eines Grundstücks kraft Gesetzes durch Erbfolge

(*OLG Naumburg*, Beschluss vom 21.5.2019 – 12 Wx 10/19)

BGB § 892
GBO §§ 22 Abs. 1, 53 Abs. 1 S. 1

Bei dem Erwerb eines Grundstücks kraft Gesetzes durch Erbfolge scheidet ein Gutglaubensschutz nach § 892 f. BGB aus.

Zur Einordnung

Der Eintragung im Grundbuch kommt keine formelle oder materielle Rechtskraft zu, so dass aus der Eintragung eines Rechts bzw. Löschung des Rechts nicht automatisch auf dessen Bestehen bzw. Nichtbestehen geschlossen werden kann. Jedoch erzeugt das Grundbuch umfassende Publizitätswirkungen: Zunächst enthält § 891 BGB eine widerlegbare prozessual-beweisrechtliche Vermutung des Bestehens eingetragener Rechte (bzw. des Nichtbestehens gelöschter Rechte), so dass der Rechtsverkehr in die Richtigkeit des Grundbuchs vertrauen darf (vgl. *MüKoBGB/Kohler*, 8. Aufl. 2020, § 891 Rn. 1). Diese Vermutung wird im Interesse des Verkehrsschutzes bei Grundstücksgeschäften durch § 892 BGB erweitert, indem zugunsten eines gutgläubigen Erwerbers die Richtigkeit und Vollständigkeit des Grundbuchs angenommen wird und auch nicht eingetragene Rechte und Verfügungsbeschränkungen als nichtbestehend fingiert werden, so dass ein gutgläubiger lastenfrier Erwerb ermöglicht wird (vgl. *MüKoBGB/Kohler*, 8. Aufl. 2020, § 892 Rn. 1; *BeckOK BGB/H.-W. Eckert*, 52. Ed. 1.11. 2019, BGB § 892 Rn. 1). Ist kein Widerspruch eingetragen, verhindert nur positive Kenntnis des Erwerbers von der Unrichtigkeit bzw. Unvollständigkeit den gutgläubigen Erwerb.

Diese umfassenden Wirkungen gelten jedoch nicht für jede Form des Erwerbs, sondern nach dem Wortlaut des § 892 Abs. 1 S. 1 BGB allein für einen Erwerb durch Rechtsgeschäft; nicht anwendbar ist die Norm dagegen bei gesetzlichem Erwerb (zB Erbfolge) oder bei Erwerb durch Hoheitsakt (vgl. hierzu *BGH NJW* 1953, 898; *MüKoBGB/Kohler*, 8. Aufl. 2020, § 892 Rn. 24, 28, 31; *Stau-*

dingen/*Picker*, BGB, Neubearb. 2019, § 892 Rn. 81 f.). Zudem sind nach allgemeiner Auffassung nur solche Rechtsgeschäfte erfasst, bei denen auf Erwerberseite mindestens eine Person beteiligt ist, die nicht auch auf der Veräußererseite beteiligt ist (sog. Verkehrsgeschäft, vgl. BeckOK BGB/H.-W. Eckert, 52. Ed. 1.11.2019, BGB § 892 Rn. 8).

Das OLG Naumburg hatte sich im Streitfall mit der Anwendung des § 892 BGB im Falle des Erwerbs durch Erbfolge zu beschäftigen. Der zugrunde liegende Sachverhalt ist dabei durchaus kurios: Der *Schmied* O. W. aus B. war seit 1928 eingetragener Eigentümer eines Grundstücks. Durch eine Namensverwechslung trug das Grundbuchamt im Jahr 1996 im Zuge einer Grundbuchberichtigung versehentlich den X, Erbe des *Schuhmachermeisters* O. W. aus E., als Eigentümer ein. Das Versehen blieb zunächst unbemerkt, so dass im Jahr 2013 eine weitere Grundbuchberichtigung aufgrund Erbfolge (eingetragen wurde der Beschwerdeführer als Erbe des X) erfolgte, bevor sich schließlich im Jahr 2017 der (Erbes-)Erbe des *Schmieds* O. W. aus B. meldete und auf den Fehler im Jahr 1996 hinwies. Das Grundbuchamt trug daraufhin wieder den ursprünglichen Eigentümer (*Schmied* O. W. aus B.) ein, was der Beschwerdeführer nunmehr angreift. Das OLG verwirft die Beschwerde, denn das Grundbuch sei durch die Löschung des Beschwerdeführers als Eigentümer und die erneute Eintragung des *Schmieds* O. W. aus B. nicht unrichtig geworden. Insbesondere stellt das OLG knapp fest, dass auch kein gutgläubiger Erwerb durch den Beschwerdeführer in Betracht komme, da § 892 BGB bei einem Erwerb kraft Gesetzes durch Erbfolge ausscheide.

Die Entscheidung ruft die tatbestandlichen Grenzen des § 892 BGB in Erinnerung. Dabei bleibt die Gesamtrechtsnachfolge auch dann gesetzlicher Erwerb, wenn sie durch ein Rechtsgeschäft (zB Erbvertrag, Testament) veranlasst ist (vgl. MüKoBGB/*Kohler*, 8. Aufl. 2020, § 892 Rn. 31). Die hM stellt sogar die lebzeitige Übertragung im Wege der vorweggenommenen Erbfolge einem Erwerb aufgrund Erbfolge gleich, so dass § 892 BGB auch in diesem Fall nicht eingreifen soll (so etwa OLG Zweibrücken MittRhNotK 2000, 117 [118]; BayObLG NJW-RR 1986, 882; vgl. jedoch BGH NJW 1982, 761 [762], wonach § 892 BGB im Rahmen einer Schenkung Anwendung findet).

Die Schriftleitung (JW)

Zum Sachverhalt:

I.

[1] Der *Schmied* O. W. aus B. war aufgrund Erbauseinandersetzungsvertrages vom 17. November 1927, beurkundet durch den Notar Sch. in H., seit dem 17. Januar 1928 als Eigentümer des im Grundbuch von S. Blatt...7 (vormals Blatt ...6) eingetragenen Flurstücks .../63 der Flur ... der Gemarkung S. eingetragen. Auf den ohne Bezug zu einem bestimmten Grundbuch bzw. Flurstück gestellten Antrag von E. M., geb. W., und H. K., geb. R., vom 16. Januar 1994 ist E. M. am 25. April 1996 aufgrund des öffentlichen Testaments vom 15. Oktober 1940 als Eigentümerin u. a. in das Grundbuch von S. Blatt ...7 eingetragen worden. Ihr nachfolgend ist am 26. Februar 2013 der Beteiligte zu 1), geb. am 6. Mai 1982, aufgrund Erbscheins

des Amtsgerichts Oschersleben vom 6. Dezember 2012 als Eigentümer in das Grundbuch von S. Blatt ...7 eingetragen worden.

[2] Der Beteiligte zu 2) hat mit Schriftsatz vom 9. März 2017 mitgeteilt, dass er über eine längere Erbfolge Erbe nach O. W. sei und dass nicht nachvollziehbar sei, dass Frau E. M. in das Grundbuch von S. Blatt ...7 als erste Eigentümerin eingetragen sei. Das Grundbuchamt des Amtsgerichts H. hat den Beteiligten zu 1) mit Verfügung vom 30. Juni 2017 darauf hingewiesen, dass es beabsichtige, den *Schmied* O. W. in B. wieder als Eigentümer in das Grundbuch Blatt ...7 einzutragen. Bei der Berichtigung der Grundbücher von E. Blatt ...1, Sch. Blatt ...8 und S. Blatt ...7 sei seinerzeit nicht beachtet worden, dass in Blatt ...1 und ...8 der *Schuhmachermeister* O. W. in E., in Blatt ...7 aber der *Schmied* O. W. in B. eingetragen gewesen sei. Ungeachtet der unterschiedlichen Berufsbezeichnungen und Wohnorte sei fälschlich von Personenidentität ausgegangen worden.

[3] Der Beteiligte zu 1) ist dem mit Schriftsätzen vom 9. August 2017 und vom 8. September 2017 entgegengetreten. Die Voraussetzungen einer Grundbuchberichtigung zugunsten der Erben des O. W. in B. lägen nicht vor, die ihm übersandten Belege seien kein Nachweis.

[4] Das Grundbuchamt hat am 9. April 2018 den Beteiligten zu 1) als Eigentümer im Grundbuch von S. Blatt ...7 gelöscht und unter lfd. Nr. 4 als Eigentümer „*Schmied* O. W. in B.“ eingetragen und hierzu vermerkt:

„Aufgrund Nachweis der Grundbuchunrichtigkeit gemäß § 22 Abs. 1 GBO (Namensgleichheit) wird der aufgrund der Auflassung vom 17.11.1927 am 17.1.1928 als lfd. Nr. 1 der Abteilung I eingetragene Eigentümer im Wege der Berichtigung wieder eingetragen am 9.4.2018.“

[5] Gegenüber den Beteiligten hat das Grundbuchamt dies mit Verfügung vom 9. April 2018 damit begründet, dass die ursprüngliche Eigentümerintragung wiederhergestellt worden sei, bevor es zu der Grundbuchberichtigung aufgrund von Erbnachweisen nach dem *Schuhmachermeister* O. W. in E. gekommen sei. Grundlage sei der Vertrag vom 17. November 1927, der in der Form des § 29 GBO vorliege, da die Notariatsakten des Notars Sch. im hiesigen Amtsgericht archiviert seien.

[6] Der Beteiligte zu 1) hat mit Schriftsatz vom 8. Mai 2018 Einspruch mit dem Ziel eingelegt, dass ein Widerspruch gegen die Eintragung vom 9. April 2018 eingetragen wird. Diese sei entgegen der dem Antragsteller obliegenden Darlegungs- und Beweislast vorgenommen worden. Es treffe auch nicht zu, dass er nichts zur Entkräftung der Erklärungen und Nachweise vorgebracht habe. Die Urkunde des Notars Sch. vom 17. November 1927 sei nicht geeignet, die Unrichtigkeit des Grundbuchs zu belegen.

[7] Nach der zwischenzeitlichen Anforderung weiterer Originalunterlagen seitens des Grundbuchamtes und der Gewährung rechtlichen Gehörs hierzu hat der Beteiligte zu 1) mit Schriftsatz vom 11. März 2019 bekräftigt, dass er die Unrichtigkeit des Grundbuchs nicht für nachgewiesen erachte. Das Grundbuchamt hat dem Einspruch durch Beschluss vom 13. März 2019 nicht abgeholfen und das Verfahren dem Oberlandesgericht zur Entscheidung vorgelegt.

Aus den Gründen:

II.

Die Beschwerde ist zulässig

[8] Die Beschwerde ist nach § 71 GBO zulässig. Zwar kann ein Rechtsmittel nach § 71 Abs. 2 S. 1 GBO nicht gegen eine Eintragung gerichtet werden. Gleichwohl war die Beschwerde hier als zulässig zu werten, da das Begehren des Beteiligten zu 1) ausdrücklich die Anregung zur Eintragung eines Amtswiderspruchs enthält. Soweit das Grundbuchamt nach § 53 GBO verpflichtet ist, von Amts wegen tätig zu werden, kann es dazu im Beschwerdewege angehalten werden, so dass die Eintragung eines Widerspruchs nach § 53 GBO mit einer Beschwerde begehrt werden kann (z. B. Demharter, GBO, 31. Aufl., Rn. 1 zu § 71 GBO).

Die Beschwerde ist jedoch nicht begründet

[9] Die Beschwerde ist in der Sache jedoch nicht begründet.

Die Voraussetzungen für die Eintragung eines Amtswiderspruchs liegen nicht vor

[10] Die Voraussetzungen für die Eintragung eines Amtswiderspruchs gemäß § 53 Abs. 1 S. 1 GBO sind zu verneinen. Danach ist von Amts wegen ein Widerspruch einzutragen, wenn sich ergibt, dass das Grundbuchamt unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften eine Eintragung vorgenommen hat, durch die das Grundbuch unrichtig geworden ist. Dabei müssen beide Voraussetzungen kumulativ vorliegen. Die Gesetzesverletzung durch das Grundbuchamt muss feststehen und die Unrichtigkeit des Grundbuches zumindest glaubhaft sein (ständige Rechtsprechung, vgl. BayObLGZ 1986, 317; OLG Hamm RPfleger 1993, 486; OLG Jena, RPfleger 2001, 298; Demharter, GBO, 31. Aufl., Rn. 28 zu § 53 GBO).

Die Unrichtigkeit des Grundbuchs ist nicht glaubhaft gemacht

[11] Hier ist durch den Beteiligten zu 1) bereits nicht glaubhaft gemacht, dass das Grundbuch Blatt ..7 durch seine Löschung als Eigentümer und durch die erneute Eintragung des Schmieds O. W. in B. unrichtig geworden ist.

Die Grundbuchberichtigung im Jahr 1996 erfolgte irrtümlich

[12] Zwar steht nach den zu der Grundakte von E. Blatt ...1 seinerzeit vorgelegten Unterlagen fest, dass der am 30. Juli 1892 in Sch. geborene Schuhmachermeister O.W. durch H.K., geborene R., und E.M., geborene W., beerbt worden ist und dass der Beteiligte zu 1) wiederum E.M. beerbt hat. Indes ist diese durch Erbfolge nicht Eigentümerin des im Grundbuch von S. Blatt ...7 verzeichneten Flurstücks ... /63 der Flur ... der Gemarkung S. geworden, ebenso wenig wie nachfolgend der Beteiligte zu 1) als Erbe der E.M. . Vielmehr ist E.M. irrtümlich durch das Grundbuchamt am 25. April 1996 als Eigentümerin dieses Grundbesitzes eingetragen worden. E.M. und H.K. hatten nämlich mit Schreiben vom 16. Januar 1994 ohne Angaben zu bestimmten Grundstücken bzw. Grundbüchern beantragt, sie laut dem beigefügten gemeinschaftlichen Testaments des Schuhmachermeisters O. W. und seiner Ehefrau in E. vom 15. Oktober 1940 in das Grundbuch einzutragen. Dabei ent-

hielt auch dieses Testament keinerlei Angaben zu einem Grundstück in S. . Ohne bei den Antragstellerinnen nachzufragen, auf welche Grundstücke sich ihr Antrag bezieht, hat das Grundbuchamt aufgrund eigener Recherchen für das weitere Verfahren verschiedene Grundbücher zugrunde gelegt, in denen ein „O. W. “ als Eigentümer eingetragen war, u. a. auch das Grundbuch Blatt ...7, wie den handschriftlichen Notizen der Rechtspflegerin in der Grundakte von E. Blatt ...1 entnommen werden kann. Diese Notizen lassen auch erkennen, dass die Rechtspflegerin die maßgeblichen Unterschiede der Angaben hinsichtlich des Eigentümers überhaupt nicht bedacht hat, nämlich die unterschiedlich angegebenen Berufe und Wohnorte. Auf diese Weise hat das Grundbuchamt das Eigentum an den in den Grundbüchern von E. Blatt ...7, von Sch. Blatt ...8 und von S. Blatt ...7 verzeichneten Grundbesitzes auf die Antragstellerinnen E. M. bzw. H. K. umgeschrieben. Dies geschah allerdings fehlerhaft, weil nur das Grundbuch von E. Blatt ...1 und von Sch. Blatt ...8 den Schuhmachermeister O. W. aus E. (zum Teil auch seine Frau A.) als bisherigen Eigentümer auswiesen, wohingegen in das Grundbuch von S. Blatt ...7 der Schmied O. W. aus B. als Eigentümer eingetragen war. Der Senat teilt die heutige überzeugende Einschätzung des Grundbuchamtes, dass die Rechtspflegerin bei der Eintragung im Jahre 1996 nur irrtümlich davon ausgegangen ist, dass die Personen „Schuhmachermeister O. W. aus E. “ und „Schmied O. W. aus B. “ identisch seien. Da der Beteiligte zu 1) für den begehrten Widerspruch die Unrichtigkeit des Grundbuchs glaubhaft zu machen hat, hätte es von seiner Seite näherer Darlegungen bzw. der Vorlage aussagekräftiger Unterlagen bedurft, aus denen entgegen jener Einschätzung des Grundbuchamtes der Schluss gezogen werden kann, dass es sich bei den beiden O. W. doch um dieselbe Person gehandelt hat. Der Beteiligte zu 1) hat allerdings nichts dafür vorgebracht, das auch nur als Indiz für deren Identität gewertet werden könnte.

[13] Da die beiden O. W. nicht identisch sind, hat E. M. den im Grundbuch von S. Blatt ..7 eingetragenen Schmied O. W. aus B. nicht beerbt. Sie ist daher auch nicht als dessen Gesamtrechtsnachfolgerin Eigentümerin seines Flurstücks .../63 der Flur ... der Gemarkung S. geworden. Dieses Grundstück konnte dementsprechend auch nicht an den Beteiligten zu 1) weitervererbt werden.

