

# BW NotZ

Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg

## 4 | 2019

Dezember 2019

### HERAUSGEBER

Württembergischer Notarverein e.V.

in Verbindung mit dem

Badischen Notarverein e.V.

Friedrichstraße 9A

70174 Stuttgart

### SCHRIFTLÉITUNG

Notarassessor Dr. Gabriel Ludwig Schmidt,

Reutlingen

Notarassessor Anton Gordon,

Mühlacker

ISSN-Nummer 1434-2979

[www.notare-wuerttemberg.de](http://www.notare-wuerttemberg.de)  
[www.badischer-notarverein.de](http://www.badischer-notarverein.de)

## ABHANDLUNGEN

Trends im Grundstücksverkehr 2019

Notar a.D. Prof. Walter Böhringer ..... 250

## RECHTSPRECHUNG

### ERBRECHT

OLG München (31. Zivilsenat), Beschluss vom 31.10.2019 - 31 Wx 398/17

Widerruf eines Ehegattentestaments ..... 262

### GESELLSCHAFTSRECHT

BGH (II. Zivilsenat), Beschluss vom 23.07.2019 - II ZB 20/18

Zusammensetzung des Aufsichtsorgans einer durch  
formwechselnde Umwandlung gegründeten, dualistisch

aufgebauten SE. .... 268

OLG Düsseldorf (3. Zivilsenat), Beschluss vom 07.08.2019 - 3 Wx 64/17

Nachweis der Vertretungsberechtigung eines director einer  
englischen private limited company ..... 272

### KOSTENRECHT

OLG München (32. Zivilsenat), Beschluss vom 31.10.2019 - 32 Wx 391/19 Kost

Beantragung eines Beurkundungsverfahrens beim Notar ..... 281

### LIEGENSCHAFTSRECHT

LG München I (1. Zivilkammer), Endurteil vom 26.06.2019 - 1 S 5268/18 WEG

Ersetzung der notariellen Beurkundung durch einen

gerichtlichen Vergleich ..... 285

OLG Köln (2. Zivilsenat), Beschluss vom 11.04.2019 - 2 Wx 69/19

Bildung von Wohneigentum aus zwei Grundstücken ..... 300



Wir suchen zur langfristigen Zusammenarbeit für unsere Notarkanzlei in Bad Saulgau zum nächstmöglichen Eintrittsdatum einen

**Württembergischen Notariatsassessor / Rechtsanwalt (m/w/d)  
als juristischen Mitarbeiter gemäß § 25 BNotO.**

Unsere Kanzlei befindet sich in neuen Räumlichkeiten in zentraler Lage mit eigener Tiefgarage. Wir bieten einen eigenverantwortlichen und abwechslungsreichen Arbeitsplatz und freuen uns auf Ihre Bewerbung. Weitere Informationen finden Sie auf unserer homepage.

Sprechen Sie uns an oder senden Sie Ihre Bewerbung an:

**Notare Günther Rieger & Michael Kopf** - Bad Saulgau  
Friedrichstraße 6 ▪ 88348 Bad Saulgau  
Tel: 07581 / 920 90 20 ▪ [www.notare-rk.de](http://www.notare-rk.de)  
mailto: [bewerbung@notare-rk.de](mailto:bewerbung@notare-rk.de)

## **Notarmitarbeiter (m/w/d)**

Wir, ein Notariat im attraktiven Leipziger Stadtzentrum, suchen zur Verstärkung eine/n Notarfachangestellte/n (m/w/d), Notarfachwirt (m/w/d) oder Württ. Notariatsassessor (m/w/d) für eine abwechslungsreiche und eigenverantwortliche Tätigkeit zum nächstmöglichen Termin.

Nutzen Sie Ihre Chance, in einem angenehmen Team eine interessante Position auszufüllen und sich weiter zu entwickeln. Näheres erfahren Sie auf unserer Homepage: [www.notar-wich.de](http://www.notar-wich.de)

Ihre aussagekräftigen Unterlagen senden Sie bitte  
– persönlich/vertraulich – an:

**Notar Christoph Wich, Frau Claudia Richter,  
Katharinenstraße 6, 04109 Leipzig**

85. BAND

**BWNotZ****AUSGABE 4|2019 INHALTSVERZEICHNIS****HERAUSGEBER**

Württembergischer Notarverein e.V.

in Verbindung mit dem

Badischen Notarverein e.V.

Friedrichstraße 9A, 70174 Stuttgart

**SCHRIFTFLEITUNG**

Notarassessor Dr. Gabriel Ludwig Schmidt, Reutlingen

Notarassessor Anton Gordon, Mühlacker

ISSN-Nummer 1434-2979

Erscheinungsweise: 6x pro Jahr

**BESTELLUNGEN | ANZEIGEN**

Geschäftsstelle des

Württembergischen Notarvereins e.V.

Friedrichstraße 9A, 70174 Stuttgart,

Tel. 0711 2237951, Fax 0711 2237956

E-Mail: wuertt.NotV@t-online.de

Der Bezugspreis beträgt jährlich 50,- Euro einschließlich USt und Versandkosten und wird am 31.05. des Bezugsjahres in Rechnung gestellt. Einzelhefte 8,- Euro einschließlich USt zuzüglich Versandkosten. Einzelhefte können nur von den letzten 5 Jahrgängen einschließlich des laufenden Jahrgangs bezogen werden. Abbestellungen müssen 6 Wochen vor Ende eines Kalenderjahres erfolgen.

**HERSTELLUNG**

Erich Schretzmann Siebdruck GmbH

siebdruck-schretzmann.de.

Huber Werbung, 73547 Lorch

www.huber-werbung-lorch.de

**ABHANDLUNGEN**

Seite

Notar a.D. Prof. Walter Böhringer | Trends im Grundstücksverkehr 2019 ..... 250

**RECHTSPRECHUNG****ERBRECHT**

OLG Köln, Beschl. v. 21.8.2019 - 2 Wx 216/19; 2 Wx 217/19 - ..... 258

OLG München (31. Zivilsenat), Beschluss vom 12.11.2019 - 31 Wx 183/19 ..... 260

OLG München (31. Zivilsenat), Beschluss vom 31.10.2019 - 31 Wx 398/17 ..... 262

**FREIWILLIGE GERICHTSBARKEIT**

OLG Köln, Beschluss vom 26.08.2019 - 2 Wx 248/19 ..... 265

OLG Köln, Beschluss vom 30.08.2019 - 2 Wx 249/19 ..... 266

**GESELLSCHAFTSRECHT**

BGH (II. Zivilsenat), Beschluss vom 23.07.2019 - II ZB 20/18 ..... 268

OLG Düsseldorf (3. Zivilsenat), Beschluss vom 07.08.2019 - 3 Wx 64/17 ..... 272

**KOSTENRECHT**

OLG Köln, Beschl. v. 8.7.2019 - 2 Wx 190/19 ..... 275

OLG Köln, Beschl. v. 19.9.2019 - 2 Wx 264/19 ..... 278

OLG München (32. Zivilsenat), Beschluss vom 31.10.2019 - 32 Wx 391/19 Kost. .. 281

**LIEGENSCHAFTSRECHT**

KG (1. Zivilsenat), Beschluss vom 27.08.2019 - 1 W 373-412/18 ..... 283

LG München I (1. Zivilkammer), Endurteil vom 26.06.2019 - 1 S 5268/18 WEG ... 285

OLG Köln, Beschl. v. 5.8.2019 - 2 Wx 220/19; 2 Wx 227-229/19 ..... 293

OLG Köln, Beschl. v. 28.10.2019 - 2 Wx 290/19; 2 Wx 296-298/19 ..... 296

OLG Köln Beschluss v. 30.10.2019 - 2 Wx 327/19 ..... 298

OLG Köln (2. Zivilsenat), Beschluss vom 11.04.2019 - 2 Wx 69/19 ..... 300

OLG Köln, Beschl. v. 21.10.2019 - 2 Wx 271/19; 2 Wx 275/19 - 2 Wx 287/19 ..... 303

OLG Stuttg. (Senat f. Landwirtschaftssachen), Beschl. v. 11.07.19 - 101 W 3/19 .. 305

**BUCHBESPRECHUNGEN****1. Grundbuchverfahrensrecht, Eikmann/Böttcher, 5. Auflage**

(Besprechung von Notar a.D. Prof. Walter Böhringer, Heidenheim/Brenz) .. 309

**2. GNotKG - Gerichts- und Notarkostengesetz von**

J. Bormann / T. Diehn / K. Sommerfeldt (Hrsg.) 3. Auflage

Notarassessor Matthias Miller, Nagold ..... 310

**3. Handbuch Erbengemeinschaft Dr. Hans-Peter Wetzel /**

Dr. Felix Odersky / Dr. Hellmut Götz (Hrsg.), 5. Auflage

(Besprechung von Notarassessor Dr. Tobias Steber, LL.M.

(Cambridge), Bietigheim-Bissingen) ..... 312

**4. Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 9. Auflage**

(Besprechung von Notarassessor Dr. Theo Luy, Berlin) ..... 313

# ABHANDLUNGEN

## Trends im Grundstücksverkehr 2019

von Notar a. D. Professor Walter Böhringer, Heidenheim/Brenz\*

In das einst so statische Rechtsgebiet wie das Grundstücksrecht ist in den letzten Jahrzehnten immer mehr Bewegung gekommen. Gesetzgebung und Literatur schaffen Neuigkeiten und Veränderungen. Der Zeitraum der letzten Jahre blieb von Umwälzungen nicht verschont. Es sollen die Trends dargestellt werden.

### I. Festlegung des Kaufpreises

#### 1. Nachträgliche Kaufpreisänderung

Der BGH<sup>1</sup> stellt fest, dass die Parteien eines Kaufvertrags nachträglich den Kaufpreis formfrei wirksam verändern können, dass Grundstückskaufverträge nach der Auflassung formlos abgeändert werden können, wenn die Auflassung durch notarielle Beurkundung gemäß § 873 Abs. 2 BGB bindend geworden ist. Dies gelte auch dann, wenn der Vollzug der Auflassung durch Anweisungen der Kaufvertragsparteien an den Notar vorübergehend gesperrt sei. Sowohl die „Ausfertigungssperre“ als auch die sog. Bewilligungslösung seien lediglich vollzugstechnische Abreden, die nichts daran änderten, dass die Auflassung vorbehaltlos und verbindlich erklärt worden sei.

#### 2. Preislimitierung beim Vorkaufsrecht

Ein dingliches Vorkaufsrecht mit fest bestimmten Preisen - ein sogen. preislimitiertes Vorkaufsrecht - kann nicht in das Grundbuch eingetragen werden. Ist eine Preislimitierung gewollt, so muss ein schuldrechtliches Vorkaufsrecht nach §§ 463 ff. BGB vereinbart werden, welches durch Vormerkung im Grundbuch abgesichert

werden kann. Wurde ein dingliches Vorkaufsrecht mit Preislimitierung versehentlich im Grundbuch eingetragen, so ist nach § 139 BGB zu prüfen, ob es umgedeutet werden kann in ein durch Vormerkung gesichertes schuldrechtliches Vorkaufsrecht – dann ist ein Klarstellungsvermerk im Grundbuch einzutragen, die Eintragung darf nicht insgesamt wegen inhaltlicher Unzulässigkeit nach § 53 GBO gelöscht werden.<sup>2</sup>

### II. Verfügungsbeschränkungen

#### 1. Zugewinngemeinschaft

Nach § 19 GBO erfolgt grundsätzlich eine Eintragung, wenn derjenige sie bewilligt, dessen Recht von ihr betroffen wird. Dabei hat das Grundbuchamt von Amts wegen zu prüfen, ob der Bewilligende Verfügungsbeschränkungen unterliegt. Eine solche Beschränkung enthält die Vorschrift des § 1365 Abs. 1 BGB. Da das Zustimmungserfordernis jedoch eine Ausnahme von der freien Verfügungsbefugnis des Ehegatten nach § 1364 BGB darstellt, kann das Grundbuchamt grundsätzlich davon ausgehen, dass ein Rechtsgeschäft über ein Grundstück auch bei im gesetzlichen Güterstand lebenden Eheleuten nicht eine Verfügung über das Vermögen im Ganzen darstellt, dass also der Ausnahmefall des § 1365 Abs. 1 BGB nicht vorliegt. Das Grundbuchamt ist nur dann zu einer Beanstandung gemäß § 18 GBO berechtigt und verpflichtet, wenn es von dem Vorliegen der Voraussetzungen des § 1365 Abs. 1 BGB Kenntnis hat oder wenn aus den Eintragungsunterlagen oder aufgrund bekannter bzw. nach der Lebenserfahrung naheliegender Umstände begründeter Anlass zu einer solchen Annahme besteht. Nur wenn konkrete Anhaltspunkte sowohl für das Vorliegen des objektiven Tatbestandes des § 1365 Abs. 1 BGB gegeben sind, darf das Grundbuchamt die Zustimmung des anderen Ehegatten oder den Nachweis weiteren Vermögens verlangen.<sup>3</sup> Das Grundbuchamt kann nur beanstanden, wenn

\* Honorarprofessor der Dualen Hochschule Baden-Württemberg Cooperative State University, Dozent der Deutschen Anwalt-/Notarakademie, ehem. Dozent der Notarakademie Baden-Württemberg, Patennotar im Gutachtendienst des Deutschen Notarinstituts, Heidenheim/Brenz

1 BGH DNotZ 2019, 183 m. Anm. Raff = MittBayNot 2019, 246 m. Anm. Ruhwinkel = Rpfleger 2019, 9; Festhalten an BGH DNotZ 1985, 284. Dazu kritisch Gordon BWNotZ 2018, 120; Becker BWNotZ 2018, 118; Roemer RNotZ 2019, 192. Zur Heilung gemäß § 311b Abs. 1 S. 2 BGB bei mehreren formbedürftigen Vereinbarungen Berchtold BWNotZ 2019, 4. Zur aufschiebend bedingten Bewilligung der Eigentumsumschreibung als Alternative zur Ausfertigungssperre und Bewilligungsvollmacht Weber/Wesiack DNotZ 2019, 164.

2 OLG Frankfurt FGPrax 2017,202 = MittBayNot 2018, 149 m. zust. Anm. Böhringer.

3 BGH DNotZ 2013, 686 = Rpfleger 2013, 378; OLG Frankfurt MittBayNot 2017, 591.

aufgrund nachgewiesener Tatsachen das Grundbuchamt zur sicheren Überzeugung gekommen ist, das Grundbuch werde unrichtig werden.<sup>4</sup>

Ein in Zugewinnsgemeinschaft lebender Ehegatte bedarf zur Bewilligung der Eintragung einer Auflassungsvormerkung an seinem Grundstück oder seinem Miteigentumsanteil an einem Grundstück der Zustimmung des anderen Ehegatten selbst dann nicht, wenn das Grundstück oder der Miteigentumsanteil sein ganzes oder nahezu sein ganzes Vermögen i. S. v. § 1365 BGB ausmacht.<sup>5</sup> Das Erfordernis der Zustimmung des Ehegatten nach § 1365 Abs. 1 BGB gilt nicht für den Insolvenzverwalter über das Vermögen des anderen Ehegatten.<sup>6</sup> Das Grundbuchamt hat eine sehr eingeschränkte Prüfungskompetenz im Hinblick auf die Voraussetzungen des § 1365 BGB.<sup>7</sup>

## 2. Nacherbfolge, Testamentvollstreckung

Verfügungen des Vorerben (entgeltliche Verfügung über Grundstücke oder Rechte an Grundstücken oder unentgeltliche Verfügungen) können durch Zustimmung (Einwilligung oder Genehmigung) des Nacherben in entsprechender Anwendung von §§ 183, 185 BGB endgültig wirksam werden.<sup>8</sup> Der Vorerbe kann die Zustimmung zu einer Verfügung sich selbst gegenüber nicht unter Berufung auf eine vom Erblasser erteilte Generalvollmacht namens des Nacherben erklären, wenn nicht der Nacherbe ihm gegenüber zur Erteilung der Zustimmung verpflichtet ist.<sup>9</sup> Für den Nachweis, dass die als Nacherbe auftretende Person (nach jetzigem Stand) Nacherbe ist, lässt der BGH<sup>10</sup> eine Versicherung an Eides Statt genügen.

Bei einem zweiseitigen Rechtsgeschäft des befreiten Vorerben mit einem unbeteiligten Dritten, das beiderseitige Verpflichtungen auslöst, kann Entgeltlichkeit angenommen und davon ausgegangen werden, dass ein Geschäft, das sich nach seiner urkundlichen Fassung als entgeltlich kennzeichnet, kein Scheingeschäft ist, sondern der Wirklichkeit gerecht wird; es spricht der erste

Anschein für Entgeltlichkeit.<sup>11</sup> Diese ist bei einem Kaufvertrag mit einer Person, die mit dem Vorerben weder verwandt oder verschwägert, noch verheiratet ist, regelmäßig anzunehmen, sodass es eines auf ein Wertgutachten gestützten Nachweises in derartigen Fällen nicht bedarf.<sup>12</sup> An den Nachweis der Entgeltlichkeit dürfen dabei nicht zu geringe Anforderungen gestellt, die Anforderungen aber auch nicht überspannt werden. Bei der Abwägung von Leistung und Gegenleistung ist dem Vorerben ein Ermessensspielraum zuzubilligen, der regelmäßig nicht überschritten ist, wenn sich die Kaufpreisfindung an einem Wertgutachten des Gutachterausschusses orientiert.<sup>13</sup> Für die Entgeltlichkeit einer Verfügung ist erforderlich, dass ein tatsächlicher, wirtschaftlich greifbarer Gegenwert in den Nachlass gelangt.<sup>14</sup>

Das Grundbuchamt hat in freier Beweiswürdigung den gesamten Sachverhalt zu würdigen.<sup>15</sup> Aus verfassungsrechtlichen Gründen ist eine Abwägung zwischen den berechtigten Interessen der Nacherben und denen der Vorerben vorzunehmen; ein befreiter Vorerbe ist „befreit“ und nicht „gefesselt“.<sup>16</sup> Bei verwandtschaftlichen Beziehungen zwischen dem Vorerben und seinem Vertragspartner muss das Grundbuchamt jedoch die Entgeltlichkeit sorgfältig prüfen;<sup>17</sup> sie kann nicht ohne weiteres als offenkundig bzw. als im Sinne eines gewöhnlichen Laufs der Dinge als nachgewiesen angesehen werden. Verfügt der Vorerbe im Wege der vorweggenommenen (Nach-)Erbfolge zugunsten des Nacherben, so wird in seltenen Fällen ein vollentgeltlicher Vertrag vorliegen.<sup>18</sup> Bei einem persönlichen Näheverhältnis des verfügenden Vorerben zum Erwerber (z. B. Lebensgefährtin des Vorerben) besteht für das Grundbuchamt regelmäßig Anlass zu einer besonders sorgfältigen Prüfung der Entgeltlichkeit der Verfügung; andererseits schließt ein Näheverhältnis aber die Annahme der Entgeltlichkeit insbesondere dann nicht aus, wenn keine Anhaltspunkte für eine mögliche Absicht des Vorerben bestehen, die Nacherben zu benachteiligen.<sup>19</sup> Bei einem Näheverhältnis ist die (vollständige) Entgeltlichkeit durch Vorlage von Wertgutachten und/oder Verwendungsnachweise zu belegen

4 OLG Düsseldorf Rpfleger 2017, 329 m. Anm. *Böhringer*. Zum Zustimmungserfordernis nach § 1365 BGB bei der Bestellung von Grundpfandrechten *Bernaer* DNotZ 2019, 12.