§ 892 BGB ist bei Erwerb kraft Gesetzes durch Erbfolge nicht anwendbar

[14] Der Beteiligte zu 1) ist aber auch nicht jedenfalls gutgläubig Eigentümer jenes Flurstücks geworden, weil seine Rechtsvorgängerin E.M. im Zeitpunkt seiner Erbschaft am 6. Oktober 2012 in das Grundbuch von S. Blatt ..7 als Eigentümerin eingetragen gewesen ist. Bei dem Erwerb kraft Gesetzes durch Erbfolge scheidet ein Gutgläubenschutz nach § 892 f. BGB aus (z. B. Toussaint, in: JurisPK BGB, Stand 1. April 2017, Rn. 32 zu § 892 BGB; Picker, in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2019, Rn. 81 f. zu § 892 BGB; Hertel, in: BeckOGK BGB, Stand 1. Dezember 2017, Rn. 16 f. zu § 892 BGB; Krause, in: Ring/Grziwotz/Keukenschrijver, BGB Sachenrecht, 4. Aufl. (2016), Rn. 37 zu § 892 BGB).

[15] Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 80, 84 FamFG. Die Festsetzung des Gegenstandswertes für das Beschwerdeverfahren folgt aus §§ 79 Abs. 1, 61 Abs. 1, 36 Abs. 1 GNotKG. ■

3. Liegenschaftsrecht – Zur Anerkennung von Vindikationslegaten nach ausländischem Erbrecht im Grundbuchberichtigungsverfahren

(OLG Saarbrücken, Beschluss vom 23.5.2019 – 5 W 25/19)

BGB § 925

EuErbVO Art. 23 Abs. 1, 63 Abs. 1

GBO §§ 19, 22, 29, 35

1. Nach Inkrafttreten der Verordnung (EU) Nr. 650/2012 über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Annahme und Vollstreckung öffentlicher Urkunden in Erbsachen sowie zur Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses (EuErbVO) in ihrer Auslegung durch den Europäischen Gerichtshof (EuGH, Urteil vom 12. Oktober 2017 – C-218/16, NJW 2017, 3767) ist das Grundbuchamt nicht mehr berechtigt, einem nachgewiesenen Vindikationslegat nach französischem Recht seine dingliche Wirkung abzuspochen.
2. Ein vom Legatar vorgelegtes Europäisches Nachlasszeugnis stellt grundsätzlich einen ausreichenden Unrichtigkeitsnachweis im Sinne des § 22 GBO dar, mit dem die Rechtsstellung belegt werden kann. Wie auch sonst bei nationalen Erbsachen steht dem Grundbuchamt aber ein Prüfungsrecht zu, soweit Zweifel dies gebieten.

Zur Einordnung

Die nachstehend abgedruckte Entscheidung beschäftigt sich damit, wie aus der Sicht des Grundbuchamts mit Vindikationslegaten gemäß ausländischem Erbrecht umzugehen ist, wenn diese in einem Europäischen Nachlasszeugnis (ENZ) bezeichnet sind und deutschen Grundbesitz betreffen. Dem Notar kann sich in diesem Kontext bereits vorgelagert die Frage stellen, was zu tun ist, um eine dem Vindikationslegat entsprechende Grundbucheintragung herbeizuführen.

Unter dem Begriff des „Vindikationslegats“ oder auch des „dinglich wirkenden Vermächtnisses“ werden gemeinhin die in einigen ausländischen Rechtsordnungen (Übersicht bei *Leitzen* ZEV 2018, 311 [312]) bekannten Erbrechtsinstitute zusammengefasst, die dadurch gekennzeichnet sind, dass sie eine Rechtsnachfolge von Todes wegen in einzelne Nachlassgegenstände bewirken, ohne dass es eines rechtsgeschäftlichen Übertragungs- oder Vollzugsakts bedarf (näher zum Begriffsverständnis *Leitzen* ZEV 2018, 311 f.). Dem deutschen Erbrecht ist das Vindikationslegat fremd. Zum Zwecke der Zuordnung einzelner Nachlassgegenstände können unter Geltung des BGB bekanntlich nur Vermächtnisse ausgesetzt oder Teilungsanordnungen getroffen werden, die jeweils nur schuldrechtlich wirken (s. § 2174 BGB bzw. § 2048 BGB). Mit seiner Entscheidung in der Sache *Kubicka* hat der EuGH vor gut zwei Jahren klargestellt, dass aufgrund der EuErbVO die Wirkungen eines Vindikationslegats auch in denjenigen Mitgliedstaaten, die dieses Rechtsinstitut von sich aus nicht kennen, jedenfalls dann anzuerkennen sind, wenn es das Eigentum an einer Immobilie betrifft (EuGH RNotZ 2018, 31 m. Einordn. d. Schriftltg.). Daraus wird im Schrifttum überwiegend gefolgert, dass sich der Vollzug eines solchen Legats im deutschen Grundbuch-

verfahren auf eine berichtigende Eintragung in Abt. I beschränkt und es einer Auflassung iSv § 925 BGB nicht bedarf (*Bandel* MittBayNot 2018, 99 [102]; *Leitzen* ZEV 2018, 311 [315]; *Weber* DNotZ 2018, 16 [23 f.]; s. allerdings *Litzenburger* FD-ErbR 2017, 396271, der für die Notwendigkeit einer Berichtigungsbewilligung plädiert). Problematisch und bislang ungeklärt ist hingegen der – im *Kubicka*-Urteil nicht ausdrücklich thematisierte – Umgang mit Vindikationslegaten, die auf die Begründung von beschränkten dinglichen Rechten nach ausländischem Recht an in Deutschland belegenen Immobilien abzielen.

Zu eben diesem Sachverhalt – in einem ENZ war ein nach französischem Recht bestehender Nießbrauch für den überlebenden Ehegatten als Vindikationslegat an deutschem Grundbesitz ausgewiesen – hat nun das OLG Saarbrücken entschieden, dass die Eintragung des Begünstigten mit seinem Recht auch hier lediglich eine Grundbuchberichtigung erfordert. Der Unrichtigkeitsnachweis gem. § 22 GBO kann durch Vorlage eines gültigen ENZ geführt werden. Dass das Grundbuchberichtigungsbegehren im konkreten Fall dennoch erfolglos blieb, lag nach Auffassung des Gerichts allein daran, dass das ENZ den betroffenen Grundbesitz nicht entsprechend § 28 S. 1 GBO unter Angabe des konkreten Grundbuchblatts bezeichnete.

Welchen Nutzen die berichtete Entscheidung der notariellen Praxis bringt und ob einzelne Grundbuchämter dieser Rechtsauffassung folgen werden, bleibt abzuwarten. Insbesondere stellt sich die – derzeit noch völlig ungelöste und vom OLG Saarbrücken auch nicht erörterte – Frage, auf welche Weise dingliche Positionen nach ausländischem Recht (wie im konkreten Fall der französische Ehegattennießbrauch) in einem deutschen Grundbuch verlautbart werden können und ob dem nicht doch der Sachenrechts- oder Registervorbehalt gem. Art. 1 Abs. 2 lit. k) und l) EuErbVO entgegensteht (dazu näher *Firsching/Graf/Döbereiner*, Nachlassrecht, 11. Aufl. 2019, § 47 Rn. 9 ff. mwN sowie die bereits veröffentlichten Entscheidungsbesprechungen von *Leitzen* ZEV 2019, 642 und *Litzenburger* FD-ErbR 2019, 418921).

Die Schriftleitung (JHB)

Zum Sachverhalt:

I.

[1] Im Grundbuch von St. Johann Blatt ... ist Herr K. S. als Eigentümer einer Wohnung eingetragen. Dieser hatte seinen letzten Wohnsitz in Frankreich und ist am 22.1.2016 verstorben.

[2] Die Notarin M.-M. mit Amtssitz in Paris erstellte am 18.10.2018 ein Europäisches Nachlasszeugnis. Darin sind für Herrn C. S. und für Herrn A. S. je 1/8 Miteigentumsanteil an der Einzimmerwohnung in der ...pp. XX, in S. als gesetzliche Erben, für Frau Y. S. und für Herrn C. Sch. je 1/16 Miteigentumsanteil an der Einzimmerwohnung in der ...pp. XX, in S. als gesetzliche Erben ausgewiesen und für die Antragstellerin als Ehefrau des Erblassers ist ausgeführt: „5/8 zum Volleigentum und 3/8 zum Nießbrauch der im Immobiliargüter und -rechte in S. (Deutschland), ... pp. XX, bestehend aus einer Einzimmerwohnung mit Bad und Kochecke. Im Rahmen der Regelung des Nachlasses von Herrn K. S. übernimmt Frau G. K. S. ihre 4/8 zum Volleigentum und erhält 1/8 zum Volleigentum und 3/8 zum Nießbrauch“.

[3] Mit Schreiben vom 5.12.2018 beantragte die Antragstellerin unter Vorlage des oben genannten Europäischen Nachlasszeugnisses in beglaubigter Abschrift Grundbuchberichtigung entsprechend der Erbfolge französischen Rechts und die Eintragung ihres Nießbrauchsrechts.

[4] Durch Beschluss vom 6.3.2019 wies das Grundbuchamt den Antrag vom 5.12.2018 zurück, weil dem Nießbrauchsrecht der Antragstellerin im deutschen Grundbuchverfahren keine Wirkung zukomme. Die Eintragung des Nießbrauchs sei folglich von den Erben zu bewilligen. Mit Schriftsatz vom 12.4.2019 legte die Antragstellerin gegen den Beschluss vom 6.3.2019 Beschwerde ein.

Aus den Gründen:

II.

Die Beschwerde ist zulässig und hat auch in der Sache Erfolg

[5] Die Beschwerde ist zulässig und führt zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses.

Die vormalis hM wollte Vindikationslegat ausländischer Rechtsordnungen im Inland nicht anerkennen

[6] (1.) Vindikationslegaten, gesetzlichen Nießbrauchsrechten und dinglichen Teilungsanordnungen, die durch ein Europäisches Nachlasszeugnis nachgewiesen werden können, kamen im deutschen Grundbuchverfahren keine Wirkungen zu. Allein unter Vorlage des Europäischen Nachlasszeugnisses konnte der Legatar keine Grundbuchberichtigung herbeiführen, eine Unrichtigkeit lag nicht vor. Verantwortlich hierfür zeichneten der 18. Erwägungsgrund EuErbVO und die Regelung in Art. 1 Abs. 2 lit. k, lit. l EuErbVO. Die bislang herrschende Meinung ging davon aus, dass die Art und die Eintragung der dinglichen Rechte vom Anwendungsbereich der EuErbVO ausgenommen sind. Deutsches Sachenrecht sollte gelten, ebenso die *lex rei sitae*. Die bislang herrschende Meinung bejahte keine Grundbuchunrichtigkeit und ging davon aus, dass dem Grundbuchamt der Erfüllungsakt vorzulegen sei, bei Vindikationslegaten an Immobilien demnach die Auflassung vor einem deutschen Notar (siehe zu dem Vorstehenden Wilsch in: BeckOK, GBO, § 35 Rn. 40). Dieser Ansicht ist das Grundbuchamt mit seiner Entscheidung vom 6.3.2019 gefolgt.

Nach der *Kubicka*-Entscheidung des EuGH steht hingegen fest, dass solche Erbrechtsinstitute nach Maßgabe der EuErbVO ihre Wirkungen auch im Inland entfalten

[7] Durch die Entscheidung des EuGH (NJW 2017, 3767 – *Kubicka*; vgl. auch Weber DNotZ 2018, 16; Dorth ZEV 2018, 11; Wilsch ZfIR 2018, 253; Leitzen ZEV 2018, 311) steht demgegenüber fest, dass die EuErbVO so zu verstehen ist, dass das Vindikationslegat volle Wirksamkeit nach dem Erbstatut auch in denjenigen Rechtsordnungen entfaltet, die nur das schuldrechtlich wirkende Vermächtnis kennen. Der EuGH begründet dies mit Art. 23 Abs. 1 EuErbVO, mit der Einheitlichkeit des auf die Rechtsnachfolge von Todes wegen anzuwendenden Rechts, sowie mit dem 37. Erwägungsgrund der EuErbVO. Verhindert werden soll eine Nachlassspaltung, womit dem Erbstatut Vorrang vor dem Sachenrechtsstatut eingeräumt wird. Der Anwendungsbereich des Art. 1 Abs. 2 lit. k EuErbVO beschränke sich, so der EuGH, auf die Existenz und die Anzahl der

dinglichen Rechte. Übergangsmodalitäten werden aber von Art. 1 Abs. 2 lit. k EuErbVO nicht erfasst. Die Vorschrift gibt nach Ansicht des EuGH keine Handhabe dafür, das Vindikationslegat abzuerkennen. Dem Erbstatut ist der Vorzug zu geben. In der Folge entfaltet das Vindikationslegat uneingeschränkt dingliche Wirkungen bereits mit dem Erbfall. Etwas anderes lässt sich auch nicht Art. 1 Abs. 2 lit. l EuErbVO entnehmen, die nach Ansicht des EuGH lediglich auf Verfahrensrecht abstellt, nicht aber auf die Art und Weise, wie das Recht erworben wird. Für die Grundbuchpraxis bedeutet das EuGH-Urteil, dass eine Auflassung nicht mehr erklärt werden muss. Das Vindikationslegat entfaltet unmittelbar dingliche Wirkungen, so dass der Weg der Berichtigung nach § 22 GBO beschränkt werden kann. Das Grundbuchamt kann keine Auflassung verlangen. Die Grundbuchunrichtigkeit kann mit Hilfe eines Unrichtigkeitsnachweises beseitigt werden, hier eines Europäischen Nachlasszeugnisses (vgl. auch Art. 63 Abs. 1 EuErbVO). Ein Problem mit § 35 GBO stellt sich nicht, da richtigerweise nach § 22 GBO vorgegangen werden muss. Erforderlich ist kein Erbnachweis, sondern ein Unrichtigkeitsnachweis. Nicht der Nachweis der Gesamtrechtsnachfolge steht im Raum, sondern eine spezielle Singularsukzession (siehe dazu Wilsch in: BeckOK, GBO, § 35 Rn. 40-40 d).

Der vereinzelt vertretenen Auffassung, wonach materielles und formelles Recht im Grundbuchverfahren auseinanderfallen, ist nicht zu folgen

[8] Soweit in der Literatur trotz der Entscheidung des EuGH angenommen wird, dass materielles und formelles Recht im Grundbuchverfahren auseinanderfallen, ist dem nicht zu folgen. Bereits bei der Ausarbeitung der EuErbVO war die Abgrenzung zwischen Erb- und Sachenrecht heftig umstritten. Teilweise wird bis heute neben der eben dargelegten Auffassung, dass sich der Erwerb der betreffenden Rechte außerhalb des Grundbuchs vollzieht und lediglich eine Grundbuchberichtigung gemäß § 22 GBO zu erfolgen hat, vertreten, dass es – wie bei einem Damnationislegat – einer Auflassung gemäß § 925 BGB nebst Eintragungsbewilligung bedarf. Teilweise wird angenommen, dass auf eine Auflassung zu verzichten ist, jedoch eine Grundbuchberichtigung aufgrund einer Berichtigungsbewilligung des Erben gemäß §§ 22, 19 GBO zu fordern ist. Dieses Auseinanderfallen von materiellem und formellem Recht im Grundbuchverfahren soll die Konsequenz aus dem das deutsche Grundbuchverfahren prägenden formellen Konsensprinzip sein, das die deutschen Grundbuchämter erheblich entlasten soll. Das Grundbuchamt soll nicht die Wirksamkeit des materiellen Rechtsübergangs prüfen müssen, sondern nur noch die Korrektheit der verfahrensrechtlichen Erklärungen und Zeugnisse. Es wird zwar von dieser Ansicht eingeräumt, dass nach § 22 Abs. 1 GBO eine Grundbuchberichtigung auch ohne Bewilligung gemäß § 19 GBO erfolgen könne, jedoch müsse dazu der Erbfolgenachweis gemäß § 35 Abs. 1 GBO geführt werden. Diese Vorschrift sähe jedoch ausdrücklich nur den Nachweis der „Erbfolge“ vor. Weder der Wortlaut dieser Vorschrift noch die Entstehungsgeschichte deckten eine Auslegung, wonach auch ein unmittelbarer Eigentumswechsel aufgrund eines nach ausländischem Erbstatut wirksamen Vindikationslegats, nachgewiesen durch Vorlage eines Europäischen Nachlasszeugnisses, erfasst würde. Eine analoge Anwendung des § 35 Abs. 1 S. 1 GBO auf ein Vindikationslegat nach ausländischem Erbstatut scheidet aus. Die Gesetzesbegründung zum Gesetz zum Internationalen Erbrecht und zur

Änderung von Vorschriften zum Erbschein sowie zur Änderung sonstiger Vorschriften beweise, dass der Deutsche Bundestag sich bewusst gegen eine Anwendung dieser Vorschrift auf Vindikationslegat ausgesprochen habe, ohne diese dabei allerdings für „rechtswidrig“ zu erklären (BT-Drs. 17/4201 S. 58). Daraus wird abgeleitet, dass solange das Grundbuchverfahrensrecht nicht geändert sei, kein Weg daran vorbei führe, dass auch bei einem nach deutschem Rechtsverständnis materiell gültigen Vindikationslegat nach ausländischem Erbrecht dem Grundbuchamt nach herrschender Auffassung eine Auflassung (§ 925 BGB) nebst Eintragungsbewilligung (§ 19 GBO) vom Erben auf den Vermächtnisnehmer vorzulegen sei (Litzenburger FD-ErbR 2017, 396271)

[9] Diese Auffassung erscheint nach der Entscheidung des EuGH nicht mehr haltbar und würde in der Praxis die Entscheidungsgrundsätze und die Wirkung, die der EuGH dem Europäischen Nachlassverzeichnis [Anm. d. Schriftlgt.: gemeint ist wohl „Nachlasszeugnis“] beimisst, leerlaufen lassen. Aus Sicht des EuGH soll sich der Vindikationslegatar direkt durch Vorlage eines Europäischen Nachlassverzeichnisses als Rechteinhaber gegenüber dem Grundbuchamt legitimieren können. Dem steht auch nicht die Begründung des deutschen Gesetzgebers zu § 35 GBO entgegen, weil dieser in Verkenning der Bedeutung der EuErbVO gehandelt hat. Vielmehr können die §§ 19, 22, 29 und 35 GBO unionskonform ausgelegt werden, so dass neben der Erbfolge auch die Einzelrechtsnachfolge von Todes wegen durch ein Europäisches Nachlassverzeichnis nachgewiesen wird (Dorth ZEV 2018, 11; Weber DNotZ 2018, 16 mit dem zutreffenden Hinweis, dass das Europäische Nachlassverzeichnis geeignet sein muss, ein anzuerkennendes Vindikationslegat nachzuweisen, wenn es schon nach § 35 GBO geeignet ist, die Erbfolge nachzuweisen).