5 OLG Köln BWNNotZ 2019, 71.

6 OLG Naumburg MittBayNot 2019, 188.

7 Zum Zustimmungserfordernis nach § 1365 BGB bei der Bestellung von Grundpfandrechten *Bernaer* DNotZ 2019, 12. Dazu auch BGH DNotZ 2013, 686 = Rpfleger 2013, 378; OLG Frankfurt MittBayNot 2017, 591.

8 OLG Frankfurt FGPrax 2010, 175 = RNotZ 2010, 583.

9 OLG München DNotl-Report 2019, 125 = FGPrax 2019, 165.

10 BGH DNotl-Report 2014, 62 = NJW 2014, 1593 m. Anm. *Zimmer* = Rpfleger 2014, 260.

11 OLG München DNotZ 2005, 697 = FGPrax 2005, 193; *Zimmer* ZEV 2014, 526.

12 OLG Düsseldorf NJW-RR 2009, 26 = RNotZ 2008, 544 = Rpfleger 2008, 299.

13 OLG Stuttgart Rpfleger 2018, 606 = RNotZ 2019, 24.

14 OLG Köln BWNNotZ 2019, 74.

15 OLG Rostock NotBZ 2017, 72 = Rpfleger 2017, 85; OLG München DNotZ 2013, 873 = MittBayNot 2014, 69 m. Anm. *Keim*; OLG München DNotZ 2012, 459 = Rpfleger 2012, 250; *Böttcher* NJW 2013, 838, 841.

16 So zutreffend *Morhard* MittBayNot 2015, 361, 367.

17 OLG München DNotZ 2005, 697 = FGPrax 2005, 193; *Schaal* RNotZ 2008, 569, 585.

18 *Hartmann* DNotZ 2017, 28.

19 KG Berlin FamRZ 2012, 1979 = ZEV 2013, 94; OLG München DNotZ 2005, 697 = FGPrax 2005, 193 = NotBZ 2005, 221 m. krit. Anm. *Demharter*.

und/oder die Zustimmung des Nacherben vorzulegen; von Amts wegen darf das Grundbuchamt allerdings nicht ermitteln bzw. über die Entgeltlichkeit des Geschäfts Gutachten einholen.<sup>20</sup>

Grundsätzlich wird dann, wenn die Verfügung Bestandteil eines Rechtsgeschäfts mit einem Dritten ist, der nicht zugleich Miterbe ist bzw. dem Testamentsvollstrecker wirtschaftlich oder persönlich nahesteht, anzunehmen sein, dass die Verfügung auch voll entgeltlich ist. Der Testamentsvollstrecker hat aber substantiiert darzulegen, aufgrund welchen maßgeblichen Beweggründen eine entgeltliche Verfügung vorliegt; diese Darlegung muss verständlich sein und der Wirklichkeit gerecht werdend erscheinen. Dann genügen bloße Vermutungen für eine anderslautende Annahme insoweit nicht und den Erklärungen des Testamentsvollstreckers ist kein Misstrauen entgegen zu bringen. Vielmehr müssen aufgrund bestimmter Anhaltspunkte für das Grundbuchamt berechtigte Zweifel an der Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers bestehen.<sup>21</sup> Das Grundbuchamt kann in diesem Zusammenhang verlangen, dass der Testamentsvollstrecker die erforderlichen Unterlagen beibringt.<sup>22</sup> Sind hinreichend – konkrete – Anhaltspunkte für ein kollusives Zusammenwirken des Testamentsvollstreckers mit dem Vertragspartner zum Schaden des Erben nicht erkennbar und ist zudem nicht ersichtlich, weshalb das Handeln des Testamentsvollstreckers nicht mit einer ordnungsmäßigen Nachlassverwaltung in Einklang zu bringen wäre, ist von einer entgeltlichen Verfügung durch den Testamentsvollstrecker auszugehen. Ein allgemeiner Erfahrungssatz besagt auch bei Testamentsvollstreckung, dass ein Kaufvertrag mit einem unbeteiligten Dritten ein entgeltlicher Vertrag und keine verschleierte Schenkung ist, wenn die Gegenleistung an den Testamentsvollstrecker – z. B. durch Zahlung auf das der Testamentsvollstreckung unterliegende Konto des Erblassers – erbracht wird.<sup>23</sup> Unbeteiligter Dritter ist dabei eine Person, die bis zum Vertragsschluss in keiner persönlichen oder familiären Nähe zum Testamentsvollstrecker stand.<sup>24</sup>

Hinsichtlich der Eintragung einer Auflassungsvormerkung hat das Grundbuchamt die Entgeltlichkeit noch

nicht zu prüfen, kann jedoch abgelehnt werden, wenn bereits feststeht, dass der durch Vormerkung gesicherte Anspruch nie wirksam entstehen wird.<sup>25</sup> Nach OLG Stuttgart<sup>26</sup> kommt die Eintragung eines Wirksamkeitsvermerks bei der (Erwerbs-)Vormerkung im Falle der Veräußerung eines Grundstücks durch einen Testamentsvollstrecker nicht in Betracht.

### ▶ III. Grundstücksvermächtnisse

#### 1. Auflassung im Erbvertrag

Es ist zu beachten, dass die Auflassung gemäß § 925 Abs. 1 BGB zu ihrer Wirksamkeit bei gleichzeitiger Anwesenheit von Veräußerer und Erwerber vor einer zuständigen Stelle (i. d. R. Notar) erklärt und dies dem Grundbuchamt gegenüber gemäß §§ 20, 29 GBO nachgewiesen werden muss. Gestaltet werden könnte ein Erbvertrag zwischen Testierer = Veräußerer und Vertragspartner = Vermächtnisnehmer mit darin enthaltener Auflassung mit Anweisung an Notar für eine Ausfertigungs- und Vorlagesperre. Der Tod des Veräußerers lässt dann die einmal erklärte Auflassung unberührt, § 130 Abs. 2 BGB. Es bedarf – auch bei Kenntnis des Grundbuchamts vom Tod des eingetragenen Eigentümers, selbst bei bereits erfolgter Grundbuchberichtigung auf die Erben – keiner Zustimmung oder Eintragungsbewilligung oder gar eine Wiederholung der Auflassung durch die Erben, die an die Auflassung des Erblassers gemäß § 1922 Abs. 1, § 873 Abs. 2 BGB gebunden bleiben. Denkbar wäre auch eine trans-/postmortale Vollmacht des Testierers in einem notariellen Testament an den Vermächtnisnehmer zur Erklärung der Auflassung des Vermächtnisgrundstücks unter Befreiung von § 181 BGB. Risiko wäre ein Widerruf, eine Anfechtung u.a. der Verfügung von Todes wegen. Lebzeitige Verfügungen lassen sich dadurch unterbinden, dass ein erbvertraglich bindendes Grundstücksvermächtnis durch eine Verfügungsunterlassungsverpflichtung des Erblassers mit vormerkungsgesicherter, bedingter Übertragungsverpflichtung im Falle des Zuwiderhandelns flankiert wird.

#### 2. Unzulässige Auflassung in Einzeltestament

Erklärt der Erblasser bereits im Testament für den Todesfall die Auflassung von Grundstücken an den Vermächtnisnehmer, bleibt dies wirkungslos und ersetzt die Auflassung durch die Erben nicht. Soweit der Erblasser in

20 OLG Düsseldorf NJW-RR 2009, 26 = RNotZ 2008, 544 = Rpfleger 2008, 299; KG Berlin FamRZ 2012, 1979 = ZEV 2013, 94.

21 OLG Frankfurt ZEV 2011, 534.

22 OLG Frankfurt ZEV 2012, 325.

23 OLG München MDR 2014, 1384; vgl. Meikel/Böhringer, GBO, § 52 Rn. 64; Hügel/Zeiser, GBO, § 52 Rn. 82.

24 OLG München ErbR 2016, 527.

25 OLG Köln BWNNotZ 2019, 74 = ZEV 2019, 107.

26 OLG Stuttgart v. 6.5.2019, 8 W 53/19 (zitiert nach Becker BWNNotZ 2019, 167).

seinem Testament erklärt, die erforderliche dingliche Einigungserklärung hiermit abgegeben zu haben, ist dies eine einseitige Erklärung, die gegenüber Abwesenden abgegeben worden ist, und genügt folglich nicht. Überdies stünde die Erklärung unter der aufschiebenden Bedingung des Erbfalls und ist gemäß § 925 Abs. 2 BGB unwirksam.<sup>27</sup>

### 3. Damnations- und Vindikationslegat

Wenn im Wege eines Vermächnisses (nach deutschem Erbstatut) das Eigentum an einem Grundstück einer Person zugedacht wird, kann allein durch Vorlage des Testaments eine Grundbuchberichtigung nicht ausreichen; es bedarf der Auflassung und Eintragungsbevollmächtigung durch die Erben. Nur bei einem Vorausvermächtnis zugunsten eines alleinigen Vorerben kommt es zu einem Vonselbsterwerb mit dem Todesfall.<sup>28</sup> Der EuGH<sup>29</sup> hat – zugunsten des Erbstatuts – entschieden, dass innerhalb des räumlichen Geltungsbereichs der EuErbVO ein dinglich wirkendes Vindikationslegat volle Wirksamkeit nach dem – ausländischen – Erbstatut auch in denjenigen Rechtsordnungen entfaltet, die nur das Damnationslegat mit schuldrechtlicher Wirkung kennen, wie grundsätzlich in Deutschland mit § 2174 BGB.<sup>30</sup> Damit sind Vindikationslegate auch im deutschen Grundstücksverkehr und Grundbuchverfahren zu beachten. Bei der Umsetzung der EuGH-Entscheidung können praktische Probleme entstehen. So unterscheidet das OLG Saarbrücken<sup>31</sup> nicht zwischen dem Vindikationslegat am Eigentum an einem Grundstück, das Gegenstand der EuGH-Entscheidung war, und dem Vermächtnis eines Nießbrauchs an einer deutschen Immobilie beim Grundbuchvollzug, denn bei beschränkten dinglichen Rechten an einem deutschen Grundstück regelt das deutsche Grundstücksrecht die möglichen dinglichen Inhalte sowie die zulässigen Abweichungen (*numerus clausus der Sachenrechte*).<sup>32</sup>

Die dingliche Zuordnung wird ohne Erfüllungshandlung im Wege der Grundbuchberichtigung publiziert.<sup>33</sup> Grundbuchverfahrensrechtlich kann das Europäische Nachlasszeugnis (ENZ) als Eintragungsgrundlage nur akzep-

tiert werden, wenn das ENZ gewisse Angaben über das Vindikationslegat enthält. So muss das Vindikationslegat im ENZ alternativ nach dem Grundbuch oder mittels Hinweis auf das Grundbuchblatt bezeichnet werden. Die Angabe lediglich der Wirtschaftsart und der Lage (z. B. Dorfstraße 2) sind zur Bezeichnung des Grundstücks allein nicht ausreichend, aber ggf. auslegungsfähig. Es verstößt gegen § 28 Satz 1 GBO, wenn das Legat im ENZ nur den „gesamten Grundbesitz“<sup>34</sup> benennt. Bei mehreren Berechtigten muss das Gemeinschaftsverhältnis im ENZ angegeben werden (§ 47 GBO).<sup>35</sup> Die Formulierung des ausländischen Gemeinschaftsverhältnisses mehrerer Personen eines Vindikationslegats kann auf terminologische Eindeutigkeit verzichten und stattdessen das ausländische Gemeinschaftsverhältnis genau beschreiben (was aber wiederum nur mit deutschen Rechtsbegriffen möglich ist). Fraglich ist, ob das Vindikationslegat zu den Ausnahmen in § 40 GBO zählt, was zu verneinen ist, denn es liegt lediglich eine Singularsukzession vor.<sup>36</sup> Ebenfalls fraglich ist, ob dem Grundbuchamt die steuerliche Unbedenklichkeitsbescheinigung nach § 22 GBO vorzulegen ist, was bejaht wird.<sup>37</sup> Die erbrechtliche Einzelrechtsnachfolge ist in den landesrechtlichen Freistellungsvorschriften nicht genannt.

### IV. Finanzierungsgrundpfandrechte

Die Frage, ob bei einzutragenden Finanzierungsgrundpfandrechten die Voreintragung des Erben erforderlich ist, ist umstritten. Nach der früher einhellig vertretenen Auffassung ist die Voreintragung der Erben des noch als Eigentümer eingetragenen Erblassers nach dem Grundsatz des § 39 Abs. 1 GBO erforderlich, weil die Ausnahmeregelung des § 40 Abs. 1 GBO für Finanzierungsgrundpfandrechte nicht eingreife. Argumentiert wurde vorrangig mit dem Wortlaut der Ausnahmeregelung des § 40 Abs. 1 GBO, weil es sich bei der begehrten Eintragung einer Finanzierungsgrundschuld nicht um die Übertragung oder Aufhebung eines Rechts handle. Die Vorschrift des § 40 Abs. 1 GBO solle dem Berechtigten seine Voreintragung nur deshalb ersparen, weil er sogleich wieder aufhören werde, Berechtigter zu sein. Insofern sei die Anwendung des § 40 Abs. 1 GBO zwar möglich, wenn der nicht eingetragene Erbe mit der Übertragung des Rechts eine Belastung oder

27 So OLG Rostock MittBayNot 2019, 457 = NotBZ 2019, 194 = Rpfleger 2019, 77.

28 Dazu Hartmann RNotZ 2019, 322, 328.

29 EuGH DNotl-Report 2017, 166 = DNotZ 2018, 33 = NJW 2017, 3767. Anders die bisher ständige deutsche Rechtsprechung, vgl. BGH DNotZ 1995, 704 = NJW 1995, 58 = Rpfleger 1995, 213.

30 Zur Konstruktion eines Vindikationslegats durch lebzeitige Vermächtniserfüllung Becker MittBayNot 2019, 417.

31 OLG Saarbrücken FGPrax 2019, 169.

32 Zu Recht kritisch Litzenburger FD-ErbR 2019, 418921.

33 Böhlinger ZfIR 2018, 81.

34 Ebenso Hügel/Wilsch, GBO, § 28 Rn. 26, 30.

35 Ebenso Döbereiner GPR 2014, 42.

36 Ebenso Weber DNotZ 2018, 16, 30.

37 Gl. A. Weber DNotZ 2018, 16, 30.

Inhaltsänderung verbunden habe. Dies sei jedoch auf Fälle zu beschränken, in denen der Erbe sofort mit der Belastung aus dem Grundbuch „verschwinde“.

Die neuere Rechtsprechung der Oberlandesgerichte nimmt eine differenzierte Betrachtung vor.<sup>38</sup> Das Handeln des transmortal Bevollmächtigten sei rechtskonstruktiv vergleichbar mit dem Handeln eines Nachlasspflegers, für welches die Ausnahme vom Voreintragungsgrundsatz nach § 40 Abs. 1 Alt. 2 Fall 2 GBO ausdrücklich gilt.<sup>39</sup> Der Gesetzeszweck der Ausnahmvorschrift des § 40 GBO zielt auf die Vermeidung der Eintragung des Erben, wenn dieser durch Übertragung des ererbten Rechts ohnehin alsbald wieder aus dem Grundbuch ausscheidet, um den Beteiligten die Kosten einer unnötigen Eintragung zu ersparen.<sup>40</sup> Die Finanzierungsgrundschuld sei ohne weiteres identifizierbar, weil sie entweder bei Abschluss des Erwerbsvorgangs von dem Erben bzw. dem vom Erblasser Bevollmächtigten und dem Käufer gemeinsam oder binnen kurzer Zeit nach Abschluss des Kaufvertrags vom Käufer aufgrund einer im Kaufvertrag erteilten Finanzierungsvollmacht bestellt wird. Bei „isolierter“ Bestellung einer Grundschuld durch den Bevollmächtigten nach dem Tod des Vollmachtgebers ist dagegen die Voreintragung der Erben notwendig.<sup>41</sup> Unterbleibt die Voreintragung, so kann die Verfügung des (falschen) „Berechtigten“ dem Kreditgläubiger das Grundpfandrecht nicht verschaffen.<sup>42</sup>

Das OLG Frankfurt<sup>43</sup> geht davon aus, dass die transmortale Vollmacht den Bevollmächtigten auch nach Eintragung der Erben im Grundbuch berechtigt, für die Erben Verfügungen über den Grundbesitz vorzunehmen. Die Grundbuchberichtigung ändert nichts daran, dass es sich bei dem Grundbesitz um Nachlassvermögen handelt.