[10] Aus diesem Grund darf das Grundbuchamt einem nachgewiesenen Vindikationslegat seine dingliche Wirkung nicht absprechen. Soweit nach französischem Recht ein Nießbrauchsrecht kraft Gesetzes entsteht, darf keine Eintragungsbewilligung mehr verlangt werden, die auch nicht mehr vom Berechtigten erteilt werden könnte (siehe zu diesem Argument auch Weber DNotZ 2018, 16).

Zur Führung des Unrichtigkeitsnachweises

[11] (2.) Eine andere Frage ist es, wie der Nachweis der Unrichtigkeit zu führen ist.

Im deutschen Grundbuchberichtigungsverfahren ist ein gültiges ENZ grundsätzlich als tauglicher Unrichtigkeitsnachweis anzuerkennen

[12] Ein gültiges Europäisches Nachlasszeugnis stellt grundsätzlich einen Unrichtigkeitsnachweis dar, mit dem die Rechtsstellung belegt werden kann. Nach Art. 63 Abs. 2 Buchst. b, 69 Abs. 2 S. 2 EuErbVO dient das Europäische Nachlasszeugnis als Nachweis eines Vindikationslegats bzw. einer dinglich wirkenden Teilungsanordnung. Die Funktion als „wirksames Dokument“ soll bedeuten, dass das Europäische Nachlasszeugnis im Rahmen seiner Beweis- und Vermutungswirkung gemäß Art. 69 Abs. 2 EuErbVO für Zwecke einer Registereintragung von Nachlassvermögen in allen Mitgliedstaaten als Nachweis akzeptiert werden muss (Dutta in: MünchKomm(BGB), 2018, Art. 69 EuErbVO Rn. 30; J. Schmidt in: BeckOK, Art. 69 EuErbVO Rn. 57).

[13] Aus diesen Gründen ist die Auffassung abzulehnen, auch bei Vorliegen eines Europäischen Nachlasszeugnis-

ses müsse das Grundbuchamt prüfen, ob die betroffene Rechtsordnung einen unmittelbar dinglich wirkenden Erwerb zulässt und ob im konkreten Einzelfall der Rechtsübergang tatsächlich stattgefunden habe (Döbereiner GPR 2014, 42; Litzenburger FD-ErbR 2017, 396271; Wachter ZErB 2017, 358), was ohne Rechtsgutachten zum ausländischen Erb- und Sachenrecht nicht geschehen könne. Diese Auffassung ist mit Art. 69 EuErbVO nicht vereinbar.

Das Grundbuchamt ist jedoch im Einzelfall bei Vorliegen entsprechender Zweifel befugt, die Richtigkeit des ENZ zu prüfen

[14] Konsequenz der Anwendung von Art. 69 EuErbVO ist es aber andererseits auch nicht, wie ebenfalls vertreten wird, dass das deutsche Grundbuchamt nicht berechtigt ist, die Richtigkeit des Europäischen Nachlasszeugnisses zu prüfen (Wilsch ZEV 2012, 530). Das scheint zu weitgehend, weil das Europäische Nachlasszeugnis keine unwiderlegliche Vermutung zugunsten des Legatars formuliert. Zwar ist in Art. 69 Abs. 5 EuErbVO die Rede davon, dass das Zeugnis ein wirksames Schriftstück für die Eintragung des Nachlassvermögens in das einschlägige Register eines Mitgliedstaats darstellt. In Art. 69 Abs. 2 EuErbVO ist aber ausdrücklich geregelt, dass dem Europäischen Nachlasszeugnis lediglich eine Vermutungswirkung zukommt.

[15] Wie auch sonst bei nationalen Erbscheinen steht den Grundbuchämtern ein Prüfungsrecht zu, soweit Zweifel dies gebieten (Grziwotz in: MünchKomm(BGB), 2017, § 2365 Rn. 27 zur Rechtslage bei einem deutschen Erbschein).

Vor einer Grundbuchberichtigung ist den Betroffenen rechtliches Gehör zu gewähren

[16] Zu beachten ist auch, dass vor einer Grundbuchberichtigung denjenigen rechtliches Gehör zu gewähren ist, deren grundbuchmäßiges Recht durch die berichtigende Eintragung beeinträchtigt werden kann (Demharter, GBO, 31. Aufl., § 1 Rn. 69, § 22 Rn. 49). Das bedeutet im vorliegenden Fall, dass den Miteigentumsanteil das Nießbrauchsrecht eingetragen werden soll, rechtliches Gehör zu bewilligen ist, auch wenn sie – wegen des gleichzeitigen Antrages – noch nicht als Miteigentümer im Grundbuch eingetragen sind. Durch die Eintragung des Nießbrauchsrechts wird ihr Miteigentumsanteil beeinträchtigt.

Das Vindikationslegat muss im ENZ gem. § 28 S. 1 GBO bezeichnet sein

[17] (3.) Zu beachten ist auch, dass im Europäischen Nachlasszeugnis das Vindikationslegat nach § 28 S. 1 GBO richtig zu bezeichnen ist. Deutsches Grundbuchrecht wird insoweit nicht tangiert (vgl. Art. 1 Abs. 2 lit. l EuErbVO; Wilsch ZfIR 2018, 253 (260); Böhringer ZfIR 2018, 81 (83); Kleinschmidt LMK 2018, 403371). Das Grundbuchamt ist allerdings gehalten, eine Zwischenverfügung zu erlassen, sollte im Europäischen Nachlasszeugnis dem Bezeichnungsgebot nach § 28 S. 1 GBO nicht Genüge getan sein (Wilsch in: BeckOK, GBO, § 35 Rn. 40-40 d; Weber DNotZ 2018, 16; Ludwig, FamRB 2018, 64).

[18] Dieses Bezeichnungsgebot ist in dem vorgelegten Europäischen Nachlasszeugnis vom 18.10.2018 nicht beachtet. Dort ist der der Antragstellerin zugewiesene Vermögenswert (5/8 Volleigentum und 3/8 Nießbrauch) le-

diglich wie folgt bezeichnet: „an den Immobililargütern in ... (Deutschland), ..., bestehend aus einer Einzimmerwohnung mit Bad und Kochecke“. Das genügt nach § 28 S. 1 GBO nicht.

Ergebnis und Kostenentscheidung

[19] (4.) Aus diesen Gründen war der angefochtene Beschluss aufzuheben. Das Grundbuchamt muss über den Eintragungsantrag erneut unter Beachtung der oben dargelegten Rechtsauffassung entscheiden.

[20] (5.) Eine Kostenentscheidung ist nicht veranlasst. Nach § 25 GNotKG i. V. m. § 81 FamFG ist das Verfahren im Beschwerderechtszug gebührenfrei. Aufwendungen werden nicht erstattet. ■

4. Erbrecht – Zur kollisionsrechtlichen Qualifikation des § 1371 Abs. 1 BGB in Fällen ohne Bezug zur EuErbVO

(*OLG München*, Beschluss vom 24.9.2019 – 31 Wx 326/18, mitgeteilt durch *RiOLG Holger Krätzschel*)

BGB §§ 1371, 2361
FamFG § 48

1. Bei Erbfällen vor dem 17.8.2015 (Inkrafttreten der EuErbVO), bei denen das Erbrechts- und das Güterrechtsstatut auseinanderfallen, verbleibt es bei der vom BGH (ZEV 2015, 409 ff.) angenommenen güterrechtlichen Einordnung von § 1371 Abs. 1 BGB.
2. Die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *Mahnkopf* (ZEV 2018, 205 ff.) ist für die Nachlassgerichte nur in Verfahren bindend, in denen der Anwendungsbereich der EuErbVO eröffnet ist.
3. Ein Erbschein, der vor Inkrafttreten der EuErbVO unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des BGH zur güterrechtlichen Qualifikation des § 1371 Abs. 1 BGB erteilt wurde, ist deswegen nicht unrichtig geworden und nicht einzuziehen.

Zur Einordnung

Die nachfolgend abgedruckte Entscheidung des OLG München befasst sich mit der international-privatrechtlichen Qualifikation des § 1371 Abs. 1 BGB in einem Sachverhalt, bei dem die EuErbVO (noch) nicht anwendbar war. Die zu Grunde liegenden Rechtsfragen sind für den Notar insbesondere für den Entwurf von Erbscheinsanträgen relevant.

Wird der Güterstand der Zugewinnngemeinschaft durch den Tod eines Ehegatten beendet, so ordnet § 1371 Abs. 1 BGB grundsätzlich die Erhöhung der Erbquote des überlebenden Ehegatten um ein Viertel an. Dass es sich dabei um eine Norm an der Schnittstelle von Güterrecht und Erbrecht handelt (vgl. *Erman/Budzikiewicz*, BGB, 15. Aufl. 2017, § 1371 Rn. 2), wird insbesondere in Fällen mit Auslandsberührung relevant. Die darauf fußende Diskussion um die kollisionsrechtliche Qualifikation der Vorschrift wurde unter Geltung des Art. 25 EGBGB aF intensiv geführt. Von einer Mindermeinung wurde vertreten, dass § 1371 Abs. 1 BGB sowohl güter- als auch erbrechtlich zu qualifizieren sei mit der Folge, dass nur bei doppelter Anwendung deutschen Sachrechts die Erhöhung um das güterrechtliche Viertel zum Tragen komme (OLG Düsseldorf

MittRhNotK 1988, 68 [69]; OLG Köln ZEV 2012, 205 [206 f.]; MüKoEGBGB/*Birk*, 5. Aufl. 2010, Art. 25 Rn. 158; *Schotten* MittRhNotK 1987, 15 [19]). Die wohl hM legte dagegen eine rein güterrechtliche Qualifikation zu Grunde, so dass es für die Anwendung des § 1371 Abs. 1 BGB auf das Erbstatut nicht ankam (OLG München ZEV 2012, 591 [593]; *Palandt/Thorn*, BGB, 74. Aufl. 2015, Art. 15 EGBGB Rn. 26; *Staudinger/Dörner*, BGB, 2007, Art. 25 EGBGB Rn. 36 mwN bei Rn. 34 f.). Dieser letzten Auffassung hatte sich 2015 auch der BGH angeschlossen (DNotZ 2015, 624 [625 ff.]). Der EuGH dagegen kam in seiner sog. *Mahnkopf-Entscheidung* aus dem Jahr 2018 zu dem Schluss, dass es sich bei § 1371 Abs. 1 BGB um eine erbrechtliche Norm handelt (RNotZ 2018, 250 m. Einordn. d. Schrftl.). Ausgangspunkt dieses Urteils war die Frage, ob das güterrechtliche Viertel im Europäischen Nachlasszeugnis auszuweisen ist. Der EuGH bejaht dies im Ergebnis mit zwei Argumenten: Der Hauptzweck des § 1371 Abs. 1 BGB liegt nicht in der Aufteilung des ehelichen Vermögens, sondern in der Bestimmung der Erbquote des Ehegatten, so dass die Vorschrift auf Grund ihres erbrechtlichen Charakters in den Anwendungsbereich der EuErbVO fällt. Außerdem wäre die Effizienz des Europäischen Nachlasszeugnisses beeinträchtigt, wenn man ihm nicht die vollständige Erbquote des Ehegatten am Nachlass entnehmen könnte. Im Anwendungsbereich der EuErbVO kann § 1371 Abs. 1 BGB auf Grundlage dieses Urteils daher nur dann einschlägig sein, wenn für die Rechtsnachfolge von Todes wegen deutsches Sachrecht gilt (*Dörner* ZEV 2018, 305 [309]; vgl. zu den sich dann stellenden Folgefragen: *Weber* NJW 2018, 1356 [1357 f.]).

Das OLG München hatte einen Fall zu entscheiden, in dem griechisches Erbrecht Anwendung fand und die Ehegatten im deutschen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft gelebt hatten. Das Gericht gesteht dem Ehegatten das güterrechtliche Viertel aus § 1371 Abs. 1 BGB zu und sieht sich daran durch die EuGH-Entscheidung nicht gehindert, weil die Erteilung eines Europäischen Nachlasszeugnisses nicht in Betracht kommt und sich das auf die Rechtsnachfolge von Todes wegen anwendbare Recht noch nicht nach der EuErbVO richtete.

Ob sich weitere Obergerichte dieser Auffassung anschließen, bleibt abzuwarten. Ist die Höhe der Erbquoten zweifelhaft, kann, um eine Zurückweisung des Erbscheinsantrags zu vermeiden, einerseits mit Haupt- und Hilfsanträgen gearbeitet werden (OLG Hamm BeckRS 1992, 30984687; *Bumiller/Harders/Schwamb/Harders*, FamFG, 12. Aufl. 2019, § 352 Rn. 3 a), andererseits ist auch ein Erbschein ohne Angabe von Quoten zulässig (vgl. § 352 a Abs. 2 S. 2 FamFG).

Die Schriftleitung (TH)

Zum Sachverhalt:

I.

[1] Die kinderlose Erblasserin war griechische Staatsangehörige. Sie ist am 12.5.2015 in B. verstorben.

[2] Die Beteiligten zu 1 und 2, die Geschwister der Erblasserin, beantragen die Einziehung des vom Nachlassgericht am 26.2.2018 erteilten Erbscheins, der sie zu Erben nach ihrer Schwester zu je 1/8 und den am 10.6.2015 nachverstorbenen Ehemann der Erblasserin zu 3/4 ausweist.

[3] Dem liegt zugrunde, dass die Erblasserin zwar griechische Staatsangehörige war, sie aber mit ihrem Ehemann ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland hatte, woraus das Nachlassgericht im Erbscheinserteilungsverfahren den Schluss gezogen hatte, dass auf den vorliegenden Fall griechisches Erb- und deutsches Güterrecht anzuwenden sei. Es hat deshalb den Erbteil des Ehemannes gemäß §§ 1937 Abs. 1, 1371 Abs. 1 BGB entsprechend erhöht. Auf den angefochtenen Beschluss des Nachlassgerichts wird insoweit Bezug genommen.

[4] Nach der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Mahnkopf (ZEV 2018, 205 ff.) sind die Beschwerdeführer nunmehr der Ansicht, die vom EuGH angenommene erbrechtliche Qualifikation des § 1371 Abs. 1 BGB sei auf den vorliegenden Fall mit der Folge zu übertragen, dass der erteilte Erbschein unrichtig und deswegen einzuziehen sei.

[5] Stattdessen sei ein Erbschein zu erteilen, der die Beschwerdeführer zu je $\frac{1}{4}$ und den Ehemann zu $\frac{1}{2}$ ausweist.

[6] Das Nachlassgericht hat den erteilten Erbschein nicht eingezogen, es beruft sich im Wesentlichen darauf, dass die Grundsätze der Entscheidung des EuGH nicht auf Fälle vor Inkrafttreten der EuErbVO vom 17.8.2015 übertragbar seien.

Aus den Gründen:

II.

[7] Die zulässigen Beschwerden bleiben in der Sache ohne Erfolg. Zutreffend ist das Nachlassgericht zu dem Ergebnis gelangt, dass die Voraussetzungen für die Einziehung des erteilten Erbscheins gemäß § 2361 BGB nicht vorliegen.

Ein Erbschein ist unrichtig und einzuziehen, wenn die Voraussetzungen für seine Erteilung nicht gegeben waren oder nachträglich entfallen sind

[8] 1. Ein Erbschein ist einzuziehen, wenn sich nach der Erteilung seine Unrichtigkeit herausstellt. Unrichtig ist der Erbschein, wenn die Voraussetzungen für die Erteilung entweder schon ursprünglich nicht gegeben waren oder nachträglich entfallen sind. Das Nachlassgericht hat sich bei der Entscheidung in die Lage zu versetzen, als hätte es den Erbschein erstmalig zu erteilen (BayObLGZ 1980, 72 (74); Gierl in: Burandt/Rojahn, 3. Auflage 2019, BGB § 2361 Rn. 4; Keidel/Zimmermann FamFG, 19. Auflage 2018 § 353 Rn. 3; Krätzel in: Firsching/Graf, Nachlassrecht, 11. Auflage 2019, § 39 Rn. 2).

[9] 2. Allerdings liegen die Voraussetzungen der Unrichtigkeit des Erbscheins im vorliegenden Fall nicht vor, denn der BGH hat seine Rechtsprechung zur Qualifizierung von § 1371 Abs. 1 BGB nicht geändert und der Senat folgt dieser Rechtsprechung (2. b aa)) und die Rechtsprechung des EuGH bindet vorliegend den Senat nicht (2. b bb)).

Es kann dahingestellt bleiben, ob sich die Unrichtigkeit eines Erbscheins aus einer Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung ergeben kann

[10] Deswegen braucht vorliegend nicht entschieden zu werden, ob sich die Unrichtigkeit des Erbscheins sich auch aus einer nachträglichen Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung ergeben kann, wofür spricht, dass der Erbschein der materiellen Rechtskraft nicht zugänglich ist (Krätzel, a.a.O. Rn. 1).

Auf die Rechtsnachfolge von Todes wegen der griechischen Erblasserin findet gem. Art. 25 Abs. 1 EGBGB aF griechisches Erbrecht Anwendung

[11] a) Zutreffend ist das Nachlassgericht davon ausgegangen, dass im vorliegenden Fall griechisches Erbrecht zur Anwendung kommt, Art. 25 Abs. 1 EGBGB (in der bis zum 16.8.2015 geltenden Fassung), weil die Erblasserin griechische Staatsangehörige war und vor Inkrafttreten der EuErbVO verstorben ist. Entsprechend dem griechischen ZGB wird dabei der überlebende Ehegatte neben Verwandten der 2. Ordnung Erbe zu $\frac{1}{2}$.

Die Erblasserin lebte im deutschen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft, so dass sich der Erbteil des Ehegatten um ein Viertel erhöht (§ 1371 Abs. 1 BGB)

[12] b) Zugleich findet deutsches Güterrecht Anwendung, weil die Ehegatten in Deutschland zum Zeitpunkt der Eheschließung ihren gewöhnlichen Aufenthalt hatten (vgl. Döbereiner in: Firsching/Graf, a.a.O. § 48 Rn. 54 (Griechenland)). Deswegen steht dem überlebenden Ehegatten neben seinem gesetzlichen Erbteil von $\frac{1}{2}$ gemäß § 1371 Abs. 1 BGB ein Anspruch auf Ausgleich des Zugewinns durch Erhöhung des gesetzlichen Erbteils um $\frac{1}{4}$, mithin eine Gesamtquote von $\frac{3}{4}$ zu.

§ 1371 Abs. 1 BGB ist güterrechtlich zu qualifizieren

[13] aa) Der Senat teilt im Hinblick auf diese Frage die Ansicht des BGH (ZEV 2015, 409 ff.), wonach die Durchführung des pauschalen Zugewinns bei Auflösung der Ehe durch den Tod eines Ehegatten gemäß § 1371 BGB güterrechtlich zu qualifizieren ist. Das folgt aus der vom BGH überzeugend begründeten Annahme, dass es der Zweck der Vorschrift ist, den Güterstand als Sonderordnung des Vermögens der Eheleute während und aufgrund der Ehe abzuwickeln, nicht aber den Längstlebenden kraft seiner nahen Verbundenheit mit dem Erblasser an dessen Vermögen zu beteiligen (BGH, a.a.O. S. 411 Tz. 25). Insbesondere teilt der Senat die Ansicht des BGH, wonach durch § 1371 Abs. 1 BGB gerade die Schwierigkeiten vermieden werden sollen, die nach dem Tod eines Ehegatten entstehen können, wenn die Erben einerseits über den Bestand von Anfangs- und Endvermögen nicht Bescheid wissen und andererseits die Eheschließung u. U. schon geraume Zeit zurückliegt und deswegen die erforderlichen Feststellungen zu Bestand von Anfangs- und Endvermögen nicht mehr (leicht) getroffen werden können. In diesen Fällen hat sich der Gesetzgeber für die pauschale Erhöhung der gesetzlichen Erbquote entschieden, was nichts am güterrechtlichen Charakter der Regelung ändert (BGH, a.a.O.).

Mangels Bezug zur EuErbVO ist es für das Verfahren unerheblich, dass der EuGH § 1371 Abs. 1 BGB erbrechtlich qualifiziert

[14] bb) Die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Mahnkopf (EuGH ZEV 2018, 205) rechtfertigt im vorliegenden Verfahren keine abweichende Beurteilung. Soweit der EuGH die Vorschrift des § 1371 Abs. 1 BGB erbrechtlich qualifiziert, um ihn der EuErbVO zu unterwerfen und die Handhabung des Europäischen Nachlasszeugnisses (ENZ) zu erleichtern, kann dieses Argument im vorliegenden Fall schon deshalb nicht greifen, weil die Erteilung eines ENZ hier nicht in Betracht kommt; auch die EuErbVO spielt im vorliegenden Verfahren keine Rolle. Da der Anwendungsbereich der EuErbVO nicht eröffnet ist, ist der Senat an die Rechtsprechung des EuGH auch nicht gebun-

den. Er folgt vielmehr aus den dargestellten Gründen der Rechtsprechung des BGH.

[15] Mithin ist der erteilte Erbschein nicht unrichtig, seine Einziehung kommt nicht in Betracht.

III.

[...]

Nichtzulassung der Rechtsbeschwerde

IV.

[18] Die Voraussetzungen für die Zulassung der Rechtsbeschwerde liegen nicht vor.

[19] Die zur Entscheidung stehende Frage ist durch die Entscheidung des BGH ZEV 2015, 409 ff höchststrichlerlich geklärt; da der Senat diese Ansicht teilt und nicht abweichend entscheidet, liegen die Voraussetzungen des § 70 Abs. 2 S. 1 FamFG nicht vor (Keidel/Meyer-Holz FamFG, a.a.O., § 70 Rn. 22).

[20] Der Senat weicht mit seiner Entscheidung auch nicht von der Rechtsprechung des EuGH ab, so dass er auch nicht unter diesem Gesichtspunkt die Rechtsbeschwerde zuzulassen hätte (§ 70 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 Alt. 2, vgl. Keidel/Meyer-Holz, a.a.O., 29). Maßgeblich ist insoweit, dass die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Mahnkopf (EuGH ZEV 2018, 205) einen Sachverhalt betrifft, der dem Anwendungsbereich der EuErbVO unterfällt, was hier jedoch schon nicht der Fall ist. ■

5. Handels-/Gesellschaftsrecht – Zur Prüfungskompetenz des Registergerichts bzgl. dort eingereichter Gesellschafterlisten

(KG, Beschluss vom 13.9.2018 – 22 W 63/18)

GmbHG § 40
FamFG §§ 58 Abs. 1, 59 Abs. 1
HRV § 9 Abs. 1

Das Registergericht kann die Aufnahme einer Gesellschafterliste in den Registerordner verweigern, wenn die zugrunde liegende Veränderung nur unter notarieller Mitwirkung wirksam vorgenommen sein kann, die Liste aber nur durch einen Geschäftsführer unterschrieben ist.

Zur Einordnung

Mit der Übermittlung von GmbH-Gesellschafterlisten an das Registergericht kommt der Notar in Berührung, wenn er diese entweder gem. § 40 Abs. 1 GmbHG (ggf. nach vorheriger Entwurfsfertigung) als Bote der Geschäftsführung lediglich einreicht oder im Falle des § 40 Abs. 2 GmbHG in eigener Zuständigkeit ausfertigt und anschließend einreicht.

Dem Registergericht ist nach der gesetzgeberischen Konzeption grundsätzlich nur die Funktion einer Verwahr- und Abrufstelle für die bei ihm zur Aufnahme in den Registerordner der betreffenden GmbH eingereichten Gesellschafterlisten zugewiesen (vgl. BT-Drs. 16/6140, 38 [44]; BGH DNotZ 2011, 943 mAnm Jeep). Es ist aber anerkannt, dass das Registergericht in gewissen Grenzen auch befugt ist, eingereichte Listen zu prüfen und ggf. zurückzuweisen. Das Prüfungsrecht erstreckt sich jeden-

falls darauf, ob eine Liste den formalen Anforderungen des § 40 Abs. 1 bzw. 2 GmbHG entspricht (vgl. BGH DNotZ 2014, 457 [458]; OLG Bamberg MittBayNot 2010, 331 [332]) und ob die Liste von einer iSv § 40 Abs. 1 bzw. 2 GmbHG zuständigen Person stammt (BGH DNotZ 2014, 457 [458]; OLG Rostock RNotZ 2017, 480 [483] m. Einordn. d. Schriftltg.). Dieses Prüfungsrecht dürfte sich inzwischen auch darauf erstrecken, ob eine Liste alle zwingenden Angaben gemäß der Gesellschafterlisten-VO v. 20.6.2018 enthält (vgl. insoweit KG RNotZ 2019, 407 m. Einordn. d. Schriftltg. zur nicht immer bestehenden Notwendigkeit einer Veränderungsspalte). Darüber hinausgehend wird von einigen Oberlandesgerichten ein Prüfungs- und Zurückweisungsrecht auch dann anerkannt, wenn das Registergericht sichere Kenntnis von der inhaltlichen Unrichtigkeit einer bei ihm eingereichten Liste hat (OLG Frankfurt am Main BeckRS 2011, 16031; OLG Jena DNotZ, 873 [875]; OLG München MittBayNot 2010, 68 mAnm Wälzholz; aA – ein materielles Prüfungsrecht insgesamt verneinend – OLG Bamberg MittBayNot 2010, 331 [332]).

Insbesondere die im Bereich der formalen Anforderungen zu verortende Abgrenzung der Einreichungszuständigkeiten zwischen Geschäftsführung einerseits und Notar andererseits kann viele Zweifelsfragen aufwerfen (dazu näher Heckschen/Heidinger, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, 4. Aufl. 2018, Kap. 13 Rn. 515 mwN). Der BGH hat bereits entschieden, dass eine Verpflichtung des Notars aus § 40 Abs. 2 GmbHG die Geschäftsführung nicht daran hindert, die nach ihrer Überzeugung fehlerhafte Notarliste durch eine eigene weitere Liste iSv § 40 Abs. 1 GmbHG zu berichtigen (DNotZ 2014, 457 [459] – „Korrekturfall“). In einem anderen Fall, in dem ein Notar an Veränderungen mitgewirkt hatte, er aber von deren Rechtswirksamkeit (noch) nicht überzeugt war und daher von der Einreichung einer Notarliste einstweilen absah, bejahte das OLG Rostock die Befugnis des Registergerichts, eine von der insoweit unzuständigen Geschäftsführung „ersatzweise“ eingereichte Liste zurückzuweisen (RNotZ 2017, 480 [484] m. Einordn. d. Schriftltg. – „Untätigkeitsfall“).

In seiner nachstehend berichteten Entscheidung hat nun das KG eine weitere Fallkonstellation behandelt: Die Geschäftsführung unterzeichnet und reicht eine neue Liste mit veränderten Angaben zum Gesellschafterbestand ein, obwohl für das Registergericht offen zu Tage liegt, dass die Veränderungen wegen des Beurkundungserfordernisses für Anteilsabtretungen gem. § 15 Abs. 3 GmbHG nur unter Mitwirkung eines Notars wirksam zustande gekommen sein konnten. Hier – mag die vollständige Übergehung des Notars bewusst oder auch nur unbewusst geschehen sein – ist das Registergericht ebenfalls zur Zurückweisung der Liste mangels Zuständigkeit des Einreichenden berechtigt.

Bei der Übermittlung von Geschäftsführerlisten iSv § 40 Abs. 1 GmbHG trägt der Notar nicht selbst die Verantwortung für die Richtigkeit des Listeninhalts. Gleichwohl kann es sich im Sinne einer „guten Praxis“ und zur Vermeidung, dass unrichtige Listen überhaupt zum Registergericht gelangen, empfehlen, sich von der Klientenschaft wenigstens kurz erläutern zu lassen, woraus sich die in einer neuen Liste darzustellenden Veränderungen (vermeintlich) ergeben haben.

Die Schriftleitung (JHB)

Zum Sachverhalt:

I.

[1] Die Beteiligte wurde am 22. April 1996 gegründet und am 2. September 1996 im Handelsregister B des Amtsgerichts Charlottenburg eingetragen. Die letzte, am 17. Mai 2018 in den Registerordner aufgenommene Liste weist als Gesellschafter mit je einem Geschäftsanteil im Nennbetrag von 17.000,00 DM Herrn A... S..., Frau E... B... sowie Herrn G... B... aus. Einziger Geschäftsführer der Beteiligten ist Herr B...

[2] § 10 und § 11 des Gesellschaftsvertrages der Beteiligten lauten:

§ 10 Übertragung von Geschäftsanteilen

(1) Die Abtretung von ganzen bzw. teilweisen Geschäftsanteilen ist nur mit Genehmigung aller Gesellschafter und der Gesellschaft möglich.

(2) Vor der Abtretung eines Geschäftsanteils an Nichtgesellschafter ist den in der Gesellschaft verbleibenden Gesellschaftern der abzutretende Geschäftsanteil anzubieten. Alle verbleibenden Gesellschafter haben das Recht, den angebotenen Geschäftsanteil im Verhältnis ihrer Geschäftsanteile zu erwerben. Macht ein Gesellschafter hiervon keinen Gebrauch, so wächst das Recht des Verzichtenden den anderen anteilig gemäß der obigen Regelung zu. Die Entschädigung für den Geschäftsanteil ergibt sich nach den Bestimmungen des § 14 dieses Gesellschaftsvertrages.

(3) (...)

§ 11 Kündigung

(1) Jeder Gesellschafter kann die Gesellschaft mit einer Frist von sechs Monaten zum Schluss eines jeden Geschäftsjahres kündigen; (...).

(2) Durch die Kündigung scheidet der Kündigende aus der Gesellschaft aus. Sein Geschäftsanteil wird nach Maßgabe der §§ 10 und 12 dieses Vertrages entweder eingezogen oder auf die Gesellschaft, die anderen Gesellschafter bzw. einen Dritten übertragen.

§ 12 des Gesellschaftsvertrages regelt die Einziehung von Geschäftsanteilen.

[3] Nachdem es zu Unstimmigkeiten zwischen den Gesellschaftern gekommen war, kündigte Herr S... die Gesellschaft zum 31. Dezember 2017. In einer außerordentlichen Gesellschafterversammlung am 7. Dezember 2017 beschlossen die Mitgesellschafter gegen die Stimmen von Herrn S..., dessen Geschäftsanteil in zwei Anteile im Nennbetrag von je 8.500,00 DM zu teilen und jeweils einen Anteil an Herrn und Frau B... zu übertragen.

[4] Auf Antrag des Herrn S... untersagte das Landgericht Berlin der Beteiligten und Herrn B... durch einstweilige Verfügung vom 13. Dezember 2017 in der Fassung des die einstweilige Verfügung bestätigenden Urteils vom 7. März 2018 u. a., die Beschlüsse vom 7. Dezember 2017 über die Teilung und dingliche Übertragung des Geschäftsanteiles des Herrn S... zu vollziehen, insbesondere eine geänderte Gesellschafterliste beim Handelsregister einzureichen, welche Herrn B... und/oder Frau B... und/oder sonstige Dritte als Inhaber des vormaligen Geschäftsanteils des Herrn S... in unveränderter oder geteilter Form aufweist. Hinsichtlich der Einzelheiten wird auf den Beschluss des Landgerichts Berlin vom 13. Dezember 2017 (Gz. 105 O

105/17) sowie das Urteil des Landgerichts Berlin vom 7. März 2018 verwiesen.