38 OLG Celle v. 16.8.2019 – 18 W 33/19, DNotI-Report 2019, 150 = notar 2019, 387 (Ott); OLG Stuttgart DNotZ 2019, 194 = Rpfleger 2019, 76 = FGPrax 2019, 13 m. Anm. Kramer = MittBayNot 2019, 343 m. Anm. Böttcher; OLG Stuttgart BWNotZ 2019, 232 = DNotI-Report 2019, 126; OLG Stuttgart BWNotZ 2018, 147 = FamRZ 2019, 568 = Rpfleger 2019, 189; OLG Köln FGPrax 2018, 106 m. Anm. Bestelmeyer = Rpfleger 2018, 444; OLG Frankfurt DNotI-Report 2017, 174 = MittBayNot 2018, 247 m. Anm. Milzer; KG Berlin FamRZ 2012, 742 = FGPrax 2011, 270. Ausführlich zur Voreintragung der Erben Becker MittBayNot 2019, 315; Jurksch Rpfleger 2019, 70. Zur transmortalen Vollmacht Gutachten DNotI-Report 2019, 140.

39 Literatur: Jurksch Rpfleger 2019, 385; Böttcher MittBayNot 2019, 346 (Vollmacht brauchbar auch bei Offenlegung des Erbfalls); ders. NJW 2018, 2936, 2939; Becker MittBayNot 2019, 315 (Notar hat auf Risiken bei Handeln des Bevollmächtigten hinzuweisen z. B. wegen fehlender Eintragung von Verfügungsbeschränkungen; kein gutgläubiger Erwerb); ders. ZNotP 2018, 225; Ott notar 2018, 189; Milzer DNotZ 2009, 325; Gutachten DNotI-Report 2018, 60 zu Vollmacht zugunsten des alleinigen Vorerben. Kritisch: Bestelmeyer FGPrax 2018, 107; Weber DNotZ 2018, 884; Kramer FGPrax 2019, 14. Zu Ausweichstrategien der Notare: Wendt ErbR 2018, 137.

40 BGH NJW 2011, 325 = Rpfleger 2011, 97.

41 OLG Köln Rpfleger 2019, 578 = BeckRS 2019, 16249.

42 Zur Problematik Jurksch Rpfleger 2019, 385; Böttcher MittBayNot 2019, 346; Becker MittBayNot 2019, 315.

43 OLG Frankfurt NotBZ 2014, 148 = ZEV 2014, 202. Ebenso Bestelmeyer Rpfleger 2008, 552, 563.

Bewilligt der Testamentsvollstrecker über den Nachlass eines Erblassers, der im Grundbuch noch als Berechtigter eingetragen ist, eine Grundbucheintragung (hier: Auflassungsvormerkung und Finanzierungsgrundschuld) und handelt er dabei in den Grenzen seiner Verfügungsbefugnis, so bedarf es unabhängig davon, ob die Übertragung oder Aufhebung des für den Erblasser eingetragenen Rechts eingetragen werden soll, verfahrensrechtlich keiner Voreintragung der Erben.<sup>44</sup>

Die h. M. verlangt nach wie vor, dass das Familien-/Betreuungsgericht die Finanzierungsgrundschuld genehmigt, lässt die Genehmigung der Finanzierungsvollmacht also nicht genügen.<sup>45</sup> Dies gilt gleichermaßen für die Vorabgenehmigung nach § 1828 BGB und die Nachabgenehmigung nach § 1829 BGB. Sofern sich die Vorabgenehmigung nicht auf sämtliche Bestandteile des Grundschuldformulars bezieht, ist eine nachträgliche Genehmigung erforderlich.<sup>46</sup>

## ▶ V. Vertretungsrecht

### 1. Vollmachten

Hat der Bewilligungsbefugte die Eintragungsbewilligung nicht selbst erklärt, sondern über einen Vertreter (§ 15 Abs. 1 Satz 1 GBO), so kann die Bewilligung im Eintragungsverfahren nur verwendet werden, wenn der Bestand der vom Grundbuchamt von Amts wegen zu prüfenden Vollmacht in dem für den Grundbuchvollzug maßgeblichen Zeitpunkt nachgewiesen ist.<sup>47</sup> Eine von einem Vertreter abgegebene Erklärung ist für den Vertretenen nur wirksam, wenn der Vertreter hierfür eine wirksame Vollmacht hat. Streitig ist dabei jedoch, ob die Vollmacht nur zur Zeit der Abgabe oder noch im Zeitpunkt des Zugangs der Bewilligung beim Grundbuchamt vorliegen muss. Nach herrschender Ansicht muss eine wirksame Vollmacht oder ein dem gleichstehender Vertrauenstatbestand noch im Zeitpunkt des Wirksamwerdens der verfahrensrechtlichen Erklärung, etwa durch Vorlage beim Grundbuchamt, bestehen.<sup>48</sup> Der Wegfall der Vollmacht vor diesem Zeitpunkt führt zwar nicht zum Erlöschen der Bewilligung, hindert aber das Wirksamwerden der Bewilligung als verfahrensrechtliche Erklärung im Grundbuchverfahren, sofern der Mangel der

44 OLG München DNotZ 2019, 535 = Rpfleger 2019, 334

45 OLG Saarbrücken DNotZ 2005, 634; LG Berlin Rpfleger 1994, 355; Weber DNotZ 2015, 498; a. A. LG Schwerin MittBayNot 1997, 297.

46 Dazu Gutachten DNotI Abruf-Nr. 170467.

47 Zur Prüfung des Fortbestehens einer Vollmacht im Grundbuchverfahren OLG München DNotZ 2019, 167 = FamRZ 2019, 868.

48 KG Berlin FGPrax 2015, 10 = NotBZ 2015, 428 = Rpfleger 2015, 262.

Vollmacht nicht wegen eines Rechtsscheintatbestands unerheblich ist. Bewilligt der Verkäufer in einem Grundstückskaufvertrag eine Eigentumsvormerkung, so ist diese Bewilligung mit dem Abschluss der Beurkundung wirksam. Eine vom Vertreter erklärte Bewilligung zur Belastung des Immobilieneigentums des Vertretenen mit einem Grundpfandrecht kann nach OLG München nicht Grundlage einer Eintragung sein, wenn zwar nach Beurkundung, aber vor Eingang des unter Vorlage einer beglaubigten Abschrift der Urkunde vom Notar für den verlierenden und den gewinnenden Teil gestellten Vollzugsantrags die Vollmacht durch Erklärung gegenüber dem Bevollmächtigten widerrufen und der Widerruf noch vor dem Eingang der Bewilligung dem Grundbuchamt bekannt wurde.<sup>49</sup>

In einer notariellen Niederschrift (z. B. Grundstückskaufvertrag) kann der Vollmachtgeber einer anderen Person (z. B. einem Notarmitarbeiter) Vollmacht zur Abgabe rechtsgeschäftlicher oder verfahrensrechtlicher Erklärungen geben. Diese sogen. Angestelltenvollmacht<sup>50</sup> beruht regelmäßig auf einer Bevollmächtigung durch Kundgabe gemäß § 171 Abs. 1 Fall 1 BGB. Die notarielle Niederschrift selbst ist die „besondere Mitteilung“ über die Vollmachterteilung. Adressat der Kundgabe sind der beurkundende Notar und/oder das Grundbuchamt<sup>51</sup>, welcher die nur vor ihm gestattete Ausübung der Vollmacht kontrolliert. Der die Vollmacht ausstellende Notar ist auch Bote des Vollmachtgebers. Die Notarangestellte erhält keine Ausfertigung der Vollmacht und hat auch keinen Anspruch auf Erteilung einer Ausfertigung.

Fraglich ist, ob eine dem Vorerben erteilte Vollmacht mit dem Erbfall durch Konsolidation erlischt, weil der Vorerbe sonst über § 2136 BGB hinaus befreit wäre.<sup>52</sup> Dies wird vom OLG Stuttgart verneint.<sup>53</sup> Der Testamentsvollstrecker ist grundsätzlich befugt, sich für die Besorgung einzelner Geschäfte eines Vertreters zu bedienen.<sup>54</sup> Fraglich ist aber, ob die von einer Per-

son, die auch Testamentsvollstrecker ist, in eigenen Angelegenheiten erteilte Generalvollmacht zugleich als Untervollmacht zur Vertretung des Testamentsvollstreckers bzw. der Erben angesehen werden kann.<sup>55</sup>

Aus grundbuchverfahrensrechtlicher Sicht bedarf die Vollmacht zur Bestellung einer Finanzierungsgrundschuld nicht der Beurkundung; es genügt, dass sie öffentlich beglaubigt ist (§ 129 BGB).<sup>56</sup> Dies gilt selbst dann, wenn eine Vollstreckungsunterwerfungserklärung abgegeben werden darf.<sup>57</sup> Der notariellen Form bedarf gemäß § 31 Sätze 1 und 3, § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO eine Erklärung, mit der eine Vollmacht zur Stellung eines Eintragsantrags widerrufen wird. Der Widerruf von Vollmachten im Übrigen unterfällt hingegen nicht § 31 Sätze 1 und 3 GBO.<sup>58</sup>

## 2. Vertretung einer Aktiengesellschaft/ Genossenschaft

Grundsätzlich obliegt die Vertretung einer Aktiengesellschaft oder Genossenschaft dem Vorstand (§ 78 AktG, § 24 GenG). Diese Rechtsmacht wird allerdings begrenzt. Weil bei Geschäften mit Vorstandsmitgliedern Interessenkollisionen drohen können und wenn die Besorgnis der Befangenheit bestehen kann, durchbrechen § 112 AktG und § 39 GenG die Vertretungszuständigkeit des Vorstands und bestimmen, dass der Aufsichtsrat die Aktiengesellschaft bzw. Genossenschaft gegenüber den Vorstandsmitgliedern gerichtlich und außergerichtlich vertritt. Es handelt sich dabei um eine von wenigen Ausnahmen von der ausschließlichen Vertretungsmacht des Vorstands. Die Problematik wird in der Notar- und Grundbuchpraxis oftmals nicht beachtet. Offen gelassen hat der BGH<sup>59</sup> bisher, ob ein Verstoß gegen § 112 Satz 1 AktG zur Nichtigkeit des jeweiligen Rechtsgeschäfts gemäß § 134 BGB oder zur Anwendbarkeit der §§ 177 ff. BGB führt.<sup>60</sup> § 112 AktG ist nicht nur bei Aktiengesellschaften, sondern auch bei Gesellschaften mit beschränkter Haftung anwendbar, wenn in § 52 Abs. 1 GmbHG auf § 112 AktG verwiesen wird. Der Aufsichtsrat vertritt die Aktiengesellschaft nicht nur bei Rechtsgeschäften, die mit einem Vorstandsmitglied selbst geschlossen werden, sondern auch bei Rechtsgeschäften mit einer Gesellschaft, deren alleiniger Ge-

49 OLG München MittBayNot 2019, 455 (Ls.) = RNotZ 2019, 269; OLG München DNotZ 2019, 450 = FGPrax 2019, 61 = Rpfleger 2019, 385.

50 Zur namenlosen Angestelltenvollmacht: OLG Jena NotBZ 2015, 343; OLG Naumburg NotBZ 2014, 272; OLG Brandenburg FGPrax 2013, 145 = Rpfleger 2013, 386; OLG Brandenburg NotBZ 2012, 133; OLG Dresden NotBZ 2012, 135; Otto NotBZ 2014, 344; Gergaut NotBZ 2012, 125. A. A. OLG Frankfurt DNotl-Report 2008, 135 = NotBZ 2008, 123.

51 MünchKomm/Schubert, BGB, 7. Aufl. 2015, § 171 Rn. 5; Hügel/Reetz, GBO, Kapitel V Rn. 133.

52 So KGJ 43 A 157, Staudinger/Avenarius, BGB, § 2112 Rn. 33.

53 OLG Stuttgart BWNotZ 2019, 232. Ebenso Amann MittBayNot 2013, 367; Becker ZEV 2018, 692; Gutachten DNotl-Report 2018, 60.

54 KG DNotl-Report 2019, 18 = DNotZ 2019, 304 m. Anm. Weber = MittBayNot 2019, 273 m. Anm. Reimann = NJW-RR 2019, 644 = Rpfleger 2019, 253. kritisch dazu Müller-Engels ZEV 2019, 251.

55 Dazu Müller-Engels ZEV 2019, 251.

56 Gutachten DNotl Abrufl-Nr. 167266.

57 BGH DNotZ 2004, 360 = NJW 2004, 844.

58 OLG München MittBayNot 2019, 455 (Ls.) = RNotZ 2019, 269.

59 BGH BWNotZ 2019, 122 = DNotl-Report 2019, 59 = Rpfleger 2019, 345.

60 Für Genehmigungsfähigkeit Vetter NJW 2019, 2434. Ein Genehmigungsbeschluss des Aufsichtsrats als Kollegialorgan ist erforderlich; die Erklärung des Vorsitzenden reicht nicht aus.

sellschafter ein Vorstandsmitglied ist.<sup>61</sup> Die Interessenlage der Sparkassen mit ihren landesrechtlichen Sparkassengesetzen ist mit der einer Aktiengesellschaft vergleichbar.<sup>62</sup>

Das Grundbuchamt muss sich beim Grundstücksverkehr eines Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft bzw. einer Genossenschaft oftmals mit Nachweisen und Erklärungen begnügen, die nicht dem „klassischen“ Formgebot des § 29 GBO entsprechen, was aber auch bei anderen Personenvereinigungen vorkommen kann. Das Grundbuchamt kann davon ausgehen, dass mangels abweichender Regelung im Aufsichtsratsbeschluss der Aufsichtsratsvorsitzende zur Ausführung des Beschlusses ermächtigt ist.<sup>63</sup>

## ▶ VI. Erbnachweis

Für Erbfälle ab 17.8.2015 führt Art. 62 EuErbVO ein Europäisches Nachlasszeugnis (EZN) ein. Dieses ist seinen Wirkungen nach weitgehend dem Erbschein des deutschen Rechts vergleichbar. Das EZN entfaltet seine Wirkungen in allen Mitgliedstaaten, ohne dass es eines besonderen Anerkennungsverfahrens oder der Legalisation bzw. Anbringung einer Apostille bedarf, Art. 74 EuErbVO. Wegen der beschränkten Gültigkeitsdauer des ENZ hat das Grundbuchamt das „Haltbarkeitsdatum“ zu überprüfen und ggf. eine Zwischenverfügung i. S. v. § 18 GBO zu erlassen. Dem abgelaufenen ENZ kommt nämlich keine Rechtswirkung mehr zu. Der Verfahrensmangel kann durch Übersendung eines Beschlusses über die Verlängerung der Gültigkeitsfrist oder durch Übersendung einer neuen beglaubigten Abschrift behoben werden, Art. 70 Abs. Satz 3 EuErbVO.

Es fragt sich, ob Verzögerungen in der Sphäre des Grundbuchamts zu Lasten des Antragstellers gehen dürfen. Der Rechtsgedanke der Sondervorschrift des § 878 BGB (aus der Zeitdauer von der Antragstellung bis zur Vornahme der beantragten Eintragung soll der Antragsteller keinen Nachteil erleiden) kann beim

Nachweis der Erbfolge nicht verallgemeinert werden, eine entsprechende Anwendung dieser Sondervorschrift ist zu verneinen. Das KG Berlin<sup>64</sup> schließt sich der Meinung an, dass im Zeitpunkt der Eintragung das Zeugnis noch gültig sein muss.

## ▶ VII. Voreintragung des Verfügenden

### 1. Erben

Bei der Übertragung des Erbteils im Wege der Abschiebung bedarf es der Voreintragung der Erbengemeinschaft nicht.<sup>65</sup> § 40 Abs. 1 GBO findet entsprechende Anwendung, wenn in Vorbereitung der Übertragung eines Rechts zunächst nur eine Vormerkung in das Grundbuch eingetragen werden soll.<sup>66</sup> Bewilligt der Testamentsvollstrecker über den Nachlass eines Erblassers, der im Grundbuch noch als Berechtigter eingetragen ist, eine Grundbucheintragung (hier: Auflassungsvormerkung und Finanzierungsgrundschuld) und handelt er dabei in den Grenzen seiner Verfügungsbefugnis, so bedarf es unabhängig davon, ob die Übertragung oder Aufhebung des für den Erblasser eingetragenen Rechts eingetragen werden soll, verfahrensrechtlich keiner Voreintragung der Erben.<sup>67</sup> Zur Rechtslage bei Finanzierungsgrundpfandrechten s. dort.

### 2. Anwachsungstatbestände

Auch bei gesellschaftsrechtlichen Anwachsungsvorgängen und beabsichtigten Folgeeintragungen des Erwerbers eines Grundstücksrechts braucht keine Voreintragung des Anwachsungsbegünstigten veranlasst werden.<sup>68</sup>

## ▶ VIII. Anforderungen an ein Dienstsiegel von Gerichten/Behörden

Welche Voraussetzungen an ein Siegel zu stellen sind, ist in § 29 Abs. 3 GBO nicht geregelt. Eine Legaldefinition

61 BGH BWNotZ 2019, 122 = DNotI-Report 2019, 59 = Rpfleger 2019, 345.

62 Nach den landesrechtlichen Sparkassengesetzen können solche Vertretungsverbote bestehen, vgl. BGH NJW 2019, 2473: „Eine Sparkasse wird gegenüber einzelnen Vorstandsmitgliedern durch den Verwaltungsrat vertreten. Dies gilt auch für die Vertretung gegenüber einem ausgeschiedenen stellvertretenden Vorstandsmitglied, das lediglich dem Vorstand einer auf eine Sparkasse verschmolzenen früheren Sparkasse angehört hat.“ Dazu auch Vetter NJW 2019, 2434.

63 Ausführlich *Böhringer* NotBZ 2017, 241.

64 KG Berlin BeckRS 2019, 20474; *Böhringer* NotBZ 2015, 281, 284; Lange DNotZ 2016, 103, 112; *Schmitz* RNotZ 2017, 269, 286. Für Zeitpunkt der Antragstellung: *Wilsch*, in: Hügel, BeckOK GBO, 2019, § 35 Rn. 39; ders., in: *Gierl/Köhler/Kroiß/Wilsch*, Internationales Erbrecht, 2. Aufl., Teil 3 § 5 Rn. 28; *KEHE/Volmer*, GBO, 8. Aufl. 2019, § 35 Rn. 79; *Volmer* notar 2016, 323, 325; *Dutta*, in: Münchener Kommentar, BGB, 7. Aufl., Art. 69 EUERBVO Rn. 4.

65 OLG München FamRZ 2019, 322 = Rpfleger 2018, 538; OLG Köln MittBayNot 2019, 64. m. Anm. *Ruhwinkel* = Rpfleger 2018, 258.