[5] Am 13. Juni 2018 fand eine außerordentliche Gesellschafterversammlung der Beteiligten statt, an der Herr und Frau B... teilnahmen. Einziger Tagesordnungspunkt war die "Übertragung der Geschäftsanteile des zum 31.12. 2017 ausgeschiedenen Gesellschafters A... S... gemäß §§ 10 Abs. 2, 11 Absatz 2 des Gesellschaftsvertrages." Nachdem Herr und Frau B... zunächst erklärten, keine Rechte mehr aus dem Gesellschafterbeschluss vom 7. Dezember 2017 herleiten zu wollen, wurde einstimmig beschlossen, den Geschäftsanteil des Herrn S... in zwei Anteile im Nennbetrag von je 8.500,00 DM zu teilen und jeweils einen Anteil an Herrn und Frau B... zu übertragen. Hinsichtlich der Einzelheiten wird auf das Protokoll der Gesellschafterversammlung vom 13. Juni 2018 verwiesen.

[6] Unter Beifügung des Protokolls dieser Gesellschafterversammlung reichte die Beteiligte eine von ihrem Geschäftsführer mit Datum vom 14. Juni 2018 unterzeichnete Liste der Gesellschafter beim Handelsregister zur Aufnahme in den Registerordner ein. Diese Liste wies Herrn und Frau B... als Inhaber von je zwei Geschäftsanteilen im Nennbetrag von 8.500,00 DM und 17.000,00 DM aus. In einer auf der Liste befindlichen "Anmerkung" hieß es, Herr S... sei aus der Gesellschaft ausgeschieden und sein Anteil "gemäß § 11 Absatz 2 der Satzung" auf die verbliebenen Gesellschafter übertragen worden. Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten wird auf die Liste der Gesellschafter vom 14. Juni 2018 Bezug genommen.

[7] Das Amtsgericht hat mit Verfügung vom 19. Juli 2018 die Aufnahme dieser Liste der Gesellschafter in den Registerordner abgelehnt und zur Begründung ausgeführt, es lägen eine Schutzschrift des Herrn S... vom 7. Dezember 2017, die einstweilige Verfügung sowie das Urteil des Landgerichts Berlin im Verfahren 105 O 105/17 vor. In den Entscheidungen des Landgerichts sei die Einreichung einer Gesellschafterliste mit dem vorliegenden Inhalt untersagt worden.

[8] Hiergegen richtet sich die mit Schriftsatz vom 9. August 2018 eingelegte Beschwerde der Beteiligten, auf die hinsichtlich der Einzelheiten des Beschwerdevorbringens verwiesen wird. Das Amtsgericht hat der Beschwerde nicht abgeholfen und mit Beschluss vom 15. August 2018 die Sache dem Senat zur Entscheidung vorgelegt.

Aus den Gründen:

II.

Die Beschwerde ist zulässig

[9] 1. Die form- und fristgerecht (§§ 63 Abs. 1, 64 Abs. 1 und 2 FamFG) eingelegte Beschwerde der gem. § 59 Abs. 1 FamFG beschwerdeberechtigten Gesellschaft (vgl. nur OLG Frankfurt, Beschluss vom 22. November 2010 – 20 W 333/10 –, Rn. 25, juris; Heilmeier in: Beck-OK GmbHG, Stand 1.11.2017, § 40 Rn. 187.1) ist zulässig, insbesondere gem. § 58 Abs. 1 FamFG statthaft: Nach dieser Vorschrift findet die Beschwerde gegen die im ersten Rechtszug ergangenen Entscheidungen der Amts- und Landgerichte in "Angelegenheiten nach diesem Gesetz" statt, also in Angelegenheiten nach dem FamFG. Zu diesen Angelegenheiten gehört auch die in § 9 Abs. 1 HRV geregelte Aufnahme der Gesellschafterliste in den Registerordner; die in der Handelsregisterverordnung ergänzend

geregelt. Verfahrensvorschriften beruhen auf der Verordnungsermächtigung des § 387 Abs. 2 FamFG (BGH, Beschluss vom 20. September 2011 – II ZB 17/10 –, Rn. 7, juris; Beschluss vom 1. März 2011 – II ZB 6/10 –, Rn. 8, juris).

Sie hat in der Sache jedoch keinen Erfolg: Das Registergericht hat die Aufnahme der vom Geschäftsführer eingereichten Gesellschafterliste zu Recht verweigert

[10] 2. In der Sache hat das Rechtsmittel allerdings keinen Erfolg. Das Amtsgericht hat im Ergebnis zu Recht die Aufnahme der Liste der Gesellschafter vom 14. Juni 2018 (nachfolgend auch nur: "Liste") in den Registerordner verweigert.

Zuständigkeitsverteilung zwischen Notar und Geschäftsführer bei der Einreichung von Gesellschafterlisten

[11] a) Die Geschäftsführer haben unverzüglich nach Wirksamwerden jeder Veränderung in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligung eine von ihnen unterschriebene Liste der Gesellschafter zum Handelsregister einzureichen, die die in § 40 Abs. 1 Sätze 1 bis 3 GmbHG genannten Angaben enthält. Hat ein Notar an den genannten Veränderungen mitgewirkt, hat er die Liste anstelle der Geschäftsführer zu unterschreiben, zum Handelsregister einzureichen und eine Abschrift der geänderten Liste an die Gesellschaft zu übermitteln. Eine solche Liste muss mit der Bescheinigung des Notars versehen sein, dass die geänderten Eintragungen den Veränderungen entsprechen, an denen er mitgewirkt hat, und die übrigen Eintragungen mit dem Inhalt der zuletzt im Handelsregister aufgenommenen Liste übereinstimmen (§ 40 Abs. 2 GmbHG). Sodann ist die neue Liste vom Registergericht in den Registerordner (§ 9 HRV) einzustellen (Krafka/Kühn, Registerrecht, 10. Auflage, Rn. 1105).

Prüfungskompetenz des Registergerichts nach Listeneinreichung

[12] Dabei nimmt das Registergericht die Gesellschafterliste lediglich entgegen und verwahrt sie, ohne selbst eine inhaltliche Prüfpflicht zu haben (BGH, Beschluss vom 17. Dezember 2013 – II ZB 6/13 –, Rn. 7, juris). Das Registergericht ist nämlich vom Gesetzgeber nur als verwahrende und eine die allgemeine Kenntnisnahme ermöglichende Stelle eingerichtet worden (vgl. BT-Drs. 16/6140, S. 38, 44). Das Registergericht darf aber prüfen, ob die Gesellschafterliste den formalen Anforderungen des § 40 GmbHG entspricht und im Falle von Beanstandungen die Entgegennahme verweigern (BGH, a.a.O., Rn. 8). Dieses formale Prüfungsrecht umfasst die Prüfung, ob Veränderungen in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligung eingetreten sind (BGH, Beschluss vom 24. Februar 2015 – II ZB 17/14 –, Rn. 7, juris) und ob die geänderten Eintragungen in der eingereichten Gesellschafterliste von dem Notar, der an den Veränderungen mitgewirkt hat, stammen (BGH, Beschluss vom 17. Dezember 2013 – II ZB 6/13 –, BGHZ 199, 270-281, Rn. 8; Senat, Beschluss vom 5. Juli 2016 – 22 W 114/15 –, Rn. 19, juris).

Das Registergericht durfte hier die Aufnahme der Liste verweigern, weil sie nicht den formalen Anforderungen aus § 40 Abs. 1 GmbHG genügt

[13] b) Unter Anlegung dieser Maßstäbe durfte das Amtsgericht die Aufnahme der Liste verweigern.

[14] aa) Zutreffend weist die Beschwerdeführerin allerdings darauf hin, dass vorliegend weder die vom Amtsgericht angeführte Schutzschrift des ehemaligen Gesellschafters S... noch die Entscheidungen des Landgerichts Berlin vom 7. März 2018 im Verfahren 105 O 105/17 einer Aufnahme der Liste in den Registerordner entgegenstehen. Denn sowohl die Schutzschrift als auch die Entscheidungen des Landgerichts haben nur die Beschlüsse der Gesellschafterversammlung vom 7. Dezember 2017 zum Gegenstand. Vorliegend stützt die Beschwerdeführerin ihren Antrag aber auf die Beschlüsse der Gesellschafterversammlung vom 13. Juni 2018.

[15] bb) Das Amtsgericht durfte aber die Aufnahme der Liste in den Registerordner verweigern, da diese nicht den formalen Anforderungen des § 40 GmbHG entsprach. Denn die Liste ist vom Geschäftsführer der Beschwerdeführerin und nicht von einem Notar unterschrieben; zudem fehlt eine notarielle Bescheinigung gem. § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG. Diese Umstände sind aus den von der Beschwerdeführerin eingereichten Dokumenten offensichtlich zu erkennen.

Zu den in der neuen Liste darzustellenden Veränderungen konnte es nur unter Mitwirkung eines Notars kommen

[16] (1) Die Beschwerdeführerin begehrt die Aufnahme der Liste in den Registerordner, da Änderungen in den Personen der Gesellschafter wirksam geworden seien. Diese Änderungen seien durch Beschluss der Gesellschafterversammlung vom 13. Juni 2018 erfolgt. Auf dieser Gesellschafterversammlung wurde – unter ausdrücklicher Berufung (vgl. S. 2 des Beschlusses) u. a. auf § 10 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrages, der die Abtretung von Geschäftsanteilen regelt – die "Übertragung" von Geschäftsanteilen beschlossen. Die Übertragung von Geschäftsanteilen im Wege der Abtretung bedarf aber gem. § 15 Abs. 3 GmbHG der notariellen Beurkundung. Dass die Abtretung der Geschäftsanteile vorliegend ohne Beachtung des genannten Formerfordernisses wirksam wäre, ist nicht ersichtlich. Die von der Beschwerdeführerin genannten Vorschriften des Gesellschaftsvertrages (§ 10 Abs. 2 i. V. m. § 11 Abs. 2) können für sich genommen keinen dinglichen Übergang des Geschäftsanteils des ausgeschiedenen Gesellschafters auf den oder die Erwerbsberechtigten bewirken. In allen anderen denkbaren Auslegungen der genannten Vorschriften (Abtretungsverpflichtung, Verfügungsermächtigung) wäre eine Abtretung in der Form des § 15 Abs. 3 GmbHG erforderlich (Blath, GmbHR 2012, 657, 660 f.; Leuering/Rubner, NJW-Spezial 2014, 335, 336; Lutter/Kleindiek in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl., § 34 Rn. 67).

Infolgedessen steht fest, dass – sollte die Liste inhaltlich richtig sein – nur der mitwirkende Notar gem. § 40 Abs. 2 GmbHG zur Einreichung zuständig ist

[17] (2) Damit muss an der Veränderung, die die Einreichung der Liste erforderlich macht, ein Notar mitwirken, sodass gem. § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG ein Notar die Liste zu unterschreiben und mit der Bescheinigung gem. § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG zu versehen hat.

[18] Zwar trifft den Geschäftsführer gemäß § 40 Abs. 1 S. 1 GmbHG die primäre Organpflicht zur Erstellung und Einreichung einer Gesellschafterliste (Seibt in: Scholz, GmbHG, 12. Aufl., § 40 Rn. 28). Bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 40 Abs. 2 GmbHG verdrängt aber die Notarpflicht zur Einreichung der Gesellschafterliste die

entsprechende Pflicht des Geschäftsführers (Senat, Beschluss vom 7. Juli 2015, 22 W 15/15, S. 11; Noack in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Auflage, § 40 Rn. 57). Ein Ausnahmefall, in dem der Geschäftsführer trotz Mitwirkung eines Notars zur Einreichung einer Gesellschafterliste befugt wäre ("Korrekturfalle", vgl. BGH, Urteil vom 17. Dezember 2013 – II ZR 21/12 –, Rn. 33, juris), liegt ersichtlich nicht vor.

Das Registergericht hat die Aufnahme der Liste zu Recht schon aus formalen Gründen abgelehnt, so dass sich die Frage nach einem inhaltlichen Prüfungsrecht gar nicht erst stellt

[19] (3) Die hier entscheidungserheblichen Fragen lassen sich angesichts des Umstandes, dass der Gesellschafterbeschluss vom 13. Juni 2018 zu den Akten gereicht wurde, in kurzer Zeit zweifelsfrei klären. Durch diese Prüfung kann verhindert werden, dass in das Handelsregister Listen aufgenommen werden, die von offensichtlich Unbefugten eingereicht wurden und bei denen eine hohe Wahrscheinlichkeit besteht, dass sie die wahre Rechtslage nicht wiedergeben und deshalb zu berichtigen sind (vgl. BGH, Beschluss vom 17. Dezember 2013 – II ZB 6/13 –, Rn. 9, juris). Ob darüber hinaus dem Registergericht ein begrenztes inhaltliches Prüfungsrecht in der Weise zusteht, dass es die Aufnahme der Gesellschafterliste verweigern darf, wenn es eine sichere Erkenntnis von deren inhaltlicher Unrichtigkeit hat (vgl. in diesem Sinne OLG Frankfurt, Beschluss vom 17. Januar 2011 – 20 W 378/10 –, Rn. 42, juris; Beschluss vom 22. November 2010 – 20 W 333/10 –, Rn. 42, juris; Thüringer Oberlandesgericht, Beschluss vom 22. März 2010 – 6 W 110/10 –, Rn. 17, juris; OLG München, Beschluss vom 8. September 2009 – 31 Wx 82/09 –, Rn. 5, juris; a. A. OLG Bamberg, Beschluss vom 2. Februar 2010 – 6 W 40/09 –, Rn. 12, juris, das ein materielles Prüfungsrecht des Registergerichts ganz ablehnt), kann damit offen bleiben. Es muss somit nicht entschieden werden, ob der Gesellschaftsvertrag in § 10 Abs. 2 i. V. m. § 11 Abs. 2 lediglich eine Verpflichtung zur Abtretung regelt, mit der Folge, dass die Abtretung nur durch Leistungsklage und Vollstreckung gem. § 894 ZPO erzwungen werden kann (wozu der Senat neigt), oder eine Verfügungsermächtigung enthält, die eine Mitwirkung des ausgeschiedenen Gesellschafters entbehrlich machen würde (vgl. BGH, Urteil vom 20. Juni 1983 – II ZR 237/82 –, Rn. 9, juris; zu dem Problemkreis insgesamt vgl. Blath, GmbHR 2012, 657, 660 f.; Leuring/Rubner, NJW-Spezial 2014, 335 f.).

III.

Prozessuale Nebenentscheidungen (insbesondere keine Zulassung der Rechtsbeschwerde)

[20] Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 84 FamFG.

[21] Der Festsetzung eines Verfahrenswertes bedurfte es im Hinblick auf die Festgebühr (GV zu § 1 Satz 1 HReg-GebVO i. V. m. § 58 Abs. 1 Satz 1, KV Nr. 19112 zu § 3 Abs. 2 GNotKG) nicht.

[22] Die Voraussetzungen der Zulassung der Rechtsbeschwerde liegen nicht vor. Die Sache hat weder grundsätzliche Bedeutung noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts (§ 70 Abs. 2 FamFG). ■

6. Handels-/Gesellschaftsrecht – Zur gutachterlichen Stellungnahme eines deutschen Notars zur Vertretungsberechtigung des Directors einer Ltd.

(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18.7.2019 – 3 Wx 138/18, mitgeteilt durch RiOLG a. D. von Wnuck-Lipinski)

FamFG §§ 58, 382 Abs. 4 S. 1

BNotO § 21

BGB § 181

UmwG §§ 19 Abs. 1 S. 1, 20

GBO §§ 29 Abs. 1, 32 Abs. 1

GNotKG §§ 22 Abs. 1, 25 Abs. 1

1. Die organschaftliche Vertretungsberechtigung des Geschäftsführers zweier englischer Gesellschaften (Ltd.) im Zusammenhang mit der Anmeldung deren Verschmelzung zum Handelsregister kann (auch) durch die gutachterliche Stellungnahme eines deutschen Notars nachgewiesen werden, wobei über die Einsicht in das Register als solches auch eine Einsicht in die beim Register des Companies House geführten Unterlagen – memorandum, articles of association und Protokollbuch (minute book) – erfolgt sein muss und es zudem einer nachvollziehbaren Darstellung der tatsächlichen Grundlagen der notariellen eigenen Prüfung und der daraus folgenden notariellen Feststellungen bedarf.
2. Ungeachtet der Abfassung der Beschwerdeschrift auf einem persönlichen Briefbogen des Geschäftsführers („lege ich Beschwerde ein“) gilt das Rechtsmittel (gegen eine Zwischenverfügung, betreffend die Anmeldung zur Verschmelzung zweier englischer Gesellschaften – Ltd.) als für die betroffene Gesellschaft eingelegt, wenn maßgebliche Umstände darauf hindeuten, dass der Verfasser nicht als Privatperson, sondern in seiner Eigenschaft als Organ der Gesellschaft handeln wollte (hier indiziert durch den in der Rechtsmittelschrift enthaltenen Hinweis auf eine Änderung der Privatanschrift sowie den Umstand, dass alle weiteren Eingaben auf Briefbögen der betroffenen Gesellschaft mit dem Unterzeichnerzusatz „Geschäftsführer“ verfasst sind).