66 BGH NotBZ 2018, 460 = RNotZ 2018, 670.

67 OLG München ZEV 2019, 109.

68 BGH NotBZ 2018, 460 = RNotZ 2018, 670.

findet sich zwar in § 39 BeurkG, wonach als Siegel des Notars ein Präge- oder Farbdrucksiegel zu verwenden ist. Dementsprechend bestimmt § 2 Abs. 1 DONot, dass die Notare Amtssiegel als Farbdrucksiegel und als Prägesiegel in Form der Siegelpresse und des Petschafts für Lacksiegel führen. Nach den Wappengesetzen der einzelnen Bundesländer ist den Gerichten und Behörden die Befugnis erteilt, das Landeswappen im Dienstiegel zu führen.<sup>69</sup> Die Ausgestaltung des Wappens ist ebenso wie die Gestaltung und Beschaffenheit des Siegels landesrechtlich geregelt.<sup>70</sup> Die Erbscheinsausfertigung eines von einem Amtsgericht in Bayern erteilten Erbscheins ist auch dann ordnungsgemäß gesiegelt und somit den Anforderungen genügend, wenn das Dienstiegel lediglich mittels EDV erzeugt wurde und die Umschrift „Bayern Amtsgericht“ ohne Ortsangabe trägt.<sup>71</sup>

Nach der neuen Gesetzeslage des § 29 Abs. 3 GBO kann in Grundbuchverfahren nun nicht mehr ein individueller Stempelabdruck verlangt werden, es darf ein Dokument mit Bild-/Grafikdatei ausgedruckt werden. § 29 Abs. 3 Satz 2 GBO gilt jetzt z. B. für Ersuchen von Gerichten/Behörden nach § 38 GBO, gerichtliche/behördliche Genehmigungen/Bescheinigungen z. B. nach §§ 1821, 1822 BGB, nach §§ 2, 5 GrdstVG bzw. §§ 3, 5 ASVG-BW, für die Unbedenklichkeitsbescheinigung des Finanzamts nach § 22 GrEStG, für die Vorkaufsrechtsbescheinigung der Gemeinde nach § 28 Abs. 1 Satz 3 BauGB.

## ► IX. Abfotografieren des Bildschirminhalts bei Grundbucheinsicht

§ 12 GBO gestattet beim Vorliegen eines berechtigten Interesses die Einsicht in das Grundbuch und die Grundakten. Die zur Einsicht berechtigte Person kann bei der Einsicht Aufzeichnungen machen,<sup>72</sup> von den Grundbucheinträgen und den Urkunden, die er einsehen darf, selbst Abschriften nehmen oder Fotoaufnahmen selbst herstellen oder solche durch eine eigene Schreibkraft fertigen lassen. Der Einsichtsberechtigte darf auch

moderne Reproduktionsgeräte wie eine digitale Filmkamera oder einen Fotoapparat oder eigenes Mobiltelefon und dergleichen verwenden.<sup>73</sup> Der Einsichtsberechtigte darf sich auch Screen-Shots vom Einsichtsbildschirm (Abfotografieren) anfertigen.<sup>74</sup> Die zur eigenen Information gefertigten Fotografien verletzen per se weder datenschutzrechtliche Bestimmungen noch Persönlichkeitsrechte Dritter oder Urheberrechte.

Dies ist aber nur insoweit zuzulassen, als dadurch der Dienstbetrieb des Grundbuchamts nicht gestört wird.<sup>75</sup> Die Einsichtnahme in das Grundbuch und die Grundakten kann nämlich eingeschränkt werden. So hat die Einsicht in den Diensträumen des Grundbuchamts während der Dienststunden zu erfolgen und dürfen das Grundbuch, die Grundakten und die lose bei den Grundakten befindlichen Urkunden nur in Anwesenheit eines Grundbuchbeamten eingesehen werden. Der Gerichtsvorstand kann im Rahmen seiner Hausrechtsausübung Anordnungen treffen, um Störungen und unzumutbare Beeinträchtigungen des Geschäftsbetriebes im Grundbuchamt zu unterbinden. Dabei kollidieren der Justizgewähranspruch und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit der Mittel mit dem Hausrecht des Gerichts. Es ist zu differenzieren: Wird ausschließlich der Bildschirminhalt ohne Blitzlicht abfotografiert, hat der Justizgewähranspruch Vorrang; wird auch noch das räumliche Umfeld des Bildschirms abgelichtet, greift das Hausrecht. Auch in Baden-Württemberg kommt es vor, dass die Hausleitung des Grundbuchamts ein generelles Fotografierverbot ohne Differenzierung angeordnet hat.

69 Für Baden-Württemberg: § 3 Abs. 2, § 7 Abs. 1 Satz 1 Landeshoheitszeichengesetz – LHzG-BW.

70 Für Baden-Württemberg: Abschn. 2.3 Satz 2, Abschn. 2.6 mit Anlage Muster 5 der Verwaltungsvorschrift des Innenministeriums zur Gestaltung, Verwendung und Sicherung von Dienstiegeln (VwV Dienstiegel) v. 28.10.2016, GABl. 2016, 642; erlassen aufgrund § 7 LHzG-BW.

71 OLG München ZEV 2019, 502; OLG Nürnberg BWNotZ 2019, 214 = Rpfleger 2018, 621. Ausführlich *Berchtold* BWNotZ 2019, 162 (insbesondere für Baden-Württemberg); Ilg Rpfleger 2019, 61.

72 KG KGJ 44, 48.

73 OLG Schleswig, Beschl. v. 30.10.2009 – 12 VA 6/08, SchIHAz 2010, 407 = BeckRS 2010, 17290.

74 KG Berlin Rpfleger 2011, 266; Demharter, GBO, § 12 Rn. 21; LG Stuttgart Rpfleger 2019, 218 (zu Zwangsversteigerungsakte); LG Berlin Rpfleger 2006, 274 (zu Zwangsversteigerungsakte); *Böhringer* ZfIR 2012, 11; *Schmidt/Wudy* Rpfleger 2014, 293.

75 KG JW 1933, 1262 = DNotZ 1933, 371; *Demharter* § 12 Rn. 21; *Frohn* RpfJb 1982, 343, 376.

# RECHTSPRECHUNG

## ERBRECHT

### Wirksamkeit einer Erbeinsetzung zugunsten einer Pflegeperson durch die zu pflegende Person

BGB § 134; WTG NRW §§ 3, 7, 34

Die testamentarische Erbeinsetzung einer ambulant tätigen Pflegekraft durch die zu pflegende Person ist nicht gem. § 134 BGB i.V.m. § 7 WTG NRW unwirksam.

OLG Köln, Beschl. v. 21.8.2019 – 2 Wx 216/19;  
2 Wx 217/19

#### ► I. Sachverhalt:

1 Am 14.06.2017 ist Herr W. B. (im Folgenden: Erblasser) verstorben. Er war geschieden und hinterließ zwei Söhne, die Beteiligten zu 2) und 3).

2 Seit dem Frühjahr 2014 war der Erblasser wegen seiner Parkinsonerkrankung körperlich pflegebedürftig. Im Mai 2014 wurde er in die Pflegestufe I nach SGB XI eingeordnet. Im Haushalt unterstützte ihn zunächst eine Frau M. Ende des Jahres 2014 lernte der Erblasser die Beteiligte zu 1) kennen, die Frau M. zunächst stundenweise und später tageweise vertrat und sich um den Haushalt des Erblassers kümmerte. Im Gutachten der Pflegezentrale des Medizinischen Dienstes N. vom 08.10.2015 (Bl. 61 ff. d.A.) wurde als pflegebegründende Diagnose u.a. eine „nicht näher bezeichnete Demenz“ angegeben. Als „Pflegeperson“ wurde Frau M. aufgeführt (Bl. 63 d.A.). Im Mai 2016 suchte der jetzige Verfahrensbevollmächtigte der Beteiligten zu 1) den Erblasser mehrfach auf und beriet ihn wegen seines Nachlasses. Anlässlich einer weiteren Begutachtung durch die Pflegezentrale des Medizinischen Dienstes N. gab die Beteiligte zu 1), die in dem Gutachten vom 10.08.2016 als „Pflegeperson B“ bezeichnet wurde (Bl. 289 d.A.), der Gutachterin Auskunft, nachdem ein Antrag auf Anerkennung der Pflegestufe 2 nach SGB XI gestellt worden war. Im September 2016 schied Frau M. als Pflegeperson aus, nachdem es zwischen ihr und der Beteiligten zu 1) zu einem Zerwürfnis gekommen war. Am 14.10.2016 schloss der Erblasser einen Heimver-

trag mit der M. gGmbH und zog in das Altenzentrum St. K. in K. um. Den Heimvertrag unterschrieb der Erblasser, die Ermächtigung zur Verwaltung der persönlichen Barbeträge unterschrieb die Beteiligte zu 1) als Bevollmächtigte (Bl. 86 ff. d.A.). Durch Beschluss des Amtsgerichts – Betreuungsgerichts – Köln vom 27.01.2017 wurde der jetzige Verfahrensbevollmächtigte der Beteiligten zu 1) zum Betreuer des Erblassers mit den Aufgabenkreisen Gesundheitsfürsorge, Heimplatzangelegenheiten, Regelung des Postverkehrs, Vermögensangelegenheiten, Vertretung gegenüber Behörden und Sozialversicherungsträgern und Wohnungsangelegenheiten bestellt (Bl. 82 f. d.A.).

3 Der Erblasser errichtete ein Testament, das das Datum „8.6.2016“ aufweist und in dem er die Beteiligte zu 1) als seine Erbin eingesetzt hat (Bl. 2 d. Testamentsakte 29 IV 220/17).

4 Am 02.10.2017 hat die Beteiligte zu 1) zur Niederschrift des Nachlassgerichts die Erteilung eines Erbscheins beantragt, der sie als Alleinerbin ausweist (Bl. 4 ff. d.A.). Sie hat sich hierbei auf das vom Erblasser errichtete Testament gestützt und vorgetragen, dass das Testament am 08.06.2016 errichtet worden und der Erblasser zu diesem Zeitpunkt testierfähig gewesen sei.

5 Mit notarieller Urkunde vom 04.10.2017 hat der Beteiligte zu 2) die Erteilung eines Erbscheins beantragt, der ihn und seinen Bruder, den Beteiligten zu 3) als Miterben zu je ½-Anteil ausweist (Bl. 12 ff. d.A.). Der Beteiligte zu 2) hat vorgetragen, der Erblasser sei infolge seiner Demenzerkrankung zum Zeitpunkt der Errichtung des Testaments nicht mehr testierfähig gewesen. Das auf den 08.06.2016 datierte Testament sei nicht am 08.06.2016, sondern später errichtet worden. Jedenfalls sei die letztwillige Verfügung gemäß §§ 134 BGB, 7 Wohn- und Teilhabegesetz NRW (=WTG) nichtig.

6 Durch am 19.03.2019 erlassenen Beschluss hat das Nachlassgericht die Tatsachen, die zur Begründung des Antrags des Beteiligten zu 2) vom 04.10.2017 erforderlich sind, für festgestellt erachtet und den Antrag der Beteiligten zu 1) vom 02.10.2017 zurückgewiesen (Bl. 335 ff. d.A.). Zur Begründung hat das Nachlassgericht ausgeführt, dass das Testament gemäß §§ 134 BGB, 7 WTG nichtig sei und deshalb die Beteiligten zu 2) und 3) die gesetzlichen Erben seien. Bezüglich der Einzelheiten der Begründung wird auf den Inhalt des Beschlusses vom 19.03.2019 Bezug genommen.

7 Gegen diesen dem Verfahrensbevollmächtigten der Beteiligten zu 1) am 25.03.2019 zugestellten Beschluss hat diese mit am 01.04.2019 beim Amtsgericht Köln eingegangenen Schriftsatz vom 27.03.2019 Beschwerde eingelegt (Bl. 357 d.A.) und diese mit Schriftsatz vom 11.04.2019 begründet (Bl. 359 ff. d.A.). Sie hat vorgebracht, dass die Voraussetzungen gem. § 7 WTG nicht vorliegen würden. Zudem sei diese Vorschrift gem. § 34 WTG, den das Nachlassgericht übersehen habe, auf ambulante Dienste nur anwendbar, wenn sie Leistungen in Angeboten nach § 24 WTG erbringen würden, was hier aber nicht der Fall sei. Bezüglich der Einzelheiten ihres Vorbringens wird auf den Inhalt der Beschwerdebegründung vom 11.04.2019 Bezug genommen.

8 Der Beteiligte zu 2) ist dem Beschwerdevorbringen mit Schriftsatz vom 29.05.2019, auf dessen Inhalt Bezug genommen wird, entgegengetreten (Bl. 411 ff. d.A.).

9 Durch am 09.07.2019 erlassenen Beschluss hat das Nachlassgericht der Beschwerde der Beteiligten zu 1) nicht abgeholfen und die Sache dem Oberlandesgericht Köln zur Entscheidung vorgelegt (Bl. 431 ff. d.A.). Es hat im Wesentlichen ausgeführt, dass § 34 WTG teleologisch dahin zu reduzieren sei, dass § 7 WTG nicht von ihr erfasst werde. Bezüglich der weiteren Einzelheiten der Begründung wird auf den Inhalt des Beschlusses vom 09.07.2019 Bezug genommen.

## ► II. Aus den Gründen:

10 Die Beschwerde der Beteiligten zu 1) ist gem. § 58 Abs. 1 FamFG statthaft und auch im Übrigen zulässig, insbesondere in rechter Form und Frist gem. §§ 63 Abs. 1, Abs. 3 S. 1, 64 Abs. 1, Abs. 2 FamFG eingelegt worden.

11 In der Sache hat die Beschwerde einen vorläufigen in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang Erfolg. Die Unwirksamkeit des auf den 08.06.2016 datierten Testaments kann nicht mit der vom Nachlassgericht gegebenen Begründung angenommen werden, was die Zurückverweisung der Sache zur Folge hat.

12 Das auf den 08.06.2016 datierte Testament ist nicht gem. §§ 134 BGB, 7 WTG nichtig. Dabei kann offen bleiben, ob die Voraussetzungen des § 7 Abs. 1 WTG vorliegen, d.h. ob die Beteiligte zu 1) Leistungsanbieterin im Sinne von § 3 Abs. 2 WTG gewesen ist, Betreuungsleistungen im Sinne von § 3 Abs. 1 WTG für den Erblasser erbracht hat und sich für ihre Betreuungsleistungen Geld- oder geldwerte Leistungen über das vertraglich vereinbarte Entgelt hinaus hat versprochen oder gewähren lassen. Denn Leistungsanbieterin kann die Beteiligte zu 1) allenfalls in der Form eines ambulanten Dienstes gem. §§ 2 Abs. 2 Ziff. 4, 33 WTG gewesen sein. Auf am-

bulante Dienste sind die Regelungen des 2. Kapitels, d.h. die §§ 4–10 WTG, also auch § 7 WTG, gem. § 34 S. 1 WTG indes nur anwendbar, wenn sie ihre Leistungen in Angeboten gem. § 24 Abs. 1 WTG erbringen (*Dickmann*, WTG, 2. Aufl. 2016, § 7 Rn. 14 und § 34 Rn. 5, 6; *Kassen/Fahnenstich/Esmeier*, WTG, 2. Aufl. 2017, 676, 677), was hier bei den Leistungen der Beteiligten zu 1) für den Erblasser, der in der Zeit, in der er von der Beteiligten zu 1) betreut worden ist, allein in seinem eigenen Haushalt und nicht in einer Wohngemeinschaft mit älteren oder pflegebedürftigen Menschen oder mit Menschen mit Behinderungen gelebt hat, nicht der Fall gewesen ist. Die Anwendung des § 7 WTG ist hier daher gem. § 34 S. 1 WTG ausgeschlossen, so dass dahinstehen kann, ob die Beteiligte zu 1) einen ambulanten Dienst betrieben hat und die übrigen Voraussetzungen des § 7 WTG vorliegen.

13 Der Wortlaut des § 34 S. 1 WTG ist entgegen der Auffassung des Nachlassgerichts und des Beteiligten zu 2) auch nicht teleologisch insoweit zu reduzieren, als § 7 WTG von § 34 S. 1 WTG nicht erfasst wird. Eine teleologische Reduktion hat im Gegensatz zur Analogie, die den Anwendungsbereich einer Norm gegen ihren Wortlaut erweitern will, das Ziel, den Anwendungsbereich einer Norm gegen ihren Wortlaut einzuschränken. Ebenso wie die Analogie setzt die teleologische Reduktion allerdings eine planwidrige Regelungslücke voraus, wobei zu deren Feststellung von der in der Gesetzesbegründung niedergelegten gesetzgeberischen Absicht ausgegangen werden kann (BGH NJW 2014, 2646–2651; Palandt/Grüneberg, BGB, 78. Aufl. 2019, Einleitung vor § 1 Rn. 49, 55). Eine solche planwidrige Regelungslücke ist hier nicht ersichtlich. Gegen eine planwidrige Regelungslücke spricht schon der eindeutige Wortlaut von § 34 S. 1 WTG, der grundsätzlich keinen Raum für eine teleologische Reduktion lässt. Zudem ergibt sich aus dem Zusammenspiel von § 34 S. 1 WTG und § 34 S. 2 WTG, dass der Gesetzgeber in Bezug auf die Anwendbarkeit der Vorschriften des 2. Kapitels des WTG offensichtlich und eindeutig zwischen ambulanten Diensten, die Leistungen in Angeboten nach § 24 Abs. 1 WTG erbringen, und allen anderen ambulanten Diensten unterscheiden wollte. Während auf ambulante Dienste, die Leistungen in Angeboten nach § 24 Abs. 1 WTG erbringen, alle Vorschriften des 2. Kapitels, d.h. auch § 7 WTG, keine Anwendung finden sollen, wird für alle anderen ambulanten Dienste eine Vorschrift des 2. Kapitels ausdrücklich ausgenommen, und zwar § 9 WTG. Diese eindeutige Unterscheidung zwischen den verschiedenen ambulanten Diensten und das Herausgreifen einer konkreten Vorschrift zeigt, dass der Gesetzgeber hier offenbar bewusst unterschieden und auch sämt-

liche Vorschriften des 2. Kapitels des WTG in den Blick genommen hat, so dass eine unbewusste Regelungslücke ausgeschlossen werden kann. Auch die Gesetzesbegründung lässt eine abweichende Schlussfolgerung nicht zu. Eine teleologische Reduktion von § 34 S. 1 WTG scheidet im vorliegenden Fall daher aus. Auf die Frage, ob eine Anwendung von § 7 WTG im vorliegenden Fall aus verschiedenen vom Nachlassgericht genannten Gründen sinnvoll sein könnte, kommt es nicht an. Schließlich es ist allein Sache des Gesetzgebers und nicht der Gerichte, die Vorschrift des § 34 WTG gegebenenfalls zu ändern. Denn eine Interpretation, die als richterliche Rechtsfortbildung den klaren Wortlaut des Gesetzes hintanstellt, also keinen Widerhall im Gesetz findet und vom Gesetzgeber nicht ausdrücklich oder stillschweigend gebilligt wird, ist mit der Bindung des Richters an das Gesetz unvereinbar (BVerfG NJW 2011, 836–841, Rn. 53 nach juris).

**14** Auch wenn es im Hinblick auf vorstehende Ausführungen nicht mehr darauf ankommt, ist zudem darauf hinzuweisen, dass eine Anwendung von § 7 WTG auf alle ambulanten Leistungen nicht unproblematisch wäre, weil in diesem Fall die Abgrenzung von ambulanten Leistungen zu Hilfeleistungen von Nachbarn, Freunden und Verwandten für einen im eigenen Haushalt lebenden pflegebedürftigen Menschen zu Schwierigkeiten führen würde, die der nordrhein-westfälische Gesetzgeber offenbar vermeiden wollte.

**15** Nach § 69 Abs. 1 S. 2 FamFG kommt eine Zurückverweisung der Sache in Betracht, wenn das Gericht des ersten Rechtszuges eine Entscheidung über das verfahrensgegenständliche Rechtsverhältnis noch nicht in der gebotenen Weise umfassend getroffen hat (OLG Düsseldorf, FGPrax 2019, 182; Keidel/Sternal, FamFG, 19. Aufl. 2017, § 69 Rn. 14 m.w.N.). Das ist hier der Fall. Denn das Nachlassgericht hat zu den Voraussetzungen eines etwaigen Erbrechts der Beteiligten noch keine umfassenden Feststellungen getroffen hat. Es sind weder Feststellungen zur Testierfähigkeit des Erblassers getroffen worden noch zum Zeitpunkt der tatsächlichen Errichtung des auf den 08.06.2016 datierten Testaments. Das Nachlassgericht wird daher zu ermitteln haben, ob der Erblasser zu dem Zeitpunkt, an dem er das Testament errichtet hat, testierfähig war oder nicht, wobei die Testierfähigkeit den Regelfall, die Testierunfähigkeit den Ausnahmefall darstellt.

## Auslegung eines Testaments

BGB § 133, § 2084

**1. Bedenken die Ehegatten in einem gemeinschaftlichen Testament die gemeinsamen Kinder als Schluss-erben und fehlt eine Erbeinsetzung des überlebenden Ehegatten für den ersten Erbfall, bildet die Verwendung der Begriffe „nach unserem Tod“ und „wir“ keine hinreichende Andeutung für einen entsprechenden Willen der Ehegatten für eine Erbeinsetzung des überlebenden Ehegatten (Anschluss an BGHZ 80, 242; OLG München FG Prax 2013, 72).**

**2. Das Nachlassgericht kann einen entsprechenden Willen der Ehegatten bei der Errichtung der Verfügung unterstellen, ohne diesen zuvor im Wege der Beweisaufnahme zu ermitteln, wenn es für den unterstellten Willen im Testament keine hinreichende Andeutung zu erkennen vermag (Anschluss an BGH NJW 2019, 2317 (2319)).**

**OLG München (31. Zivilsenat), Beschluss vom 12.11.2019 – 31 Wx 183/19**

### I. Sachverhalt:

**1** Die verheiratete Erblasserin ist am 22.8.2018 verstorben. Sie hinterlässt ihren Ehemann (Beteiligter zu 1) und die beiden gemeinsamen Kinder (Beteiligte zu 2 und 3).

**2** Die Ehegatten errichteten am 10.08.2002 ein von ihnen eigenhändig ge- und unterschriebenes Testament, in dem es auszugsweise heißt:

„Wir (Ehemann) geb. am (...) und (Ehefrau) geb. am (...) wollen dass nach unserem Tod das Haus unser Sohn (Beteiligter zu 2) ... bekommt.

Er muss aber unserer Tochter 35% ausbezahlen. Wenn noch Geld vorhanden ist, bekommt jedes die Hälfte.

(Beteiligter zu 2) bekommt die Münzen und Vaters Sachen.

(Beteiligte zu 3) bekommt Schmuck, Puppen, Handarbeiten, Kaffee- und Speiseservice, Silber-Besteck.

(Unterschriften)“

**3** Auf der Grundlage dieses Testaments beantragte der Ehemann beim Nachlassgericht einen Alleinerbschein.

**4** Das Nachlassgericht lehnt die Erteilung eines entsprechenden Erbscheins ab. Es ist der Ansicht, dass das fragliche Testament keine Regelung für den ersten Erbfall enthalte.

**5** Dagegen richtet sich die Beschwerde.

## ▶ II. Aus den Gründen:

**6** Die zulässige Beschwerde bleibt im Ergebnis ohne Erfolg.

**7** Zutreffend ist das Nachlassgericht zu dem Ergebnis gelangt, dass der Beschwerdeführer die Erblasserin nicht aufgrund Testaments vom 10.8.2002 allein beerbt hat.

**8** Die dagegen vom Beschwerdeführer vorgebrachten Einwände greifen nicht durch.

**9** 1. Das Testament vom 10.8.2002 enthält – was auch vom Beschwerdeführer nicht angezweifelt wird – keine ausdrückliche Erbeinsetzung des Beschwerdeführers für den ersten Erbfall.

**10** 2. Soweit der Beschwerdeführer meint, eine Erbeinsetzung des überlebenden Ehegatten für den ersten Erbfall ergebe sich durch Auslegung der Verfügung, trifft dies nicht zu.

**11** a) Bei einer Testamentsauslegung gemäß § 133 BGB kommt es auf den wirklichen Willen des Erblassers an, ohne am buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften (BGH ZEV 1997, 376; FamRZ 2012, 26; *Leipold* in: MüKo/BGB, 7. Auflage 2017 § 2084 Rn. 1; *Czubayko* in: Burandt/Rojahn Erbrecht, 3. Auflage 2019 § 2084 Rn. 9; *Krätzsche* in: Firsching/Graf Nachlassrecht, 11. Auflage 2019 § 9 Rn. 11; *Fleindl* in: NK-Erbrecht 5. Auflage 2018 § 2084 Rn. 3).

**12** Eine Erbeinsetzung, die in dem Testament nicht enthalten und nicht einmal angedeutet ist, kann den aufgeführten Formzwecken nicht gerecht werden. Sie ermangelt der gesetzlich vorgeschriebenen Form und ist daher gemäß § 125 S. 1 BGB nichtig (BGH NJW 1981, 1737; OLG München FGPrax 2013, 72).

**13** Auch wenn Ehegatten sich üblicherweise gegenseitig selbst bedenken, stellt diese Tatsache keinen ausreichenden Anhalt für eine gegenseitige Erbeinsetzung dar. Die gegenseitige Erbeinsetzung kann daher nicht allein aufgrund der Errichtung eines gemeinschaftlichen Testamentes angenommen werden (BGH a.a.O. S. 1738; *Horn* in: Horn/Kroiß Testamentsauslegung, 2. Auflage 2019 § 24 Rn. 62; *Krätzsche* in: Firsching/Graf, Nachlassrecht, 11. Auflage 2019 § 9 Rn. 17 „Fehlende Alleinerbeinsetzung“).

**14** b) Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze teilt der Senat die Ansicht des Nachlassgerichts, wonach das verfahrensgegenständliche Testament für den ersten Erbfall keine Erbeinsetzung des Beschwerdeführers enthält.

**15** aa) Dabei bedurfte es auch nicht zunächst einer Beweisaufnahme durch das Nachlassgericht zur Klärung der Frage klärt, ob die Ehegatten den überlebenden als Alleinerben einsetzen wollten oder nicht. Das Nachlass-

gericht durfte einen entsprechenden Willen unterstellen und zugleich im Wege der Testamentsauslegung ermitteln, ob ein entsprechender Wille im Testament angedeutet ist oder nicht (BGH NJW 2019, 2317/2319).

**16** bb) Auch nach Auffassung des Senats findet sich für eine Erbeinsetzung des überlebenden Ehegatten keine hinreichende Andeutung in der Verfügung.

**17** Soweit der Beschwerdeführer vorträgt, eine solche Auslegung ergebe sich aus dem Wortlaut, da die Ehegatten von „unserem Tod“ gesprochen haben, trägt dieser Einwand nicht. Die Formulierung kann ebenso gut zur Begründung dafür herangezogen werden, dass die Eheleute (gerade nur) den Tod des Letztversterbenden regeln wollten, denn dann wäre die Formulierung „nach unserem Tod“ im Sinne von „wenn wir beide tot sind...“ passend für die Formulierung eines entsprechenden Willen.

**18** Gleiches gilt für den Umstand, dass die Ehegatten von „unserem Haus“ sprechen. Die Formulierung selbst ist für sich genommen wenig aussagekräftig, da es durchaus naheliegend ist, dass die Eheleute zu Lebzeiten das gemeinsam erwirtschaftete Vermögen als Einheit betrachtet haben. Dass nach dem Tode des Letztversterbenden das Pronomen „unser“ unzutreffend wäre, weil dann der überlebende Ehepartner Alleineigentümer geworden wäre, reicht nach Ansicht des Senats jedenfalls nicht aus, um darin die Erbeinsetzung des überlebenden Ehegatten für den ersten Erbfall zu sehen.

**19** Soweit die Beschwerde schließlich vorträgt, der überlebende Ehegatte habe das gemeinsame Haus bis zum Tode des Längerlebenden bewohnen sollen, findet sich dafür im Testament ebenfalls keine Stütze, so dass nicht entschieden werden muss, ob dies ein ausreichender Anhaltspunkt für eine entsprechende Auslegung wäre.

**20** Dass die Abwicklung des ersten Erbfalls dadurch schwierig ist, rechtfertigt ebenfalls keine andere Entscheidung. Es ist weder die Aufgabe der Nachlassgerichte, noch der diesen nachfolgenden Beschwerdegerichte, im Wege der Auslegung unterbliebene Verfügungen zu kreieren, um eine praktisch erscheinende Abwicklung von Erbfällen zu ermöglichen.

## ■ **Widerruf eines Ehegattentestaments**

BGB § 2255, § 2247, § 2265

**1. Der Widerruf wechselbezüglicher Verfügungen in einem Ehegattentestament durch Vernichtung der Urkunde setzt voraus, dass beide Ehegatten mit Testier- und Widerrufswillen an der Vernichtung der Urkunde mitgewirkt haben. (Rn. 27)**

**2. An den diesbezüglichen Nachweis sind hohe Anforderungen zu stellen. Er setzt insbesondere voraus, dass die Möglichkeit, dass ein Ehegatte die Urkunde ohne Kenntnis und Mitwirkung des anderen vernichtet hat, ausgeschlossen werden kann. (Rn. 28)**

**OLG München (31. Zivilsenat), Beschluss vom 31.10.2019 – 31 Wx 398/17**

### ▶ **I. Sachverhalt:**

**1** Die Ehegatten sind im Abstand von 4 Tagen verstorben. Das Verfahren der vorverstorbenen Ehefrau wird unter dem Az. 31 Wx 398/17 beim Senat geführt, das Verfahren des nachverstorbenen Ehemanns unter dem Az. 31 Wx 397/17.

**2** Die Ehe war kinderlos. Aus der ersten Ehe des Ehemanns sind zwei Töchter hervorgegangen, die Beteiligten zu 9 und 10.

**3** Es liegt ein Testament der Ehegatten vom 20.3.2015 in Fotokopie vor, in dem es auszugsweise heißt:

„Wir [setzen] uns gegenseitig zu unseren alleinigen und beschränkten Erben ein.

Schlusserben des Letztversterbenden sind die zwei Töchter (aus 1. Ehe) des Ehemanns zu je  $\frac{1}{4}$  ... und ... .. (Beteiligter zu 5), ..., der Neffe der Ehefrau, zur Hälfte.

...

Soweit es gesetzlich vorgeschrieben ist, sollen alle unsere gemeinsamen Verfügungen wechselseitig sein, damit sind sie nach dem Tode des zuerst versterbenden für den anderen verbindlich.“

eigenhändige Unterschriften beider Ehegatten. Bei dem Beteiligten zu 5 handelt es sich um den Beschwerdeführer.

**4** Im Verfahren nach dem Tod der Ehefrau beantragte der Beschwerdeführer mit notarieller Urkunde vom 17.1.2017 einen Erbschein, der den nachverstorbenen Ehemann als Alleinerben aufgrund Testaments ausweist.

**5** Das Nachlassgericht hat den Antrag mit Beschluss vom 1.9.2017 zurückgewiesen. Es ist der Ansicht, es sei gesetzliche Erbfolge eingetreten. Das Testament vom

20.3.2015 sei in Widerrufsabsicht vernichtet worden und deswegen für die Erbfolge nicht maßgeblich.

**6** Dagegen richtet sich die Beschwerde.

**7** Wegen des Ergebnisses der vom Nachlassgericht angeordneten Ermittlungen nimmt der Senat zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug auf den angefochtenen Beschluss.

### ▶ **II. Aus den Gründen:**

**8** Die zulässige Beschwerde ist im Ergebnis erfolgreich.

**9** Im Gegensatz zum Nachlassgericht ist der Senat nicht davon überzeugt, dass die Ehegatten das Testament aus dem Jahre 2015 in Widerrufsabsicht vernichtet haben. Folglich richtet sich die Erbrechtslage nach diesem Testament.

**10** 1. Zutreffend ist das Nachlassgericht zunächst davon ausgegangen, dass das verfahrensgegenständliche Testament wirksam errichtet wurde.

**11** Dass dieses Testament lediglich in Fotokopie vorliegt, hindert – wovon das Nachlassgericht zutreffend ausgegangen ist – den Nachweis der formgerechten Errichtung grundsätzlich nicht. Zwar ist zum Nachweis eines testamentarischen Erbrechts grundsätzlich die Urschrift der Urkunde vorzulegen, auf die das Erbrecht gestützt wird (§ 352 Abs. 3 FamFG). Ist diese Urkunde jedoch nicht auffindbar, können die formgerechte Errichtung und Inhalt mit allen zulässigen Beweismitteln bewiesen werden, wobei an den Nachweis strenge Anforderungen zu stellen sind (BayObLG FamRZ 1990, 1162; OLG München NJW-RR 2009, 305; OLG Köln FamRZ 2017, 1164; OLG Hamburg BeckRS 2019, 1406; *Krätzschel* in: *Firsching/Graf*, Nachlassrecht, 11. Auflage 2019 § 8 Rn. 29).

**12** Vorliegend hat der Senat keinen Zweifel, dass das Testament vom 20.3.2015 tatsächlich von den Ehegatten formgerecht errichtet wurde, auch die Beteiligten wenden sich nicht dagegen. Soweit das OLG Köln (a.a.O.) die Einholung eines graphologischen Sachverständigenutachtens verlangt, betraf dies nur den Fall, dass die Echtheit der Unterschriften zweifelhaft war. So lag der Fall hier aber gerade nicht, so dass das Testament ursprünglich wirksam in der Form der §§ 2247 Abs. 1, 2265 BGB errichtet worden war.

**13** 2. Der Senat ist jedoch nicht davon überzeugt, dass das Testament von den Ehegatten in Widerrufsabsicht vernichtet wurde.

**14** a) Zutreffend ist das Nachlassgericht davon ausgegangen, dass derjenige, der aus dem Widerruf eines Testaments Rechte herleiten will, diesen Widerruf zu beweisen hat (Palandt/*Weidlich* BGB 78. Auflage 2019 § 2255 Rn. 11; *Krätzschel* in: *Firsching/Graf*, Nachlass-

recht, 11. Auflage 2019 § 14 Rn. 8). Dieselben Grundsätze gelten dann, wenn – wie vorliegend – die Vernichtung der Urkunde selbst nicht feststeht, diese vielmehr lediglich unauffindbar ist.

**15** Es besteht im Falle der Unauffindbarkeit eines Testaments insbesondere keine Vermutung dafür, dass es vom Erblasser vernichtet worden und deshalb gemäß § 2255 BGB als widerrufen anzusehen ist (OLG Köln a.a.O.). Die Vermutung, dass mit der Vernichtung eines Testaments dessen Aufhebung beabsichtigt ist (§ 2255 S. 2 BGB), setzt ihrerseits voraus, dass eine Vernichtung des Testaments festgestellt ist. Die bloße Tatsache der Unauffindbarkeit der Urkunde besagt für sich allein noch nichts; sie begründet insbesondere keine tatsächliche Vermutung oder einen Erfahrungssatz, dass das Testament durch den Erblasser vernichtet worden ist (OLG Hamburg a.a.O.)

**16** Auch beim gemeinschaftlichen Testament steht den Testatoren für den Widerruf ihres Testaments die Form des § 2255 zur Verfügung, so dass ein gemeinschaftliches Testament grundsätzlich auch durch Vernichtung aufgehoben werden kann. Aus § 2271 Abs. 1 S. 2 BGB folgt aber, dass die einseitige Aufhebung wechselbezüglicher Verfügungen auch in der Form des § 2255 nicht möglich ist (BeckOGK/Braun, 1.8.2019, BGB § 2271 Rn. 27 KrätzscheI in: Firsching/Graf, Nachlassrecht, 11. Auflage 2019 § 11 Rn. 21).

**17** Mithin muss das Gericht positiv davon überzeugt sein, dass das Testament in Widerrufsabsicht durch die Ehegatten vernichtet wurde. Für diesen Beweis genügt grundsätzlich, da eine absolute Gewissheit nicht zu erreichen und jede Möglichkeit des Gegenteils nicht auszuschließen ist, ein für das praktische Leben brauchbarer Grad von Gewissheit (BGH NJW 1993, 935), der Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschließen (BGH NJW 2014, 71; Thomas/Putzo/Reichold ZPO 39. Auflage 2018 § 286 Rn. 2). Diese für § 286 ZPO entwickelten Grundsätze gelten grundsätzlich auch im Verfahren mit Amtsermittlungsgrundsatz (BGH NJW 1994, 1348).