Zur Einordnung

Mit den Anforderungen an den Nachweis der Existenz einer englischen Ltd. und der Vertretungsberechtigung der für sie handelnden Directors hat sich die obergerichtliche Rechtsprechung in den vergangenen Jahren vorwiegend zum Grundbuchverfahren befasst (OLG Düsseldorf RNotZ 2015, 88; OLG Nürnberg RNotZ 2015, 240 und KG RNotZ 2013, 426, jeweils m. Einordn. d. Schriftl.). Gegenstand der nachstehend abgedruckten Entscheidung des OLG Düsseldorf ist nun der Nachweis der Vertretungsbefugnis des Director einer englischen Ltd. im registergerichtlichen Verfahren.

Der Nachweis der Vertretungsberechtigung gesetzlicher Vertreter ist im registergerichtlichen Verfahren in der Regel durch Registerauszug oder Bescheinigung des Notars zu erbringen (vgl. Baumbach/Hopt/Hopt, HGB, 38. Aufl. 2018, § 12 Rn. 4; OLG Schleswig NJW-RR 2012, 1063 [1064]). Eine solche notarielle Bescheinigung kann gem. § 21 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BNotO erteilt werden, wenn sich die Umstände aus einer Eintragung im Handelsregister oder in einem ähnlichen Register ergeben. Bei Beteiligung ausländischer Gesellschaften stellt sich die Frage, ob ein

Notar auch eine Bescheinigung über sich aus dem ausländischen Register ergebende Tatsachen im registerrichterlichen Verfahren erteilen kann. Nach hM handelt es sich um ein „ähnliches“ Register iSd § 21 Abs. 1 S. 1 BNotO, wenn das ausländische Register in seiner rechtlichen Bedeutung und hinsichtlich der Beweiskraft seines Inhalts mit dem deutschen Register vergleichbar ist (OLG Schleswig DNotZ 2008, 709 [710] mwN; BeckOK BNotO/Sander, 1. Ed., Stand 1.10.2019, § 21 Rn. 11; s.a. im Grundbuchverfahren § 32 GBO, der diesen Nachweis bei ausländischen Gesellschaften nicht vorsieht; vgl. auch Bauer/Schaub/Schaub, GBO, 4. Aufl. 2018, § 32 Rn. 10). Da das englische Companies House keine der Prüfungspflicht des deutschen Handelsregisters vergleichbare Pflicht hat, wird eine Vergleichbarkeit des Companies House mit dem Handelsregister abgelehnt (OLG Düsseldorf RNotZ 2015, 88 [90]; OLG Nürnberg RNotZ 2015, 240 [248] m Einord. d. Schriftl.; OLG Nürnberg DNotZ 2014, 626 [629]; KG DNotZ 2012, 604 [605]; BeckOK BNotO/Sander, 1. Ed., Stand 1.10.2019, § 21 Rn. 12). Weder eine Bescheinigung iSd § 21 BNotO noch eine gutachterliche Stellungnahme des Notars, die sich nur auf den Inhalt des Registers beim Companies House stützt, ist zur Nachweisführung nicht geeignet (KG DNotZ 2012, 604 [605]). Die Vertretungsbefugnis kann in diesem Fall aber grundsätzlich durch eine von einem ausländischen Notar erteilte gutachterliche Stellungnahme nachgewiesen werden (OLG Nürnberg DNotZ 2014, 626 [630]; KG DNotZ 2012, 604 [606]). Die Führung des Vertretungsnachweises gelingt allerdings nur, wenn diese Stellungnahme erkennen lässt, dass zur Prüfung der bescheinigten Vertretungsbefugnis weitere Unterlagen der Gesellschaft eingesehen wurden, insbesondere die beim Companies House eingereichten Articles of Association, das Memorandum und das Minute Book (OLG Nürnberg DNotZ 2014, 626 [630]; KG DNotZ 2012, 604 [606]). Das OLG Düsseldorf bejahte nun auch die Frage, ob eine solche gutachterliche Stellungnahme, die ein deutscher Notar aufgrund Einsicht des Registers des Companies House und der vorgenannten Unterlagen der Gesellschaft erteilt hat, als Nachweis über die Vertretungsbefugnis des Director einer englischen Ltd. geeignet ist.

Für die notarielle Praxis bestätigt diese Entscheidung zumindest für den Bezirk des OLG Düsseldorf, dass im registerrichterlichen Verfahren auch die von einem deutschen Notar erteilte gutachterliche Stellungnahme über die Vertretungsbefugnis des Director einer englischen Ltd. als Nachweis dienen kann, sofern der Notar hierzu nicht nur das Register, sondern auch die sonstigen Gesellschaftsunterlagen geprüft hat. Aus der gutachterlichen Stellungnahme muss ersichtlich sein, welche Unterlagen der Notar für seine Feststellungen eingesehen und zur Grundlage der Stellungnahme gemacht hat (OLG Nürnberg DNotZ 2014, 626 [630]).

Die Schriftleitung (IK)

Zum Sachverhalt:

I.

[1] Mit notariell beurkundetem Vertrag vom 15. August 2017 erwarb die B. Ltd. & Co. KG, die am 26. Oktober 2017 im Handelsregister eingetragen wurde und deren einzige Komplementärin die C. Ltd. sowie einzige Kommanditistin die D. Ltd. ist, sämtliche Geschäftsanteile an

der hiesigen betroffenen Gesellschaft, aufschiebend bedingt mit ihrer (der KG) Eintragung im Handelsregister, von der D. Ltd. Mit weiterem notariellem Vertag vom selben Tage übertrug die hier betroffene Gesellschaft ihr Vermögen als Ganzes mit allen Rechten und Pflichten unter Auflösung der Gesellschaft ohne Abwicklung im Wege der Verschmelzung durch Aufnahme auf die genannte KG; für die übertragende Gesellschaft erklärte deren (seinerzeit künftige) Alleingesellschafterin, für die übernehmende Gesellschaft erklärten deren Komplementärin und deren Kommanditistin jeweils durch Gesellschafterbeschluss auf zugleich mit der Beurkundung stattfindenden Gesellschafterversammlungen ihre Zustimmungen zum Verschmelzungsvertrag. Bei der Verschmelzung wurden beide englischen Gesellschaften – D. Ltd. und C. Ltd. – gemäß Urkundeninhalt organschaftlich vertreten durch den Geschäftsführer auch der hier betroffenen Gesellschaft.

[2] Gleichfalls unter dem 15. August 2017 hat der vorbezeichnete Geschäftsführer für die hier betroffene Gesellschaft, notariell beglaubigt, die Verschmelzung zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet. Auf die folgende Korrespondenz mit dem Registergericht hin hat der Anmeldende noch eine Bescheinigung einer als Company Secretary beider Limited auftretenden Person vom 3. Januar 2018 sowie eine Bescheinigung des beurkundenden Notars vom 24. Oktober 2017 eingereicht; wegen des Inhaltes im Einzelnen wird auf die Registerakte Bezug genommen.

[3] Durch die angefochtene Zwischenverfügung hat das Registergericht sodann erklärt, der Anmeldung könne noch nicht entsprochen werden, weil nach wie vor der Nachweis fehle, dass die beteiligten britischen Gesellschaften am 15. August 2017 wirksam vertreten worden seien, die betreffenden Dokumente mögen dem Registergericht mit Übersetzung vorgelegt werden.

[4] Gegen diesen dem die Anmeldung einreichenden Notar am 23. März 2018 zugestellten Beschluss wendet sich der Geschäftsführer der betroffenen Gesellschaft mit seinem am 18. April 2018 bei Gericht eingegangenen Rechtsmittel.

[5] Im Verfahren vor dem Senat sind überdies Bestätigungen eines englischen Notars nebst Übersetzungen und Apostillen zu den Akten gereicht worden.

[6] Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der Registerakte einschließlich Sonderband Bezug genommen.

Aus den Gründen:

II.

Die Beschwerde hat Erfolg

[7] Die Sache ist infolge der mit weiterem Beschluss des Registergerichts vom 4. Juli 2018 erklärten Nichtabhilfe dem Senat zur Entscheidung angefallen (§ 68 Abs. 1 Satz 1, 2. Halbs. FamFG).

[8] Das Rechtsmittel ist ungeachtet der Abfassung der Beschwerdeschrift auf einem persönlichen Briefbogen des Geschäftsführers und der dortigen Formulierung „lege ich Beschwerde ein“ ersichtlich für die betroffene Gesellschaft eingelegt worden. Bereits der Hinweis im vorgenannten Schriftstück, seine Privatanschrift habe sich geändert, deutet darauf hin, dass der Verfasser grundsätz-

lich eben nicht als Privatperson, sondern in seiner Eigenschaft als Organ der Gesellschaft handeln wollte. Ausschlaggebend spricht hierfür indiziell, dass alle weiteren Eingaben auf Briefbögen der betroffenen Gesellschaft mit dem Unterzeichnerzusatz „Geschäftsführer“ verfasst sind. Schließlich ist eine entsprechende Auslegung der Beschwerdeschrift auch deshalb geboten, weil bei einer konstitutiven Eintragung, wie sie hier in Rede steht (vgl. §§ 19 Abs. 1 Satz 1, 20 UmwG), im Falle ihrer Ablehnung nur die Gesellschaft selbst beschwerdeberechtigt ist (Keidel-Meyer-Holz, FamFG, 19. Aufl. 2017, § 59 Rn. 86 m. Nachw.).

Das Rechtsmittel ist als Beschwerde zulässig

[9] Das so verstandene Rechtsmittel ist als befristete Beschwerde zulässig und insgesamt zulässig, §§ 382 Abs. 4 Satz 2, 59 Abs. 2, 61 Abs. 1, 63 Abs. 1 und Abs. 3 Satz 1, 64 Abs. 1 und 2 FamFG.

Die Beschwerde ist auch begründet

[10] Es erweist sich auch in der Sache als begründet.

[11] 1. Dabei kann auf sich beruhen, ob der Beschluss vom 23. Januar 2018 die formellen Anforderungen an eine Zwischenverfügung nach § 382 Abs. 4 Satz 1 FamFG erfüllt, namentlich die möglichen Mittel zur Behebung des vom Registergericht beanstandeten Hindernisses hinreichend bezeichnet (was im Hinblick auf das konkret zu beurteilende Hindernis, die Führung des Nachweises organschaftlicher Vertretungsmacht bei ausländischen Gesellschaften, und die Komplexität dabei auftretender Fragen eher zu verneinen sein dürfte, denn hier dürfte es ausnahmsweise nicht ausreichen, Defizite eingereicherter Unterlagen zu benennen, wenn nicht zuvor dargestellt worden ist, welche Nachweise bei Erfüllung welcher Anforderungen im Einzelnen als genügend angesehen würden).

Die organschaftliche Vertretungsberechtigung ist für beide englischen Gesellschaften hinreichend nachgewiesen

[12] 2. Jedenfalls besteht das beanstandete Hindernis in der Sache nicht. Die organschaftliche Vertretungsberechtigung des Herrn E. für beide englischen Gesellschaften ist hinreichend nachgewiesen.

[13] a) Die Grundsätze, nach denen der Senat die Möglichkeit eines Nachweises der Vertretungsberechtigung eines director einer englischen private limited company beurteilt, sind dem Geschäftsführer der betroffenen Gesellschaft bereits aufgrund des Senatsbeschlusses vom 21. August 2014 in Sachen I-3 Wx 190/13 (z. B. in: NZG 2015, 199 f.) bekannt; von einer Wiederholung wird abgesehen. In der Folgezeit ergangene Rechtsprechung (beispielsweise OLG Nürnberg FGPrax 2015, 124 ff.; OLG Jena FGPrax 2018, 104 ff.) gibt dem Senat keinen Anlass, hiervon abzugehen.

[14] b) Allerdings hat der Senat in seiner genannten, in einer Grundbuchsache ergangenen Entscheidung die Frage offengelassen, ob der Nachweis im Handelsregisterverfahren auch durch eine gutachterliche Stellungnahme eines deutschen Notars geführt werden kann. Diese Frage bejaht er nunmehr unter den nachfolgend zu behandelnden Voraussetzungen.

[15] Die im erwähnten Senatsbeschluss von 2014 behandelten Beschränkungen der Nachweisführung durch gutachterliche Stellungnahme eines deutschen Notars

wurzeln in §§ 29 Abs. 1, 32 Abs. 1 GBO und den dort niedergelegten Grundsätzen des Nachweises durch öffentliche Urkunden außerhalb des Anwendungsbereichs des § 21 BNotO; jene Vorschriften finden im Handelsregisterverfahren naturgemäß keine Anwendung. Sonstige Gesichtspunkte, die es geböten, die vorbezeichnete Art der Nachweisführung von vornherein auszuschließen, sind nicht ersichtlich. Das Eintragungsverfahren unterliegt dem deutschen Recht als lex fori. Danach hat das Registergericht zwar nicht nur die Ordnungsmäßigkeit der Anmeldung selbst zu prüfen, sondern auch die Rechtswirksamkeit der zugrundeliegenden maßgeblichen Beschlüsse, mithin auch hierfür relevante Vertretungsberechtigungen. Diese Prüfung erfordert indes andererseits nicht mehr als den positiven Nachweis der Berechtigung; das Gericht darf sich lediglich nicht mit einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit und damit einer bloßen Glaubhaftmachung begnügen, sondern hat in erster Linie urkundliche Nachweise zu verlangen (SchlHOLG NJW-RR 2012, 1063 ff.; OLG Nürnberg a. a. O. m.w.Nachw.).

Auch im Falle der Stellungnahme durch einen deutschen Notar muss zusätzlich zur Einsicht in das Register auch eine Einsicht in die beim Register des Companies House geführten Unterlagen erfolgt sein

[16] Allerdings besteht kein Grund, inhaltlich an die Stellungnahme eines deutschen Notars geringere Anforderungen zu stellen als an diejenige eines – mit der dortigen Rechtsordnung immerhin besonders vertrauten – englischen Notars (dazu insbes. OLG Köln FGPrax 2013, 18 ff. sowie OLG Nürnberg WM 2014, 1483 ff.). Dementsprechend muss zum einen über die Einsicht in das Register als solches auch eine Einsicht in die beim Register des Companies House geführten Unterlagen – memorandum, articles of association und Protokollbuch (minute book) – erfolgt sein und müssen zum anderen die Äußerungen nachvollziehbare Angaben zu den tatsächlichen Grundlagen der notariellen eigenen Prüfung und der daraus folgenden notariellen Feststellungen enthalten.

[17] Damit übereinstimmend, wird in der obergerichtlichen Rechtsprechung die „Bescheinigung“ eines deutschen Notars nur dann für nicht ausreichend erachtet, wenn dieser seine Erkenntnisse nur durch die Einsichtnahme in das beim Companies House geführte Register erworben hat (KG DNotZ 2012, 604 ff.; mittelbar auch KG ZIP 2013, 973 ff.).

[18] c) Hier erschöpfen sich die notariellen Angaben nicht in den in die Urkunden aufgenommenen Erklärungen. Vielmehr ist des weiteren eine – von diesem unterzeichnete und gesiegelte – „Bescheinigung“ des beurkundenden Notars vom 24. Oktober 2017 zu den Akten gereicht worden, in der dieser bezüglich beider Gesellschaften klar und nachvollziehbar darstellt: das Datum seiner Einsicht; die Einsicht in den Registerordner selbst; die Einsicht in die beim Register aufbewahrten Unterlagen, insbesondere jeweils Errichtungsbescheinigung, Gesellschaftsvertrag und Satzung sowie Protokollbuch, dieses unter Benennung von insgesamt sieben Einzeldaten; sodann die von ihm hieraus hinsichtlich beider Gesellschaften gezogenen Folgerungen für Errichtung und Bestand, Berufung des secretary und Bestellung des Herrn E. zum einzigen director, unter anderem am Beurkundungstag des 15. August 2017. Wollte man dies nicht genügen lassen und etwa verlangen, der Notar habe auch den Inhalt der Unterlagen wiederzuge-

ben, bedeutete dies im Kern nichts anderes als das Erfordernis, die entsprechenden Unterlagen in Kopie beizufügen; damit jedoch würde das Wesen der Erklärungen als Bescheinigung über eigene Wahrnehmungen und Folgerungen des Notars verkannt, und es liefe darauf hinaus, nur Abschriften des Registers und seiner Unterlagen für nachweisgeeignet zu halten, was – soweit ersichtlich – bislang nicht vertreten worden ist.