**18 b)** Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze ist der Senat nicht mit der erforderlichen Sicherheit davon überzeugt, dass die Erblasser ihr Testament (gemeinschaftlich) in Widerrufsabsicht vernichtet haben.

**19** Beweismittel, mit denen sich der Widerruf direkt beweisen ließe, insbesondere etwa die zerstörte Urkunde, sind weder beim Verfahren vor dem Nachlassgericht noch durch die Ermittlungen des Senats zu Tage getreten, so dass Schlüsse letztlich nur anhand von Indizien gezogen werden können.

**20** Soweit das Nachlassgericht im Wesentlichen darauf abgestellt hat, dass andere Unterlagen der Eheleute ge-

ordnet vorhanden waren und diese gegenüber Dritten erklärt hätten, an der Schlusserbensetzung zugunsten des Beschwerdeführers nicht festhalten zu wollen und eine andere Verfügung, deren Entwurf sie bereits beauftragt hatten, errichten zu wollen, reicht dies nach Ansicht des Senats nicht aus, um mit der nötigen Sicherheit einen Widerruf der Verfügung annehmen zu können.

**21 aa)** Zunächst erscheint ein Widerruf ohne gleichzeitige Neuerrichtung einer Verfügung wenig plausibel. Er hätte zur Folge, dass nach dem Tode des Erstversterbenden gesetzliche Erbfolge eingetreten würde, was die Ehegatten nach den vom Nachlassgericht durchgeführten Ermittlungen nicht gewollt hatten und die bei den Ehegatten auch noch zu unterschiedlichen Erbquoten geführt hätte: Bei einem Vorversterben der Ehefrau wäre der überlebende Ehemann Erbe zu  $\frac{3}{4}$  geworden gemäß §§ 1931 Abs. 1, 3, 1371 Abs. 1, 1925 Abs. 1 BGB, da seitens der Ehefrau nur noch Abkömmlinge der Eltern, mithin Erben der 2. Ordnung vorhanden waren. Umgekehrt, bei einem Vorversterben des Ehemannes, wäre die überlebende Ehefrau nur Erbin zu  $\frac{1}{2}$  geworden, da der Ehemann Kinder – mithin Erben der 1. Ordnung – hinterlassen hat (§§ 1931 Abs. 1, 1371 Abs. 1, 1924 Abs. 1 BGB).

**22** Da die Ehegatten naturgemäß nicht wissen konnten, wer von ihnen zuerst stirbt, erscheint es nicht naheliegend, dass sie insoweit den Eintritt der gesetzlichen Erbfolge gewollt hätten, was aber die Folge der Vernichtung des gemeinschaftlichen Testaments gewesen wäre. Dass die Ehegatten in einem ersten Schritt das gemeinschaftliche Testament vernichtet haben sollen, dann aber zum zweiten Schritt, der Neuerrichtung einer Verfügung, nicht mehr gekommen sein sollen, erscheint aus den vorgenannten Gründen ebenfalls nicht plausibel.

**23** Wäre es den Eheleuten im Wesentlichen darauf angekommen, dass der Beschwerdeführer nicht mehr (Schluss-)Erbe wird, hätte dessen Streichung aus dem Testament jedenfalls deutlich näher gelegen.

**24 bb)** Selbst wenn man dem Nachlassgericht jedoch insoweit folgen wollte, dass das Testament vernichtet worden sein muss, müsste sich bei einem gemeinschaftlichen Testament – soweit wechselbezügliche Verfügungen inmitten stehen – feststellen lassen, dass ein möglicher Widerruf durch Vernichtung der Urkunde von beiden Ehegatten gewollt gewesen und mit Testierwillen umgesetzt worden ist.

**25** Sofern das Nachlassgericht im angefochtenen Beschluss davon ausgeht, dass es keine Anhaltspunkte für ein versehentliches Abhandenkommen des Testaments gibt und „eine andere Erklärung [als die Vernichtung] für

die Nichtauffindbarkeit kaum denkbar [ist]“, lässt diese Argumentation außer acht, dass auch ein Ehegatte allein die Vernichtung herbeigeführt haben könnte. Das wäre, da der Widerruf wechselbezüglicher Verfügungen inmitten steht, indes nicht ausreichend.

**26** (1) Der Senat ist der Ansicht, dass die Einsetzung des überlebenden Ehegatten wie auch der Schlusserben im Testament vom 20.3.2015 wechselbezüglich erfolgte. Die scheinbare Einschränkung („soweit es gesetzlich vorgeschrieben ist...“) steht dem nicht entgegen, denn der nachfolgende Satz („damit sind sie nach dem Tode des zuerst versterbenden für den anderen verbindlich.“) macht deutlich, dass die Ehegatten wollten, dass die entsprechende Bindungswirkung eintritt.

**27** (2) Folge des Vorliegens wechselbezüglicher Verfügungen ist, dass ein Widerruf in der Form des § 2255 S. 1 BGB voraussetzt, dass die Ehegatten die Verfügung gemeinsam mit Testierwillen in Widerrufsabsicht vernichtet haben. Selbst eine spätere „Genehmigung“ einer einseitigen Zerstörung wäre daher nicht möglich (BeckOGK/Braun, 1.8.2019 BGB § 2271 Rn. 27.1).

**28** (3) Vom Vorliegen dieser Voraussetzungen vermag sich der Senat nicht zu überzeugen. Eine jederzeit denk-

bare, nicht weniger naheliegende Erklärung wäre, dass einer der Ehegatten das Testament allein und ohne Kenntnis des anderen vernichtet hat, ohne dass also zugleich seitens des anderen Testier- und Widerrufswille vorgelegen hätten. Auch dies würde – worauf das Nachlassgericht zentral abgestellt hat – erklären, dass zwar die Testamente unauffindbar waren, nicht aber sonstige, mit dem Erbrecht in Zusammenhang stehende Unterlagen fehlten.

**29** Da sich der Senat – auch nach Durchführung eigener Ermittlungen – im Ergebnis also nicht davon überzeugen kann, dass das Testament vom 20.3.2015 in Widerrufsabsicht beider Ehegatten durch beide vernichtet wurde, ist dieses Testament für die Erbrechtslage maßgeblich.

**30** Nach dem Vorversterben der Ehefrau ist mithin der überlebende Ehemann Alleinerbe geworden. Nachdem der Ehemann seinerseits am 3.5.2015 nachverstorben ist, war dem Antrag dessen Erben, dem Beschwerdeführer, auf Erteilung eines entsprechenden Erbscheins zu entsprechen.

## FREIWILLIGE GERICHTSBARKEIT

## Bewilligung der öffentlichen Zustellung der Kraftloserklärung einer Vollmachtsurkunde

BGB § 176; FamFG § 105

Bei § 176 BGB handelt es sich um reines Verfahrensverfahrensrecht, so dass weder materielle Fragen des Rechts zum Widerruf der Vollmacht durch den Vollmachtgeber noch für eine im Inland zu bewirkende Zustellung der Erklärung des Vollmachtgebers die Regeln des internationalen Privatrechts zu prüfen sind.

OLG Köln, Beschluss vom 26.08.2019 – 2 Wx 248/19

### I. Sachverhalt:

1 Mit Schriftsatz vom 03.04.2019 hat die Beteiligte zu 1. die öffentliche Bekanntmachung einer beigefügten Kraftloserklärung einer Vollmachtsurkunde vom 01.09.2007 gemäß § 176 BGB beantragt. Dem Antrag hat das Amtsgericht mit einem nicht förmlich erlassenen Beschluss vom 03.05.2019 entsprochen. Hiergegen richtet sich die mit Schriftsatz vom 29.05.2019 bei dem Amtsgericht eingelegte Beschwerde, des Beteiligten zu 2., die am 31.05.2019 eingegangen ist. Er macht geltend, beschwerdeberechtigt zu sein, weil die Vollmacht zur Umsetzung und Erfüllung familienrechtlicher Ansprüche erteilt worden sei. Es handele sich angesichts dessen, dass die Beteiligten bei Vollmachtserteilung im Iran gelebt hätten und die Vollmacht nach iranischem Recht nicht widerruflich sei, um einen Fall mit Auslandsberührung, wobei § 176 BGB nicht anwendbar sei. Das Amtsgericht hat der Beschwerde nicht abgeholfen und die Sache zur Entscheidung dem Oberlandesgericht vorgelegt.

### II. Aus den Gründen:

2 Zur Entscheidung über das Rechtsmittel ist das Oberlandesgericht nach § 119 Abs. 1 Nr. 1 b) GVG berufen. Denn auf das vom Amtsgericht auf der Grundlage des § 176 BGB eingeleitete Verfahren findet das Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit Anwendung (Staudinger/Schilken, BGB, Neubearb. 2014, § 176 Rn. 6;

MünchKomm/Schubert, BGB, 8. Aufl. 2018, § 176 Rn. 2). 3 Es bestehen bereits Bedenken, ob dem Beteiligten zu 2. die erforderliche Be-schwerdeberechtigung zukommt. Nach § 59 Abs. 1 FamFG steht die Beschwerde demjenigen zu, der durch den Beschluss in seinen Rechten beeinträchtigt ist. Daran mangelt es hier. Die Vertretungsmacht allein ist kein subjektives Recht des Bevollmächtigten. Mit Vollmachtserteilung erhält der Bevollmächtigte keine eigene, sondern lediglich eine aus dem Recht des Vollmachtgebers abgeleitete Rechtsstellung, die Vertretungsmacht ist nichts weiter als die Legitimation, für einen anderen durch Handeln in dessen Namen für ihn gültige rechtsgeschäftliche Regelungen zu treffen (OLG Köln, Beschluss vom 06.12.2010, 16 Wx 96/10 – juris– ; OLG Hamm FGPrax 2014, 121; KG FGPrax 2015, 95). Ob im vorliegenden Fall im Zusammenhang mit dem Vorbringen des Beschwerdeführers, die Vollmacht sei zur Durchsetzung familienrechtlicher Ansprüche erteilt worden, etwas anderes gilt, kann aber letztlich offenbleiben, weil die Beschwerde jedenfalls unbegründet ist:

4 Die internationale Gerichtsbarkeit der deutschen Gerichte ist gegeben (§ 105 FamFG), da sich die örtliche Zuständigkeit hier aus § 176 Abs. 2 BGB ergibt. Entgegen der Auffassung der Beschwerde handelt es sich bei dem vorliegenden Verfahren nicht um einen Fall der Auslandsberührung, der eine Prüfung von Regeln des Internationalen Privatrechts veranlassen würde. Bei § 176 BGB handelt es sich um reines Verfahrensrecht, wobei das Gericht ausschließlich darüber befindet, ob die vom Vollmachtgeber abgegebene Kraftloserklärung, bei der es sich um ein privates Gestaltungsgeschäft handelt (Staudinger/Schilken, a.a.O. Rn. 2; MünchKomm/Schubert, a.a.O.), im Inland durch öffentliche Zustellung bekannt-zumachen ist. Welches Recht auf die Vollmacht und deren Widerruf Anwendung findet, spielt für die Frage, ob die im Inland zu bewirkende Zustellung der Erklärung des Vollmachtgebers zu bewilligen ist, keine Rolle. Ebenso wenig ist im vorliegenden Verfahren, in dem es allein um das verfahrensrechtliche Ob der öffentlichen Zustellung geht, zu prüfen, nach welchem Recht sich deren Wirkungen richten.

Aus Vorstehendem ergibt sich zugleich, dass die von der Beschwerde im Zusammenhang mit der Vollmachtserteilung geltend gemachten Gesichtspunkte vom Amtsgericht bei der Entscheidung über die öffentliche Zustellung nicht zu prüfen waren (vgl. zum Prüfungsmaßstab Staudinger/Schilken, a.a.O. Rn. 6).

[...]

4.

Für künftige Verfahren weist der Senat das Amtsgericht darauf hin, dass Beschlüsse in Verfahren der freiwilli-

gen Gerichtsbarkeit nach § 38 Abs. 3 Satz 3 FamFG – in ihrer Urschrift – mit einem Erlassvermerk zu versehen sind, der von der Geschäftsstelle zu unterschreiben ist. Unzulässig ist die Verfahrensweise des Amtsgerichts, lediglich in Ausfertigungen/Abschriften den Text eines Erlassvermerks aufzuführen, wenn die Urschrift einen solchen nicht enthält (zur Verfahrensweise s. Keidel/*Meyer-Holz*, FamFG, 19. Aufl. 2017, § 38 Rn. 93 und 95).

## Zuständigkeit bei Beschwerde des Sachverständigen gegen die Festsetzung seiner Vergütung

*JVEG § 4 Abs. 3; GVG § 119*

Für die Entscheidung über die (Erst-)Beschwerde eines Sachverständigen gegen einen Beschluss des Amtsgerichts über die Festsetzung der Vergütung durch die Staatskasse gemäß § 4 Abs. 3 JVEG ist in allen Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht das OLG, sondern das dem entscheidenden AG übergeordnete LG zuständig.

OLG Köln, Beschl. v. 30.8.2019 – 2 Wx 249/19

### I. Sachverhalt:

1 Mit Schreiben vom 22.03.2019 hat der Antragsteller die Festsetzung seiner Vergütung als Sachverständiger in Höhe von 232,76 € beantragt (Bl. 66 d.A.). Durch Beschluss vom 19.06.2019 hat das Nachlassgericht den Antrag bis auf die bereits ausgezahlten Portokosten in Höhe von 6,66 € zurückgewiesen (B. 116 ff. d.A.).

2 Gegen diesen dem Antragsteller am 25.06.2019 zugestellten Beschluss hat dieser mit am 25.06.2019 beim Amtsgericht Brühl eingegangenen Schreiben vom selben Tag Beschwerde eingelegt (Bl. 126 d.A.). Das Nachlassgericht hat der Beschwerde nicht abgeholfen und die Sache dem Landgericht Köln als Beschwerdegericht vorgelegt (Bl. 128 f. d.A.).

3 Durch Beschluss vom 07.08.2019 hat das Landgericht Köln den Nichtabhilfebeschluss des Nachlassgerichts aufgehoben, soweit darin die Vorlage an das Landgericht Köln als Beschwerdegericht angeordnet worden ist. Durch Beschluss vom 14.08.2019 hat daraufhin das Nachlassgericht die Sache dem Oberlandesgericht Köln als Beschwerdegericht zur Entscheidung vorgelegt (Bl. 144 f. d.A.).

### II. Aus den Gründen:

4 ZDas Oberlandesgericht Köln ist für das vorliegende Beschwerdeverfahren nicht zuständig. Die Vorlageentscheidung des Amtsgerichts Brühl ist daher abzuändern und die Sache unmittelbar dem zuständigen Landgericht Köln vorzulegen.

5 Für die Entscheidung über die nach § 4 Abs. 3 JVEG zulässige Beschwerde ist nicht das Oberlandesgericht Köln, sondern gem. § 4 Abs. 4 S. 2 JVEG das Landgericht Köln zuständig. Nach dem Wortlaut des § 4 Abs. 4 S. 2 JVEG ist das „nächsthöhere Gericht“ zur Entscheidung über die Beschwerde berufen. Hierunter ist nach der herrschenden Auffassung in Rechtsprechung und Literatur, der sich der Senat anschließt, unabhängig vom Instanzenzug in der Hauptsache das dem erkennenden Gericht allgemein in der Gerichtsorganisation übergeordnete Gericht zu verstehen (OLG Nürnberg FGPrax 2016, 285–286; OLG Frankfurt, Beschluss vom 17.06.2017 – 4 WFV 123/17, nach juris; OLG Celle FamRZ 2013, 1512–1513; OLG Hamm, Beschluss vom 03.05.2013 – 6 WF 119/13, nach juris; OLG Celle SchIHA 2011, 382–383; OLG München FamRZ 2011, 844; Zöller/*Lückemann*, ZPO, 32. Aufl. 2018, § 119 GVG Rn. 8 m.w.N.; MüKoZPO/*Zimmermann*, 5. Aufl. 2017, § 119 ZPO Rn. 7 m.w.N.). Hierfür spricht, dass diese Auslegung dem Willen des Gesetzgebers entspricht. Dem Entwurf zum Gesetz zur Modernisierung des Kostenrechts vom 11.11.2003 (Kostenrechtsmodernisierungsgesetz, BT-Drucksache 15/1971, Seite 180, in Kraft getreten am 01.07.2004) ist zu dieser Frage u.a. Folgendes zu entnehmen:

6 *„Allerdings fehlt eine Bestimmung, nach der in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten der in § 119 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 und 3 GVG bezeichneten Art das Oberlandesgericht auch dann als Beschwerdegericht entscheiden soll, wenn das Amtsgericht die angefochtene Entscheidung erlassen hat. Für den Bereich des JVEG besteht – anders als für den Bereich des GKG – kein Bedürfnis für eine solche Ausnahmeregelung, da die im Bereich des JVEG zu treffenden Beschwerdeentscheidungen jedenfalls nicht in gleichem Maß besondere Kenntnisse auf dem Gebiet des Familienrechts voraussetzen, wie dies für den Bereich des GKG – insbesondere im Zusammenhang mit der Wertfestsetzung – anzunehmen ist.“*

7 Entsprechend dieser Gesetzesbegründung hat der Gesetzgeber in dem am 01.07.2004 in Kraft getretenen Kostenmodernisierungsgesetz bestimmt, dass Beschwerdegericht gem. § 4 Abs. 4 S. 2 JVEG das „nächsthöhere Gericht“ ist, während § 14 Abs. 4 S. 2 KostO wie folgt lautet: „Beschwerdegericht ist das nächsthöhere Gericht; in den Fällen, in denen das Familiengericht ...