Einer Äußerung zur Zulässigkeit der Doppelvertretung bedurfte es nicht

[19] Zur Frage, ob die Vertretungsberechtigung des director auch Insichgeschäfte, hier in Form von Doppelvertretung, umfasse, musste sich die notarielle Stellungnahme nicht äußern. Denn nach englischem Recht – die Vertretungsmacht der Organe juristischer Personen bestimmt sich internationalprivatrechtlich nach deren Personalstatut – sind Insichgeschäfte zulässig und auch dem director einer private limited company gestattet, der hierdurch allenfalls gegen ihn allgemein treffende Offenlegungs- und Treuepflichten verstoßen kann, ohne dass dies indes die Unwirksamkeit oder Nichtigkeit des betreffenden Geschäfts zur Folge hätte (BeckOGK BGB – Fröhler, Stand 1.4.2019, § 181 Rn. 491 f. m. w. Nachw.)

[20] d) Lediglich der Vollständigkeit halber sei bemerkt, dass die weiteren vorgelegten Nachweise in der Tat untauglich sind.

[21] Bezüglich der Bescheinigung des Herrn F. vom 3. Januar 2018 besteht die schon vom Registergericht in der angegriffenen Zwischenverfügung bezeichnete Unvollständigkeit. Die Bestätigungen des englischen Notars verhalten sich zum einen Teil über eine gänzlich andere, hier nicht in Rede stehende Gesellschaft, die G. Ltd.; zum anderen lassen sie eine nachvollziehbare Darstellung der tatsächlichen Grundlagen der Bescheinigungen – die durch die Wendung „auf der Grundlage dieser Suche“ nicht ersetzt werden kann – vermissen.

III.

[22] Im Hinblick auf den Erfolg des Rechtsmittels erübrigt sich eine Kostenentscheidung, da kein Grund besteht, die Beschwerdeführerin trotz dieses Erfolgs mit Gerichtskosten zu belasten (§§ 22 Abs. 1, 25 Abs. 1 GNotKG). Demzufolge bedarf es ebenso wenig einer Wertfestsetzung für das Beschwerdeverfahren. Auch ist eine Zulassung der Rechtsbeschwerde (§ 70 Abs. 2 Satz 1 FamFG) schon deshalb nicht veranlasst, weil die Rechtsmittelführerin als einzige Beteiligte durch die vorliegende Entscheidung nicht beschwert ist. ■

7. Kostenrecht – Zum Nichtanfall einer besonderen Vollzugsgebühr bei Erwirken einer Apostille durch den Notar

(BGH, Beschluss vom 4.7.2019 – V ZB 53/19)

GNotKG KV Nr. 22124, Nr. 25207
GNotKG §§ 129 Abs. 2, 130 Abs. 3 S. 1
FamFG §§ 70 Abs. 1, 84

Dem Notar steht für die Einreichung einer Urkunde bei dem Präsidenten des Landgerichts zur Einholung einer Apostille keine Vollzugsgebühr nach Nr. 22124 KV GNotKG zu; er kann nur eine Gebühr nach Nr. 25207 KV GNotKG für die Erwirkung der Apostille beanspruchen.

Zur Einordnung

Die nachfolgend abgedruckte Entscheidung des BGH befasst sich mit der Frage, ob parallel zur Gebühr für die Erwirkung einer Apostille (GNotKG KV Nr. 25207 f.) die Vollzugsgebühr für die Übermittlung von Anträgen an ein Gericht (GNotKG KV Nr. 22124 Nr. 1) anfallen kann.

Leitet ein Notar auftragsgemäß Anträge oder Unterlagen an Dritte weiter, erhält er dafür nach GNotKG KV Nr. 22124 Nr. 1 eine Vollzugsgebühr iHv 20 Euro, wenn keine Beurkundungs- oder Entwurfsgebühr für das zu vollziehende Geschäft entstanden ist. Typische Anwendungsfälle sind die Übersendung einer Genehmigungserklärung an den Urkundsnotar, von Grundpfandrechtslöschungsunterlagen an das Grundbuchamt oder die Übermittlung von Gesellschafterlisten an das Handelsregister (Bormann/Diehn/Sommerfeldt, GNotKG, 3. Aufl. 2019, KV Nr. 22124 Rn. 3 f.; Korintenberg/Tiedtke, GNotKG, 20. Aufl. 2017, KV Nr. 22124 Rn. 3 f.). Wird der Notar mit der Einholung einer Apostille oder Legalisation beauftragt (zur jeweiligen Notwendigkeit bei Verwendung in einzelnen Staaten vgl. die „Kurzübersicht Apostille und Legalisation“ unter www.dnoti.de im Bereich „Arbeitshilfen – IPR und ausländisches Recht“), so fällt für diese Tätigkeit nach GNotKG KV Nr. 25207 eine Festgebühr iHv 25 Euro an. Ist neben der Beglaubigung durch den Landgerichtspräsidenten eine weitere (End-) Beglaubigung (vgl. hierzu BeckNotarHB/Süß, 6. Aufl. 2015, Teil H. Rn. 339 f.) erforderlich, beträgt die Gebühr 50 Euro (GNotKG KV Nr. 25208). Die Gebühr entsteht unabhängig davon, ob der beauftragte Notar die zu Grunde liegende Urkunde entworfen hat oder nicht (Bormann/Diehn/Sommerfeldt/Pfeiffer, GNotKG, 3. Aufl. 2019, KV Nr. 25207, 25208 Rn. 2).

Umstritten ist, ob bei Einholung einer Apostille oder Legalisation zusätzlich zur speziellen Gebühr GNotKG KV Nr. 25207 f. die besondere Vollzugsgebühr nach GNotKG KV Nr. 22124 Nr. 1 anfällt. Dafür wird einerseits angeführt, dass durch beide Gebührentatbestände unterschiedlicher Aufwand des Notars vergütet werden soll (LG Düsseldorf RNotZ 2016, 125 [126] m. Einordn. d. Schrftl.; Volpert RNotZ 2015, 146 [151]): bei der Gebühr für die Apostille ua die Prüfung der Form der Echtheitsbestätigung, die Anschreiben an die zuständigen Stellen und die Rücklaufüberwachung (vgl. Gesetzesbegründung BT Drs. 17/11471 [neu], S. 233), bei der Vollzugsgebühr dagegen eine bloße Weiterleitungstätigkeit (BT Drs. 17/11471 [neu], S. 224). Zudem wird die Vollzugsgebühr im Rahmen von GNotKG KV Nr. 25207 f. nicht ausdrücklich ausgeschlossen (Bormann/Diehn/Sommerfeldt/Pfeiffer, GNotKG, 3. Aufl. 2019, KV Nr. 25207, 25208 Rn. 4). Schließlich wäre bei alleiniger Entstehung der Apostillengebühr der Mehraufwand des Notars im Gegensatz zur reinen Übermittlung von Unterlagen rechnerisch mit nur 5 Euro abgegolten (Bormann/Diehn/Sommerfeldt, GNotKG, 3. Aufl. 2019, KV Nr. 22124 Rn. 11; Volpert RNotZ 2015, 146 [151]). Die abweichende Auffassung hält dagegen ausschließlich die Erhebung der Gebühr GNotKG KV Nr. 25207 f. für gerechtfertigt, weil die Erwirkung der Apostille ohne gleichzeitige Einreichung der Unterlage beim Landgerichtspräsidenten nicht denkbar ist und die Tätigkeit daher – auch nach der Gesetzesbegründung – gerade Bestandteil des Erwirkens der Apostille ist (OLG Celle BeckRS 2019, 3843; Korintenberg/Fackelmann, GNotKG, 20. Aufl. 2017, KV Nr. 25207, 25208 Rn. 8; Streifzug durch das GNotKG, 12. Aufl., Rn. 123).

Dieser Ansicht schließt sich auch der BGH in seinem Beschluss an, so dass für die Einholung der Apostille keine zusätzliche 20-Euro-Vollzugsgebühr verdient wird.

Weitere Tätigkeiten des Notars, die typischerweise die Einholung der Apostille und Beglaubigung der zu Grunde liegenden Erklärung flankieren können und gesondert vergütet werden, sind die Vertretungsbescheinigung nach § 21 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BNotO (GNotKG KV Nr. 25200) und die Fertigung des Beglaubigungsvermerks in fremder Sprache (GNotKG KV Nr. 26001).

Die Schriftleitung (TH)

Zum Sachverhalt:

I.

[1] Der Kostenschuldner legte dem Notar (Kostengläubiger) mehrere in serbischer Sprache verfasste Urkunden vor. Er bat um Vornahme von Unterschriftsbeglaubigungen und um die Einholung von Apostillen für die beglaubigten Urkunden, da die Dokumente für Serbien bestimmt seien. Der Notar wurde auftragsgemäß tätig und holte in diesem Zusammenhang bei dem Präsidenten des Landgerichts Hannover die Apostillen ein. Soweit für das Rechtsbeschwerdeverfahren von Interesse, stellte der Notar dem Kostenschuldner mit Schreiben vom 11. September 2017 für das Erwirken der Apostille in sechs Fällen eine Gebühr nach Nr. 25207 KV GNotKG in Höhe von jeweils 25 € sowie für die Übersendung der Urkunden an den Präsidenten des Landgerichts in sechs Fällen eine Vollzugsgebühr nach Nr. 22124 KV GNotKG in Höhe von jeweils 20 € in Rechnung. Auf den Antrag des Kostenschuldners auf gerichtliche Entscheidung hat das Landgericht die Kostenberechnung teilweise geändert und die Vollzugsgebühren abgesetzt. Die dagegen gerichtete Beschwerde des Notars hat das Oberlandesgericht zurückgewiesen. Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde möchte der Notar die Zurückweisung des Antrags auf gerichtliche Entscheidung erreichen.

II.

[2] Nach Ansicht des Beschwerdegerichts stehen dem Notar die Vollzugsgebühren nach Nr. 22124 KV GNotKG nicht zu. Wie sich aus der Gesetzesbegründung zu der Gebühr gemäß Nr. 25207 KV GNotKG ergebe, solle mit dem Gebührentatbestand auch diejenige Tätigkeit des Notars abgegolten sein, die darin liege, die Urkunde nebst Begleitschreiben dem zuständigen Präsidenten des Landgerichts zum Erhalt der Apostille vorzulegen. Demgegenüber sei der Gebührentatbestand der Nr. 22124 KV GNotKG nicht erfüllt, da sich die Tätigkeit des Notars nicht auf die Übermittlung von Anträgen, Erklärungen oder Unterlagen an das Landgericht beschränkt habe. Unabhängig davon könne es für dieselbe Tätigkeit nicht zwei unterschiedliche Gebührentatbestände geben. Nach der Vorstellung des Gesetzgebers seien gegenüber der bisherigen Rechtslage sämtliche Tätigkeiten des Notars für das Erwirken der Apostille mit 25 € angemessen abgegolten.

Aus den Gründen:

III.

[3] Die Rechtsbeschwerde ist aufgrund der Zulassung durch das Beschwerdegericht gemäß § 129 Abs. 2, § 130 Abs. 3 Satz 1 GNotKG, § 70 Abs. 1 FamFG statthaft (vgl. zum Zulassungserfordernis Senat, Beschluss vom 16. No-

vember 2017 – V ZB 124/17, FGPrax 2018, 44 Rn. 6 mwN). Sie ist auch im Übrigen zulässig, insbesondere ist der Notar für die Rechtsbeschwerde in Notarkostensachen selbst postulationsfähig (§ 130 Abs. 3 Satz 2 GNotKG). In der Sache ist die Rechtsbeschwerde jedoch unbegründet, da dem Notar die geltend gemachten Vollzugsgebühren nicht zustehen.

Die Vollzugsgebühr für die Übermittlung von Unterlagen und die Gebühr für die Erwirkung einer Apostille können nicht nebeneinander geltend gemacht werden

[4] Nach Nr. 25207 des KV GNotKG erhält der Notar für die Erwirkung der Apostille oder der Legalisation einschließlich der Beglaubigung durch den Präsidenten des Landgerichts eine Gebühr von 25 €. Nach Nr. 22124 steht dem Notar eine Vollzugsgebühr von 20 € zu, wenn sich seine Tätigkeit auf die Übermittlung von Anträgen, Erklärungen oder Unterlagen an ein Gericht, eine Behörde oder einen Dritten oder die Stellung von Anträgen im Namen der Beteiligten beschränkt. Die Auffassung des Beschwerdegerichts, beide Gebühren könnten nicht nebeneinander geltend gemacht werden, ist zutreffend.

Diese Rechtsfrage ist umstritten

[5] 2. Allerdings ist die Frage umstritten. Zum Teil wird die Abrechnung einer Vollzugsgebühr nach Nr. 22124 KV GNotKG neben der Gebühr für die Bewirkung der Apostille nach Nr. 25207 KV GNotKG als zulässig angesehen (vgl. LG Düsseldorf, ZNotP 2016, 79; Diehn, Notarkostenberechnungen, 5. Aufl., Rn. 199 u. 2179; ders., in Bormann/Diehn/Sommerfeldt, GNotKG, 2. Aufl., Nr. 22124 Rn. 11; Leipziger Gerichts- u. Notarkosten-Kommentar/Arnold, 2. Aufl., Nr. 25207 bis 25208 Rn. 15; Volpert, RNotZ 2015, 146, 150 f.). Begründet wird dies in erster Linie damit, dass die Erwirkung der Apostille ein sonstiges notarielles Geschäft sei, bei dem sich die Vollzugstätigkeit des Notars auf die Übermittlung von Unterlagen beschränke. Die Vollzugsgebühr der Nr. 22124 gelte eine andere Tätigkeit des Notars ab als diejenige für das notarielle Geschäft, nämlich diejenige der Weiterleitung der Urkunde an das Gericht (vgl. LG Düsseldorf, ZNotP 2016, 79). Die Gegenauffassung lehnt ein Nebeneinander beider Gebühren ab (vgl. Korintenberg/Fackelmann, GNotKG, 20. Aufl., Nr. 25207, 25208 Rn. 7 f.; ders., ZNotP 2016, 80; Schneider/Volpert/Fölsch/Leiß, Gesamtes Kostenrecht, 2. Aufl., Nr. 25207 bis 25208 Rn. 5; Streifzug durch das GNotKG, 12. Aufl., Rn. 123). Ein Erwirken einer Apostille ohne Einreichen der Urkunde bei dem zuständigen Landgericht sei nicht möglich. Die Übermittlungstätigkeit trete nicht als eigenständige Vollzugstätigkeit, sondern nur als notwendiger Teil des eigentlichen Verfahrens in Erscheinung. Auch nach der Auffassung des Gesetzgebers werde mit dem Erwirken der Apostille das gesamte Verfahren abgegolten (vgl. Korintenberg/Fackelmann, GNotKG, 20. Aufl., Nr. 25207, 25208 Rn. 8; Streifzug durch das GNotKG, 12. Aufl., Rn. 123).

[6] 3. Die zuletzt genannte Ansicht ist richtig. Dem Notar steht für die Einreichung einer Urkunde bei dem Präsidenten des Landgerichts zur Einholung einer Apostille keine Vollzugsgebühr nach Nr. 22124 KV GNotKG zu; er kann nur eine Gebühr nach Nr. 25207 KV GNotKG für die Erwirkung der Apostille beanspruchen.

Zum Erwirken der Apostille gehört notwendigerweise die Übersendung der Urkunde an das Landgericht

[7] a) Die Gebühr nach Nr. 25207 KV GNotKG enthält eine abschließende Regelung für die Tätigkeiten, die das

Erwirken einer Apostille notwendigerweise mit sich bringt; dazu zählt das Übersenden der Urkunden an den Präsidenten des Landgerichts. Eine andere Sichtweise widerspricht dem Willen des Gesetzgebers. Dieser wollte durch die Schaffung der Nr. 25207 KV GNotKG eine Lücke im bisherigen Recht schließen. Der Notar sollte nunmehr für seinen (gesamten) Aufwand bei der Einholung einer Apostille oder Legalisation, zu der auch die Vorlage der Urkunde an den Präsidenten gehört, mit der Gebühr Nr. 25207 entlohnt werden (vgl. BT-Drs. 17/11471, S. 232 f.). Die Gebühr von 25 € wurde hierbei als angemessen angesehen. Dieses gesetzgeberische Ziel würde unterlaufen, könnte der Notar zusätzlich noch eine Vollzugsgebühr von 20 € und damit für jedes Erwirken einer Apostille eine Vergütung von insgesamt 45 € beanspruchen.