über die Erinnerung entschieden hat, ist Beschwerdegericht das Oberlandesgericht.“ § 14 Abs. 4 S. 2 KostO inhaltlich entsprechende Regelungen erfuhren § 66 Abs. 3 GKG (a.F.) und § 33 Abs. 4 RVG. Der Gesetzgeber hat daher unterschieden zwischen dem nächsthöheren Gericht in der Gerichtsorganisation und dem nächsthöheren Gericht im Instanzenzug. Er hat dabei erwogen, dass in den Verfahren nach § 119 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 und 3 GVG (a.F.) wegen des häufig engen Sachzusammenhangs zwischen der Hauptsache und der Kostenproblematik das Oberlandesgericht auch für die Kostenbeschwerde zuständig sein sollte (BT-Drucksache 15/1971, Seite 157, 234). Für das Beschwerdeverfahren nach § 4 JVEG hat der Gesetzgeber eine derartige Ausnahmeregelung indes für entbehrlich erachtet, weil die in diesem Bereich zu treffenden Entscheidungen seiner Ansicht nach nicht in gleichem Maße besondere Kenntnisse auf dem Gebiet des Familienrechts erfordern (BT-Drucksache 15/1971, Seite 180). Im Nachgang zur Einführung des FamFG und des FamGKG wurden die zitierten Bestimmungen in § 14 KostO, § 66 GKG und § 33 RVG zum Instanzenzug durch das Gesetz zur Modernisierung von Verfahren im anwaltlichen und notariellen Berufsrecht [...] sowie zur Änderung [...] kostenrechtlicher Vorschriften vom 30.07.2009 (BGBl. I, S. 2449) neu gefasst. § 14 Abs. 4 S. 2 KostO erhielt die auch jetzt noch in § 81 Abs. 3 S. 2 GNotKG verwendete Fassung: „in Verfahren der in § 119 Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe b des Gerichtsverfassungsgesetzes bezeichneten Art jedoch das Oberlandesgericht“. Der Beschränkung auf Verfahren nach § 119 Abs. 1 Nr. 1b GVG, d.h. Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit mit Ausnahme der Freiheitsentziehungssachen und der von den Betreuungsgerichten entschiedenen Sachen, lag ersichtlich die Überlegung zugrunde, dass die Kostenordnung sachlich nicht mehr für die von den Familiengerichten entschiedenen Sachen (§ 119 Abs. 1 Nr. 1a GVG) anwendbar war, deren Kosten sich nunmehr nach dem FamGKG richteten. Nach § 57 Abs. 3 FamGKG ist ohnehin stets das Oberlandesgericht für die Beschwerde in familiengerichtlichen Kostensachen zuständig. Offenbar aus demselben Grund hat der Gesetzgeber die bisherige Ausnahmeregelung in § 66 Abs. 2 Satz 3 GKG a.F. gestrichen. Denn Kostenbeschwerden in Verfahren nach § 119 Abs. 1

Nr. 1 GVG richteten sich nun nicht mehr nach dem GKG, sondern entweder nach dem FamGKG oder nach der KostO; der einzig im Anwendungsbereich des GKG verbliebene Fall der landesgesetzlichen Übertragung von Berufungen gegen amtsgerichtliche Entscheidungen auf das OLG nach § 119 Abs. 3 GVG a.F. war im Zuge der FGG-Reform abgeschafft worden (BT-Drucks. 16/12717, S. 52). Die Bestimmungen von § 14 Abs. 2 bis 9 KostO wurden sodann ohne inhaltliche Änderungen in § 81 GNotKG überführt (zum Vorstehenden: OLG Karlsruhe NJW-RR 2019, 125–127). Trotz dieser zahlreichen Änderungen vergleichbarer Vorschriften hat der Gesetzgeber § 4 Abs. 3 JVEG nicht geändert. Daraus kann nur der Schluss gezogen werden, dass der Gesetzgeber offenbar an den Gründen, die der am 01.07.2004 in Kraft getretenen Fassung des § 4 Abs. 4 S. 2 JVEG zugrunde lagen, festhalten wollte.

**8** Die abweichende Auffassung, die § 4 Abs. 4 S. 2 JVEG in dem Sinne versteht, dass mit dem nächsthöheren Gericht das im Instanzenzug nächsthöhere Gericht gemeint ist, überzeugt nicht (OLG Koblenz MDR 2014, 476–477; Hartmann/Weber, Kostengesetze, 49. Aufl. 2019, § 4 JVEG Rn. 28; Schneider/Volpert/Fölsch/Giers, Gesamtes Kostenrecht, 2. Aufl. 2017, § 4 JVEG Rn. 12). Zwar enthält § 119 Abs. 1 GVG Sonderregelungen, wonach die Oberlandesgerichte für Rechtsmittel gegen die Entscheidungen der Familiengerichte oder Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit mit Ausnahme der Freiheitsentziehungssachen und der Betreuungssachen zuständig sind. Damit wird indes keine ausschließliche Zuständigkeit begründet. Denn bei der Neugestaltung des Kostenrechts im Jahr 2004 hat der Gesetzgeber bewusst keine Zuständigkeit des Oberlandesgerichts für Beschwerden gegen die Vergütungsfestsetzung eines Familiengerichts oder eines in einer Angelegenheit im Sinne von § 119 Abs. 1 Nr. 1 b) GVG tätigen Amtsgerichts vorgesehen, sondern in allgemeiner Form nur die Zuständigkeit des „nächsthöheren Gerichts“ bestimmt. Auch teleologische Gesichtspunkte führen im Hinblick auf den eindeutigen Willen des Gesetzgebers nicht zu einer anderen Beurteilung.

**9** Das für das Amtsgericht Brühl nach der allgemeinen Organisation der ordentlichen Gerichtsbarkeit zuständige nächsthöhere Gericht ist das Landgericht Köln.

## GESELLSCHAFTSRECHT

## Zusammensetzung des Aufsichtsorgans einer durch formwechselnde Umwandlung gegründeten, dualistisch aufgebauten SE

*AktG § 98 Abs. 1; SEBG § 34 Abs. 1 Nr. 1, § 35 Abs. 1*

Wenn vor der Eintragung einer durch formwechselnde Umwandlung gegründeten, dualistisch aufgebauten Europäischen Gesellschaft (SE) in das Handelsregister ein Statusverfahren eingeleitet worden ist, richtet sich die in diesem Verfahren festzulegende Zusammensetzung des Aufsichtsorgans der SE bei Anwendbarkeit der Aufangregelung über die Mitbestimmung kraft Gesetzes (§§ 34 ff. SEBG) danach, wie der Aufsichtsrat vor der Umwandlung nach den einschlägigen gesetzlichen Vorschriften richtigerweise zusammenzusetzen war. (Rn. 23 – 38)

BGH (II. Zivilsenat), Beschluss vom 23.07.2019 – II ZB 20/18

### I. Sachverhalt:

1 Die Beteiligten streiten über die Zusammensetzung des Aufsichtsrats der Antragsgegnerin nach deren Umwandlung in eine Societas Europaea (SE).

2 Die Antragsgegnerin bestand ursprünglich in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft deutschen Rechts. Ihre formwechselnde Umwandlung in eine SE wurde am 2. Juni 2017 von der Hauptversammlung beschlossen und am 31. Juli 2017 im Handelsregister eingetragen. Eine Vereinbarung über die Arbeitnehmerbeteiligung gemäß § 21 des Gesetzes über die Beteiligung der Arbeitnehmer in einer Europäischen Gesellschaft (SEBG) wurde nicht geschlossen. Das bei der Antragsgegnerin bestehende Aufsichtsorgan setzt sich, ebenso wie der Aufsichtsrat vor der Umwandlung, ausschließlich aus Vertretern der Anteilseigner zusammen.

3 Die Antragsgegnerin beschäftigte vor der Umwandlung 205 Arbeitnehmer. Unter Einbeziehung weiterer zu dem Konzern der Antragsgegnerin gehörender Gesellschaften betrug die Gesamtzahl der Beschäftigten 1.046. Ein Beherrschungsvertrag bestand nur mit höchstens zwei dieser Gesellschaften. Außerdem hielt die Antragsgegnerin eine Beteiligung von 49% an der K. Seniorenwohn- und Pflegeanlage Betriebs-GmbH, die etwa 1.300 Arbeit-

nehmer beschäftigte. Die konzernrechtliche Zurechnung dieser Gesellschaft ist streitig.

4 Der Antragsteller ist Aktionär der Antragsgegnerin. Mit am 27. Juli 2017 beim Landgericht eingegangenen Schriftsatz hat er eine gerichtliche Entscheidung über die Zusammensetzung des Aufsichtsrats der Antragsgegnerin gemäß § 98 Abs. 1 AktG beantragt. Er ist der Ansicht, dass der Aufsichtsrat der Antragsgegnerin nicht nach den hier maßgebenden gesetzlichen Vorschriften zusammengesetzt sei und richtigerweise zur Hälfte oder jedenfalls zu einem Drittel aus Arbeitnehmervertretern bestehen müsse. Die Antragsgegnerin tritt dem entgegen.

5 Das Landgericht hat den Antrag zurückgewiesen (LG Frankfurt a.M., ZIP 2018, 932). Auf die Beschwerden des Antragstellers und der Rechtsbeschwerdegegnerin zu 2, einer Gewerkschaft, hat das Beschwerdegericht den Beschluss des Landgerichts aufgehoben und die Sache zur erneuten Behandlung und Entscheidung an das Landgericht zurückverwiesen. Hiergegen wendet sich die Antragsgegnerin mit ihrer vom Beschwerdegericht zugelassenen Rechtsbeschwerde.

### II. Aus den Gründen:

6 Die zulässige Rechtsbeschwerde hat in der Sache keinen Erfolg.

7 1. Die Rechtsbeschwerde ist gemäß § 99 Abs. 1 AktG, § 70 Abs. 1 FamFG statthaft und auch im Übrigen zulässig. Insbesondere ist die Antragsgegnerin beschwerdebefugt.

8 Ob und unter welchen Voraussetzungen in einem Statusverfahren nach § 98 f. AktG die betroffene Aktiengesellschaft beschwerdebefugt ist, ist dem Gesetz nicht eindeutig zu entnehmen und in Rechtsprechung und Literatur umstritten. Einerseits wird die Gesellschaft in der Aufzählung der Antragsberechtigten (§ 98 Abs. 2 AktG), die nach § 99 Abs. 4 Satz 3 AktG zugleich beschwerdeberechtigt sind, nicht ausdrücklich genannt. Andererseits enthält § 99 Abs. 4 Satz 4 AktG eine Regelung zum Beginn der für die Gesellschaft geltenden Beschwerdefrist, was dafür spricht, dass das Gesetz von einer Beschwerdeberechtigung der Gesellschaft ausgeht.

9 Die mittlerweile überwiegende Meinung bejaht eine Beschwerdeberechtigung der Gesellschaft jedenfalls dann, wenn der Antrag in der vorherigen Instanz Erfolg hatte, wobei teilweise auf die allgemeine Regelung der Beschwerdebefugnis in § 59 Abs. 1 FamFG abgestellt wird, die neben der besonderen Regelung in § 99 Abs. 4 Satz 3 AktG anwendbar bleibe (KG, ZIP 2016, 369 f.; MünchKommAktG/Habersack, 5. Aufl., § 99 Rn. 19; Hopt/Roth in Großkomm. AktG, 5. Aufl., § 99

Rn. 29; Koch in Hüffer/Koch, AktG, 13. Aufl., § 99 Rn. 8; Hölters/Simons, AktG, 3. Aufl., § 99 Rn. 13; Grigoleit/Tomasic, AktG, § 99 Rn. 9; Henssler in Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., § 99 AktG Rn. 5). Die Gegenansicht hält die besondere Regelung der Beschwerdebefugnis in § 99 Abs. 4 Satz 3 AktG hingegen für abschließend und meint, danach sei zwar unter anderem der Vorstand im eigenen Namen (§ 98 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 i. V.m. § 99 Abs. 4 Satz 3 AktG), nicht aber die Gesellschaft beschwerdebefugt (Spindler in Spindler/Stilz, AktG, 4. Aufl., § 99 Rn. 11; Israel in Bürgers/Körber, Aktiengesetz, 4. Aufl., § 99 Rn. 5).

**10** Zuzustimmen ist im Ergebnis der Auffassung, die die Beschwerdebefugnis der Gesellschaft bejaht. Ihre Beschwerdeberechtigung folgt daraus, dass die Antrags- und Beschwerdeberechtigung des Vorstands (§ 98 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1, § 99 Abs. 4 Satz 3 AktG) diesem nicht oder jedenfalls nicht allein als einem aus eigenem Recht selbständig Beteiligten zusteht, sondern ihm – zumindest auch – als dem Vertretungsorgan der Gesellschaft eingeräumt ist (Mertens/Cahn in KK-AktG, 3. Aufl., §§ 97–99 Rn. 23; a.A. Hopt/Roth in Großkomm. AktG, 5. Aufl., § 98 Rn. 30). Mithin kann der Vorstand aufgrund der ihm zugewiesenen Organkompetenz für die Gesellschaft Beschwerde einlegen. Da es sich in diesem Fall um eine Beschwerde der Gesellschaft handelt, fügt sich auch die Regelung zu dem Beginn der für die Gesellschaft geltenden Beschwerdefrist (§ 99 Abs. 4 Satz 4 AktG) widerspruchsfrei in den normativen Gesamtzusammenhang ein.

**11 2.** Die Rechtsbeschwerde ist aber nicht begründet.

**12 a)** Das Beschwerdegericht (OLG Frankfurt, ZIP 2018, 1874) hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

**13** Die Beschwerden seien zulässig. Die Beschwerdeberechtigung der beteiligten Gewerkschaft ergebe sich daraus, dass ihr bei Anwendung der Mitbestimmungsregeln ein Vorschlagsrecht nach § 16 Abs. 2 MitbestG zustünde (§ 99 Abs. 4 Satz 3, § 98 Abs. 2 Satz 1 Nr. 10 AktG). Hierfür genüge, dass die beteiligte Gewerkschaft bei einem Unternehmen im Konzern der Antragsgegnerin vertreten sei. Die Erfüllung dieser Voraussetzung habe die Beteiligte durch Vorlage einer öffentlichen Urkunde nachgewiesen, aus der sich ergebe, dass ein Mitglied der Gewerkschaft bei der F. GmbH, einer zum Konzern der Antragsgegnerin gehörenden Gesellschaft, beschäftigt sei.

**14** Die Beschwerden seien auch begründet. Entgegen der Auffassung des Landgerichts richte sich die Zusammensetzung des Aufsichtsrats der Antragsgegnerin gemäß § 35 Abs. 1 SEBG nicht nach der vor Eintragung der SE in das Handelsregister tatsächlich praktizierten Mitbestimmung (Ist-Zustand), sondern nach der rechtlich gebote-

nen Mitbestimmung (Soll-Zustand). Das aus § 96 Abs. 4 AktG folgende Kontinuitätsprinzip stehe dem nicht entgegen. Ihm werde hinreichend dadurch Rechnung getragen, dass auch in der SE die geänderte Zusammensetzung des Aufsichtsrats erst mit dem Abschluss eines Statusverfahrens zum Tragen komme. Ein vor der Umwandlung bestehendes, noch nicht durchgesetztes Recht darauf, die rechtswidrige Zusammensetzung des Aufsichtsrats im Wege eines Statusverfahrens dem rechtmäßigen Zustand anzugleichen, dürfe den Arbeitnehmern durch die Umwandlung nicht genommen werden. Andernfalls könnten sich zudem schwierige Abgrenzungsprobleme im Hinblick auf vor der Umwandlung eingeleitete aber noch nicht rechtskräftig beendete und umgesetzte Statusverfahren ergeben. Der Abschluss eines nach Bekanntgabe der Umwandlungsabsicht sogleich eingeleiteten Statusverfahrens noch vor Eintragung der SE, könne vom Zufall abhängen oder sogar durch eine bewusste Verzögerung des Statusverfahrens vereitelt werden.

**15** Entscheidend sei danach, ob die Antragsgegnerin vor der Umwandlung nach dem Mitbestimmungsgesetz oder dem Drittelbeteiligungsgesetz mitbestimmungspflichtig gewesen sei. Da das Landgericht keine Feststellungen zur Frage einer etwaigen konzernrechtlichen Zuordnung der K. Seniorenwohn- und Pflegeanlage Betriebs-GmbH zur Antragsgegnerin und damit der für die Beurteilung der anzuwendenden Mitbestimmungsregeln maßgeblichen Verhältnisse getroffen habe, sei die Sache an das Landgericht zur erneuten Behandlung und Entscheidung zurückzuverweisen.

**16 b)** Diese Ausführungen halten den Angriffen der Rechtsbeschwerde jedenfalls im Ergebnis stand.

**17 aa)** Ohne Erfolg rügt die Antragsgegnerin, das Beschwerdegericht habe die Beschwerdebefugnis der beteiligten Gewerkschaft zu Unrecht angenommen, da die vorgelegte Urkunde eine Beschäftigung des nicht namentlich genannten Gewerkschaftsmitglieds bei der F. GmbH erst ab April 2018 belege, nicht aber für die Zeitpunkte der Umwandlung und des Ablaufs der Beschwerdefrist.

**18** Das Beschwerdegericht ist ersichtlich davon ausgegangen, dass das Arbeitsverhältnis des Gewerkschaftsmitglieds bei der F. GmbH in dem für die Beurteilung der Beschwerdebefugnis rechtlich maßgebenden Zeitraum vorlag, der nach vorherrschender Auffassung in Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit mit dem Erlass der angefochtenen Entscheidung beginnt (vgl. BGH, Beschluss vom 18. Januar 1989 – IVb ZB 208/87, NJW 1989, 1858; KGR Berlin 1999, 259 f.; Müther in Bork/Jacoby/Schwab, FamFG, 3. Aufl., § 59 Rn. 13; Zöller/Feskorn, ZPO, 32. Aufl., § 59 FamFG Rn. 6; a.A. Abramenko in Prütting/Helms, FamFG, 4. Aufl., § 59 Rn. 10).

**19** Die Rechtsbeschwerde weist zwar zutreffend darauf hin, dass die zu den Akten gereichte Urkunde die Vorlage einer Gehaltsbescheinigung lediglich für April 2018 bestätigt. Das Beschwerdegericht war aber nicht gehindert, hieraus den Schluss zu ziehen, dass das Arbeitsverhältnis schon in der Zeit davor bestanden habe, zumal die Antragsgegnerin nach Vorlage der Urkunde im Beschwerdeverfahren nicht mehr auf ihren Einwand zurückgekommen ist, dass die Gewerkschaft schon nicht beschwerdebefugt sei. Der Senat teilt diese Einschätzung des Beschwerdegerichts.