Es ist unerheblich, dass sich aus dem Gesetz kein ausdrücklicher Ausschluss des kumulativen Gebührenanfalls ergibt

[8] b) Daraus, dass der Gesetzgeber nicht ausdrücklich angeordnet hat, dass die Vollzugsgebühr nach Nr. 22124

KV GNotKG bei der Erwirkung einer Apostille nicht entsteht (vgl. zu einer solchen Einschränkung etwa Nr. 25104 KV GNotKG a. E.), folgt nichts anderes (so aber LG Düsseldorf, ZNotP 2016, 79; Volpert, RNotZ 2015, 146, 151). Hieraus kann nicht geschlossen werden, dass der Gesetzgeber davon ausging, dass neben die Gebühr nach Nr. 25207 KV GNotKG noch eine Vollzugsgebühr tritt. Näher liegt die Annahme, dass kein Anlass für eine Anrechnungsbestimmung gesehen wurde, weil das Erwirken einer Apostille die Vorlage der Urkunde an den Präsidenten des Landgerichts zwingend umfasst und damit bereits durch die Gebühr nach Nr. 25207 KV GNotKG abgegolten wird (für ein bloßes Versehen des Gesetzgebers Fackelmann, ZNotP, 2016, 80; Schneider/Volpert/Fölsch/Leiß, Gesamtes Kostenrecht, 2. Aufl., Nr. 25207 bis 25208 Rn. 5).

IV.

[9] Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 130 Abs. 3 Satz 1 GNotKG i. V. m. § 84 FamFG. Einer Wertfestsetzung für das Rechtsbeschwerdeverfahren bedarf es nicht, da hierfür gemäß Nr. 19120 eine Festgebühr anfällt. ■

RNotZ-Forum

Rechtsprechung in Leitsätzen

1. Liegenschaftsrecht – Bindungsfristen für gemeindliches Wiederkaufsrecht bei Verkauf verbilligten Baulandes und ergänzende Vertragsauslegung

(BGH, Urteil vom 15.2.2019 – V ZR 77/18)

AGBG § 9 Abs. 1

BauGB § 11 Abs. 1 S. 1 Nr. 2

BauGB-MaßnahmenG (idF vom 22. April 1993) § 6 Abs. 3 S. 4

BGB §§ 134, 306 Abs. 2, Abs. 3, 307, 812 Abs. 1 S. 1
GO NRW § 90

1. Bei einem Verkauf verbilligten Baulandes an einen privaten Käufer im Rahmen eines städtebaulichen Vertrages ist eine Bindungsfrist von 30 Jahren für die Ausübung eines Wiederkaufsrechts der Gemeinde grundsätzlich nur dann angemessen, wenn dem Erwerber ein besonders hoher Preisnachlass gewährt wurde oder sonst außergewöhnliche Umstände vorliegen, die eine derart lange Bindung des Erwerbers rechtfertigen. Die Gewährung eines Preisnachlasses von 29 % gegenüber dem Verkehrswert genügt hierfür nicht.
2. Bei einer Kaufpreisverbilligung von 20 % ist eine Bindungsfrist von 20 Jahren grundsätzlich noch angemessen.
(Amtliche Leitsätze)
3. Im Einzelfall kann trotz des grundsätzlichen Verbots geltungserhaltender Reduktion im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen eine ergänzende Vertragsauslegung geboten sein.
(RNotZ-Leitsatz)

(Fundstellen: beck-online, Bundesgerichtshof, juris) ■

2. Liegenschaftsrecht – Keine Rückübertragung eines umgeschriebenen Grundstücks auf das ursprüngliche Grundbuchblatt nach dessen Schließung

(OLG Köln, Beschluss vom 11.1.2019 – 2 Wx 417/18)

GBO §§ 3 Abs. 1, 4, 71 Abs. 1, 78 Abs. 2

1. Eine Zusammenschreibung von mehreren Grundstücken auf einem Grundstücksblatt ist nur gestattet, wenn eine Verwirrung des Grundbuchs nicht zu besorgen ist.
2. Eine Rückübertragung eines umgeschriebenen Grundstücks auf das ursprüngliche Grundbuchblatt ist nicht mehr möglich, sobald das ursprüngliche Grundbuchblatt geschlossen ist.

(Fundstellen: beck-online) ■

3. Liegenschaftsrecht – Zur Erforderlichkeit der Voreintragung der Erben bei Eintragung einer aufgrund transmortaler Vollmacht bestellten Grundschuld

(OLG Köln, Beschluss vom 11.3.2019 – 2 Wx 82/19)

GBO §§ 18 Abs. 1 S. 2, 39 Abs. 1, 40 Abs. 1

Für die Eintragung einer aufgrund transmortalen Vollmacht bestellten Grundschuld bedarf es der Voreintragung der Erben im Grundbuch. § 40 Abs. 1 GBO findet insoweit keine Anwendung, da es bei der Eintragung weder um die Übertragung noch um die Aufhebung eines Rechts handelt.

(Fundstellen: beck-online, juris, Rechtsprechungsdatenbank NRW) ■

4. Liegenschaftsrecht – Zur Beseitigung baulicher Veränderungen von einem Wohnungseigentümer

(OLG München, Beschluss vom 6.2.2019 – 32 Wx 147/18 WEG)

BGB §§ 428, 883, 1004

WEG §§ 10 Abs. 3, Abs. 6 S. 3 Alt. 2, 14 Nr. 1, 15

Abs. 3, 22 Abs. 1, 62 Abs. 1

1. Ob ein Wohnungseigentümer von einem anderen Wohnungseigentümer die Beseitigung einer baulichen Veränderung verlangen kann, beurteilt sich in Altfällen nach den Vorschriften zum materiellen Recht in der seit dem 1. Juli 2007 geltenden Fassung, da für das materielle Recht eine § 62 Abs. 1 WEG entsprechende Übergangsvorschrift fehlt.
2. Auch ein Beschluss, mit dem die Wohnungseigentümer die gemeinsame Klage auf Beseitigung gegen einen Miteigentümer beschließen, aus dem Zeitraum vor der Erkenntnis der Teilrechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft ist nach seinem objektiven Inhalt sowie nach Wortlaut und Sinn, wie er sich für einen unbefangenen Betrachter ergibt, dahin auszulegen, dass die Gemeinschaft selbst beauftragt und bevollmächtigt werden sollte, die Individualansprüche der Eigentümer aus § 15 Abs. 3 WEG, § 1004 BGB zu verfolgen.
3. Die nach § 22 Abs. 1 WEG erforderliche Zustimmung zu einer baulichen Veränderung kann auch durch eine Vereinbarung erteilt werden, denn Wohnungseigentümer können Gegenstände, die zu beschließen sind, stets auch vereinbaren.
4. Regelt die Gemeinschaftsordnung ein (Aus-)Baurecht des Eigentümers einer bestimmten Einheit liegt darin eine vorweggenommene Zustimmung aller Wohnungseigentümer iSv § 22 Abs. 1 Satz 1 WEG. Die Zustimmung kann bereits für künftige Maßnahmen in der Gemeinschaftsordnung erteilt werden.
5. Ein Widerruf der durch Vereinbarung erteilten Zustimmung ist wieder nur im Wege der Vereinbarung möglich. Auch wenn eine Öffnungsklausel eine Änderung der Gemeinschaftsordnung durch Beschluss erlaubte, wäre der Widerruf nur mit Zustimmung des Begünstigten wirksam.
6. Eine in einem notariellen Nachtrag zu einer Teilungserklärung enthaltene Änderung der Gemeinschaftsordnung wird nur dann Gegenstand des Sondereigentums, wenn die Eintragung auch der konkreten Änderung in das Grundbuch bewilligt und beantragt wird.
7. Eine nicht in das Grundbuch eingetragene, die Gemeinschaftsordnung ändernde Vereinbarung, die eine nur für alle Wohnungseigentümer einheitlich zu beurteilende Regelung zum Gegenstand hat, ist nicht ohne dessen Zustimmung gegenüber einem Sondernachfolger wirksam, der in die Gemeinschaft eintritt und zu dessen Ungunsten die Vereinbarung wirken würde (Bayerisches Oberstes Landesgericht, Beschluss vom 10. Januar 2002 – ZZ BR 180/01).
8. Für den Eintritt eines Erwerbers in rein schuldrechtliche Vereinbarungen der Wohnungseigentümer gelten die Grundsätze der Vertragsübernahme, mit der

eine Vertragspartei anstelle der bisherigen Vertragspartei in einen Vertrag eintritt. Die Vertragsübernahme ist ein einheitliches Rechtsgeschäft, das der Zustimmung aller Beteiligten bedarf. Die Vertragsübernahme kann grundsätzlich als dreiseitiger Vertrag oder durch Vertrag zwischen zwei Beteiligten geschlossen werden, der durch den dritten Beteiligten genehmigt wird.

9. Es ist dabei in der Regel davon auszugehen, dass die Wohnungseigentümer das Gemeinschaftsverhältnis personenneutral regeln wollen und einer Vertragsübernahme durch einen Erwerber antizipiert zustimmen.
10. Entscheidend ist daher, ob der Veräußerer und der Erwerber – in der Regel im Rahmen des Erwerbsvertrages – eine Vertragsübernahme bezüglich bestimmter schuldrechtlicher Vereinbarungen wirksam vereinbart haben. Eine derartige Vertragsübernahme setzt die positive Kenntnis des Erwerbers vom Bestehen einer Vereinbarung und die Feststellung seines rechtsgeschäftlichen Willens, in diese Vereinbarung eintreten zu wollen, voraus.
11. Bei der Auslegung von Übernahme Klauseln in Kaufverträgen ist davon auszugehen, dass ein Erwerber in der Regel nicht pauschal auf den Schutz des § 10 Abs. 3 WEG verzichten will und ohne Kenntnis im Einzelnen jede für ihn eventuell mit erheblichen Nachteilen verbundene Vereinbarung übernehmen will. Vielmehr gebietet es der in § 10 Abs. 3 WEG zum Ausdruck gekommene Gesetzeswille, Übernahme klauseln hinsichtlich der Übernahme nachteiliger schuldrechtlicher Vereinbarungen im Zweifel eng auszulegen.

(Fundstellen: beck-online, Bayern.Recht, juris) ■

5. Liegenschaftsrecht – Auswirkung der Teilung des dienenden Grundstücks bei Beschränkung des Ausübungsbereichs der Grunddienstbarkeit auf abgegrenzte Teilfläche

(OLG Saarbrücken, Beschluss vom 5.2.2019 – 5 W 94/18)

BGB §§ 1019, 1026

GBO §§ 22, 29 Abs. 1 S. 2

War der Ausübungsbereich einer Grunddienstbarkeit – hier: Geh- und Fahrrecht – in der Eintragungsbewilligung auf eine abgegrenzte Teilfläche beschränkt worden, so führt die Teilung des dienenden Grundstücks dazu, dass nicht betroffene Teilflächen von der Dienstbarkeit frei werden. Der Nachweis dieser Tatsache kann prinzipiell auch mit amtlichen Urkunden des Vermessungsamtes geführt werden, das Grundbuchamt muss jedoch eigenständig prüfen, ob diese mit dem Inhalt der Dienstbarkeit vereinbar sind.

(Fundstellen: beck-online, Rechtsprechungsdatenbank Saarland) ■

6. Liegenschaftsrecht – Belastung eines Grundstücks mit einer Finanzierungsgrundschuld aufgrund transmortaler Vollmacht

(OLG Stuttgart, Beschluss vom 2.11.2018 – 8 W 312/18)

BGB §§ 172, 173

GBO §§ 15, 35, 39 Abs. 1, 40 Abs. 1

1. Im Grundbuchverfahren wird der einer transmortalen Vollmacht innewohnende Rechtsschein nicht dadurch zerstört, dass der Bevollmächtigte in einer dem Grundbuchamt vorgelegten Urkunde erklärte, gesetzlicher Erbe des Vollmachtgebers geworden zu sein.
2. Die Eintragung einer von einem transmortal Bevollmächtigten nach dem Ableben des Vollmachtgebers bewilligten Finanzierungsgrundschuld setzt nicht die Vorantragung des Erben voraus.

(Fundstellen: beck-online, juris) ■

7. Erbrecht – Pfändung und Überweisung des Anteils eines Miterben am Nachlass

(BGH, Beschluss vom 7.2.2019 – V ZB 89/18)

BGB §§ 2033 Abs. 1 S. 1, 2042

GBO §§ 29 Abs. 1, 78 Abs. 1

ZPO §§ 835 Abs. 1, 857 Abs. 5, 859 Abs. 2

Die Pfändung und Überweisung des Anteils eines Miterben am Nachlass berechtigt den Vollstreckungsgläubiger nicht dazu, den Erbanteil freihändig zu veräußern. Hierzu bedarf es vielmehr eines gesonderten Beschlusses des Vollstreckungsgerichts.

(Fundstellen: beck-online, Bundesgerichtshof, juris) ■

8. Handels-/Gesellschaftsrecht – Zum Nachweis der Vertretungsberechtigung eines Director einer englischen Ltd.

(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 7.8.2019 – 3 Wx 64/17, mitgeteilt durch RiOLG a. D. von Wnuck-Lipinski)

BNotO §§ 21, 24 Abs. 1 S. 1

FamFG §§ 58, 59 Abs. 2, 61 Abs. 1, 63 Abs. 1, Abs. 3 S. 1, 64 Abs. 1, Abs. 2, 84, 382 Abs. 4 S. 2, 738

Unter den im Senatsbeschluss vom 18. Juli 2019 – I-3 Wx 138/18 – aufgezeigten Grundsätzen für den Nachweis einer Vertretungsberechtigung des Geschäftsführers einer englischen Ltd. durch gutachterliche Stellungnahme eines deutschen Notars ist die organschaftliche Vertretungsberechtigung des (alleinigen) Kommanditisten für die persönlich haftende Gesellschafterin, die englische Ltd., („als „einzelnvertretungsberechtigter Direktor der persönlich haftenden Gesellschafterin ... LTD“), nicht hinreichend nachgewiesen, wenn aus der Notarbescheinigung sich lediglich ergibt, dass der Notar in das elektronische Handelsregister (Companies House) Einsicht genommen hat („aufgrund heutiger Einsicht ... in ...“) und aufgrund dessen bescheinigt, dass dort die von ihm wiedergegebenen Angaben registriert sind, ohne zu attestieren, dass er darüber hinaus auch die beim Register aufbewahrten Unterlagen eingesehen hat.

(Fundstellen: beck-online, juris, Rechtsprechungsdatenbank NRW) ■

9. Handels-/Gesellschaftsrecht – Zur Unwirksamkeit einer Call-Option für den Fall der Abberufung als Geschäftsführer

(LG München I, Endurteil vom 15.3.2019 – 10 HK O 6998/18)

BGB § 134

GmbHG §§ 15, 33 Abs. 2

Ein Verkaufsangebot eines Gesellschafters für eine entgeltlich erworbene und nicht nur geringfügige Beteiligung, welche an eine Abberufung als Geschäftsführer ohne weitere Voraussetzungen anknüpft, ist als unwirksame Hinauskündigungs Klausel nichtig; es handelt sich dann nicht um einen ausnahmsweise zulässigen Annex zur Geschäftsführerstellung.

(RNotZ-Leitsatz)

(Fundstellen: beck-online, Bayern.Recht) ■

10. Steuerrecht – Kein Beihilfecharakter der Steuerbegünstigung nach § 6 a GrEStG

(EuGH, Urteil vom 19.12.2018 – C-374/17)

AEUV Art. 107 Abs. 1, Art. 108 Abs. 3

UmwG § 1 Abs. 1

GrEStG §§ 1 Nr. 3, 6a

1. Eine „staatliche Beihilfe“ im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV setzt voraus: (1) Es muss sich um eine staatliche Maßnahme oder eine Maßnahme unter Inanspruchnahme staatlicher Mittel handeln. (2) Diese muss geeignet sein, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. (3) Durch sie muss dem Begünstigten ein selektiver Vorteil gewährt werden. (4) Sie muss den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen.
2. Die Gewährung eines selektiven Vorteils kann nicht nur durch die Übertragung staatlicher Mittel, sondern auch durch die Verschaffung eines steuerlichen Vorteils erfolgen.
3. Maßgebend ist der selektive Charakter einer Maßnahme; dieser liegt vor, wenn zwischen Unternehmen unterschieden wird, die sich in einer vergleichbaren tatsächlichen und rechtlichen Situation befinden. Nationale Maßnahmen, die unterschiedslos auf alle Unternehmen des betreffenden Mitgliedsstaates anwendbar sind, sind allgemeine, aber nicht selektive Maßnahmen.
4. Die in Art. 107 Abs. 1 AEUV aufgestellte Voraussetzung eines selektiven Vorteils ist nicht erfüllt im Falle einer Steuervergünstigung, die darin besteht, dass der Übergang des Eigentums an einem Grundstück von der Grunderwerbsteuer befreit ist, wenn er aufgrund eines Umwandlungsvorgangs erfolgt, an dem ausschließlich Gesellschaften desselben Konzerns beteiligt sind, die während eines ununterbrochenen Mindestzeitraums von fünf Jahren vor und fünf Jahren nach diesem Vorgang durch eine Beteiligung von mindestens 95 % miteinander verbunden sind.

(RNotZ-Leitsätze)

(Fundstellen: beck-online, Europäischer Gerichtshof, juris) ■