**20** Im Übrigen hätte selbst eine fehlende Beschwerdebefugnis der Gewerkschaft für das vom Antragsteller eingeleitete Statusverfahren keine weitergehenden Auswirkungen. Die Endentscheidung wirkt für und gegen alle (§ 99 Abs. 5 Satz 2 AktG). Die gerichtlichen Kosten des Verfahrens sind von der Gesellschaft zu tragen, soweit sie nicht dem Antragsteller auferlegt werden; im Übrigen findet keine Kostenerstattung statt (§ 23 Nr. 10 GNotKG, § 99 Abs. 6 AktG). Ferner war die Gewerkschaft unabhängig von der Zulässigkeit ihrer Beschwerde jedenfalls ab April 2018 berechtigt, sich an dem vom Antragsteller betriebenen Verfahren zu beteiligen.

**21 bb)** Die angefochtene Entscheidung hält auch in der Sache rechtlicher Nachprüfung stand. Das Beschwerdegericht hat jedenfalls im Ergebnis zutreffend angenommen, dass der Antrag auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen nicht zurückgewiesen werden kann und es einer weiteren Aufklärung des Sachverhalts im Hinblick auf die vor der Eintragung der SE anzuwendenden Mitbestimmungsregelungen bedarf.

**22 (1)** Die Zulässigkeit des Antrags hat das Beschwerdegericht zu Recht bejaht. Hiergegen erinnert die Rechtsbeschwerde auch nichts.

**23 (2)** Die im Statusverfahren festzulegende Zusammensetzung des Aufsichtsrats der Antragsgegnerin bestimmt sich aufgrund der Umstände des Streitfalls danach, wie der Aufsichtsrat vor der Umwandlung nach den einschlägigen gesetzlichen Vorschriften zusammengesetzt war.

**24 (a)** Die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Organen einer SE richtet sich gemäß § 47 Abs. 1 Nr. 1 SEBG allein nach diesem Gesetz. Durch das SEBG ist die zeitgleich mit der Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE) (SE-VO) erlassene Richtlinie 2001/86/EG des Rates zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Gesellschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer (SE-Ergänzungsrichtlinie) in deutsches Recht umgesetzt worden. Nach Art. 13 Abs. 2 der SE-Ergänzungsrichtlinie finden einzelstaatliche Rechtsvorschriften in Bezug auf die Mitbestimmung der

Arbeitnehmer in den Gesellschaftsorganen, die nicht zur Umsetzung der Richtlinie dienen, keine Anwendung auf Gesellschaften in der Rechtsform der SE. Die Bestimmungen des Mitbestimmungs- und des Drittelbeteiligungsgesetzes sind auf die SE zudem deshalb nicht unmittelbar anwendbar, weil sie nicht zu den in § 1 Abs. 1 Nr. 1 MitbestG und § 1 DrittelbG abschließend aufgelisteten Gesellschaftsformen zählt.

**25** Nach dem SEBG besteht eine Mitbestimmung der Arbeitnehmer durch eine Beteiligung in Organen der SE nur dann, wenn zwischen den Leitungen der Gründungsgesellschaften und dem gemäß § 5 SEBG zusammengesetzten besonderen Verhandlungsgremium eine Vereinbarung getroffen wurde, die die Mitbestimmung vorsieht (§ 21 Abs. 3 bis 6 SEBG), oder wenn die Voraussetzungen der Mitbestimmung kraft Gesetzes gemäß §§ 34 ff. SEBG vorliegen.

**26 (b)** Das Beschwerdegericht hat auf der Grundlage der getroffenen Feststellungen zu Recht angenommen, dass im Streitfall die Anwendung der Auffangregelungen nach §§ 34 ff. SEBG in Betracht kommt. Eine Vereinbarung nach § 21 SEBG ist nicht getroffen worden. Die Anwendung der §§ 34 ff. SEBG schied zwar auch dann aus, wenn das besondere Verhandlungsgremium gemäß § 16 SEBG wirksam beschlossen hätte, keine Verhandlungen aufzunehmen oder bereits aufgenommene Verhandlungen abzubrechen (§ 34 Abs. 1, § 22 Abs. 1 Nr. 2 SEBG). Einen solchen Beschluss hat das Landgericht aber nicht festgestellt und das Beschwerdegericht ist auf dieser Grundlage im Rahmen der ihm obliegenden Rechtsprüfung (§ 99 Abs. 3 Satz 3 AktG) rechts- und verfahrensfehlerfrei davon ausgegangen, dass eine Beschlussfassung nach § 16 SEBG unterblieben ist.

**27** Die erstmals im Rechtsbeschwerdeverfahren vorgebrachte Behauptung der Antragsgegnerin, das besondere Verhandlungsgremium habe beschlossen, keine Verhandlungen aufzunehmen, wie sich aus der Kürze der bis zur Eintragung der SE im Handelsregister verstrichenen Zeit ergebe, ist nicht mehr zu berücksichtigen (§ 99 Abs. 1 AktG, § 74 Abs. 3 Satz 4 FamFG, § 559 Abs. 1 ZPO). Die Rechtsbeschwerde erhebt insoweit schon deshalb keine durchgreifende Verfahrensrüge, weil ihr Vorbringen nicht erkennen lässt, dass die tatsächlichen Voraussetzungen für eine wirksame Beschlussfassung nach § 16 SEBG erfüllt gewesen seien. Eine auf äußere Abläufe gestützte Vermutung genügt nicht. Das Beschwerdegericht war zudem – auch in Anbetracht des Zeitablaufs bis zur Eintragung der SE – nicht gehalten, von Amts wegen der Frage nachzugehen, ob ein Beschluss nach § 16 SEBG gefasst worden ist. Es durfte vielmehr davon ausgehen, dass die im Beschwerdeverfahren anwaltlich vertretene Antragsgegnerin für sie

vorteilhafte Umstände, die von dem Sachverhalt, den das Landgericht zugrunde gelegt hatte, in einem wesentlichen Punkt abweichen, von sich aus geltend machen und ihre Nichtberücksichtigung gegebenenfalls rügen werde (vgl. OLG Zweibrücken, ZIP 2005, 1966 f.; OLG Düsseldorf, ZIP 1997, 546, 547).

**28 (c)** In dem hier gegebenen Fall einer durch formwechselnde Umwandlung gegründeten SE finden die §§ 35 bis 38 SEBG nur Anwendung, wenn in der Gesellschaft vor der Umwandlung Bestimmungen über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Aufsichts- oder Verwaltungsorgan galten (§ 34 Abs. 1 Nr. 1 SEBG). Ist diese Voraussetzung erfüllt, bleibt die Regelung zur Mitbestimmung erhalten, die in der Gesellschaft vor der Umwandlung bestanden hat (§ 35 Abs. 1 SEBG).

**29** Die Auslegung dieser Vorschriften ist insbesondere hinsichtlich der Frage umstritten, worauf für die Beurteilung des vor der Umwandlung gegebenen Anknüpfungstatbestandes abzustellen ist. Teilweise wird die Auffassung vertreten, dass es für das Mitbestimmungsstatut der SE auf die in der Gründungsgesellschaft tatsächlich praktizierte Mitbestimmung, mithin den „Ist-Zustand“, ankomme (LG München I, ZIP 2018, 1546, 1548; LG Frankfurt a.M., Beschluss vom 21. Dezember 2017 – 3–05 O 81/17, juris Rn. 17 f.; *Oetker* in Lutter/Hommelhoff/Teichmann, SE-Kommentar, 2. Aufl., § 34 SEBG Rn. 15; MünchKommAktG/Jacobs, 4. Aufl., § 34 SEBG Rn. 5 und § 35 SEBG Rn. 2; *Hohenstatt/Müller-Bonanni* in Habersack/Drinhausen, SE-Recht, 2. Aufl., § 34 SEBG Rn. 6 und § 35 SEBG Rn. 2; *Habersack*, AG 2018, 823, 828 f.; *Seibt*, ZIP 2010, 1057, 1064; *Mückl*, BB 2018, 2868 ff.; *Schapers*, EWIR 2018, 615 f.).

**30** Andere wollen auf die in der Gründungsgesellschaft gesetzlich gebotene Mitbestimmung, den „Soll-Zustand“, abstellen (*Sagan* in Boecken/Düwell/Diller/Hannau, Gesamtes Arbeitsrecht, § 34 SEBG Rn. 3; *Rudolph* in Annuß/Kühn/Rudolph/Rupp, EBRG, § 34 SEBG Rn. 6; *Forst* in Gaul/Ludwig/Forst, Europäisches Mitbestimmungsrecht, § 2 Rn. 464; *Cannistra*, Das Verhandlungsverfahren zur Regelung der Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei Gründung einer Societas Europaea und bei Durchführung einer grenzüberschreitenden Verschmelzung, 2014, S. 199 f.; *Grambow*, BB 2012, 902; *Kienast*, DB 2018, 2487 f.; *Ziegler/Gey*, BB 2009, 1750, 1756), wobei einige annehmen, dass das tatsächlich praktizierte Mitbestimmungsstatut zwar zunächst fortgelte, aber im Wege des Statusverfahrens auch nach Gründung der SE noch an den vor Gründung geltenden Sollzustand angepasst werden könne (*Rieble* in Rieble/Junker, Vereinbarte Mitbestimmung in der SE, 2008, § 3 Rn. 128 ff., Rn. 140; *Düwell/Sick*, BetrVG, 5. Aufl., Europäische Aktiengesellschaft (SE) pp. Rn. 14; *Behme*, EWIR 2018,

333, 334; *Kurzböck/Weinbeck*, DB 2019, 244, 246; *Gesell/Berjasevic*, DB 2018, 1716, 1717).

**31 (d)** Welcher dieser Meinungen zu folgen ist, bedarf in der vorliegenden Sache keiner abschließenden Entscheidung; insbesondere kann offenbleiben, ob grundsätzlich auf den „Ist-Zustand“ oder den „Soll-Zustand“ abzustellen ist.

**32 (aa)** Allerdings bedarf die mögliche Anknüpfung an einen in der Gründungsgesellschaft noch nicht praktizierten „Soll-Zustand“ stets eines geregelten Verfahrens, um rechtlich wirksam zu werden. Sofern vor der Umwandlung keine Vereinbarung über die Mitbestimmung geschlossen wurde, erfordert eine Änderung der Zusammensetzung des Aufsichtsorgans zur Umsetzung der vor der Umwandlung rechtlich gebotenen Mitbestimmung die Durchführung eines Statusverfahrens nach den §§ 97 ff. AktG. Das Statusverfahren ist, wie sich aus § 17 Abs. 4 Satz 1 SEAG erschließt, auch auf die SE anwendbar (*Habersack* in Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, 4. Aufl., § 34 SEBG Rn. 30; *Hopt/Roth* in Großkomm. AktG, 5. Aufl., § 98 Rn. 5; *Seibt*, ZIP 2010, 1057, 1064). Damit gilt das in § 96 Abs. 4 AktG normierte Kontinuitätsprinzip auch für die SE. Hieraus hat das Beschwerdegericht zu Recht gefolgert, dass auch in einer SE die Änderung der Zusammensetzung des Aufsichtsrats erst mit dem Abschluss des Statusverfahrens wirksam wird und der gewählte Aufsichtsrat bis dahin in seiner konkreten Zusammensetzung rechtmäßig bestehen bleibt.

**33** Hiermit ist indes nicht die Frage beantwortet, ob es für die gesetzlich gebotene, gegebenenfalls im Wege eines Statusverfahrens durchsetzbare, Zusammensetzung des Aufsichtsrats auf den vor der Umwandlung bestehenden „Ist-Zustand“ oder den „Soll-Zustand“ ankommt.

**34 (bb)** Im Streitfall kann diese Frage jedoch offenbleiben, weil das hier anhängige Statusverfahren bereits vor der Eintragung der SE in das Handelsregister und damit vor dem für den Vollzug der formwechselnden Umwandlung maßgebenden Zeitpunkt (§ 202 UmwG) eingeleitet worden ist. Infolge dieses Umstandes käme es auch unter der Prämisse, dass grundsätzlich auf den „Ist-Zustand“ abzustellen sei, entscheidend darauf an, wie der Aufsichtsrat vor der Umwandlung nach den einschlägigen gesetzlichen Vorschriften richtigerweise zusammenzusetzen war.

**35** Ist ein Statusverfahren vor der Eintragung der SE in das Handelsregister eingeleitet worden, prägt dieser tatsächliche Umstand den vor der Umwandlung bestehenden „Ist-Zustand“ mit. Das anhängige Statusverfahren nimmt der bis dahin praktizierten Regelung ihre Verbindlichkeit für den

Mitbestimmungsstatus der SE und öffnet die bisherige Handhabung für eine Korrektur nach Maßgabe der einschlägigen Mitbestimmungsregeln (vgl. Habersack, AG 2018, 823, 829; a. A. wohl Mückl, BB 2018, 2868, 2871).

**36** Dafür, dass diese Korrekturmöglichkeit mit der Eintragung der SE in das Handelsregister nicht entfällt, sondern auch im Hinblick auf das Aufsichtsorgan der SE erhalten bleibt, sprechen entscheidend Ziel und Zweck des SEBG und der ihm zugrunde liegenden Ergänzungsrichtlinie.

**37** Fundamentalere Grundsatz und erklärtes Ziel der Richtlinie ist gemäß Erwägungsgrund 18 die Sicherung erworbener Rechte der Arbeitnehmer über ihre Beteiligung an Unternehmensentscheidungen. Die vor der Gründung einer SE bestehenden Rechte der Arbeitnehmer sollten deshalb Ausgangspunkt auch für die Gestaltung ihrer Beteiligungsrechte in der SE sein (Vorher-Nachher-Prinzip). § 1 SEBG greift diese Zielvorgabe auf und sieht in Abs. 3 vor, die Vorschriften des SEBG so auszulegen, dass die Ziele der Europäischen Union, die Beteiligung der Arbeitnehmer in der SE sicherzustellen, gefördert werden. Für den Fall der SE-Gründung durch formwechselnde Umwandlung gilt das Vorher-Nachher-Prinzip besonders streng (vgl. § 15 Abs. 5, § 21 Abs. 6 SEBG). Der Gesetzgeber hat in Übereinstimmung mit dem Unionsrecht die Gefahr, dass die Mitbestimmung der Arbeitnehmer beeinträchtigt wird, bei der SE-Gründung durch formwechselnde Umwandlung als besonders hoch eingeschätzt. Eine „Flucht aus der Mitbestimmung“ durch Umwandlung in eine SE sollte nach Möglichkeit unterbunden werden.

**38** Einer solchen „Flucht aus der Mitbestimmung“ könnte aber, wie das Beschwerdegericht zutreffend aufgezeigt hat, Vorschub geleistet werden, wenn ein Mitbestimmungsstatut dauerhaft festgeschrieben würde, obwohl dessen Übereinstimmung mit den anwendbaren Mitbestimmungsvorschriften durch die Einleitung eines Statusverfahrens bereits auf den Prüfstand gestellt wurde. Da die Einleitung eines Statusverfahrens die Gründung der SE durch Eintragung in das Handelsregister nicht hindert (Habersack, AG 2018, 823, 828 mwN), könnte mit der Eintragung der SE einem bis dahin noch nicht rechtskräftig beendeten Statusverfahren der Prüfungsgegenstand entzogen und die weitere gerichtliche Überprüfung vereitelt werden. In diesem Zusammenhang hat das Beschwerdegericht zu Recht darauf hingewiesen, dass die Dauer eines Statusverfahrens von Umständen außerhalb der Einwirkungsmöglichkeiten der Antragsteller abhängen und gegebenenfalls durch ein auf Verfahrensverzögerung ausgerichtetes Prozessverhalten der Antragsgegenseite beeinflusst werden kann.

## Nachweis der Vertretungsberechtigung eines director einer englischen private limited company

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; BNotO § 21, § 24 Abs. 1 S. 1

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 „einzelvertretungsberechtigter 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. (Rn. 15)

OLG Düsseldorf (3. Zivilsenat), Beschluss vom 07.08.2019 – 3 Wx 64/17

### I. Sachverhalt:

1 Mit Antrag vom 27. Dez. 2016 meldete die Gesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister an:

„Die persönlich haftende, alleinige Gesellschafterin, ..., tritt unter Verzicht auf die Einhaltung von Form- und Fristvorschriften mit sofortiger Wirkung aus der Gesellschaft aus und der alleinige Kommanditist, ..., nimmt diese Austrittserklärung mit sofortiger Wirkung an.

Die Gesellschaft ist damit aufgelöst und erloschen und der alleinige Kommanditist ... übernimmt ohne Liquidation das verbleibende Vermögen mit allen Aktiva und Passiva der Gesellschaft im Wege der Gesamtrechtsnachfolge durch Anwachsung gem. § 738 BGB.“

2 Unterschrieben hat der Kommanditist ... als „einzelvertretungsberechtigter Direktor der persönlich haftenden Gesellschafterin ... LTD“.

3 Auf die Aufforderung des Registergerichts an den Notar, einen aktuellen Vertretungsnachweis vorzulegen, hat der Notar am 12. Jan. 2017 eine Notarbescheinigung gem. § 24 Abs. 1 Satz 1 BNotO vorgelegt. Danach hat er „auf-

grund heutiger Einsicht“ bescheinigt, dass die LTD. unter der näher bezeichneten Registernummer und als deren alleiniger Direktor der Kommanditist registriert sind.

4 Weiter heißt es in der Bescheinigung:

„Nach § 13.1 des Gesellschaftsvertrages ... besitzt der alleinige Director Einzelvertretungsbefugnis.“

5 Das Registergericht hat mit dem angefochtenen Beschluss den Eintragungsantrag zurückgewiesen. Die Notarbescheinigung sei nicht ausreichend. Hinzutreten müsse die Einsicht in die Unterlagen der Gesellschaft. Das sei weder erfolgt noch bescheinigt. Nicht belegt sei auch, dass ein Protokollbuch nicht geführt werde.

6 Gegen diese Entscheidung beschwert sich die Gesellschaft. Der Notar habe ausgeführt, in den Gesellschaftsvertrag eingesehen zu haben. Da nur ein Director bestellt und aktiv sei, könne dessen Vertretungsmacht nicht eingeschränkt sein und es auch kein „minute book“ / Protokollbuch geben.

7 Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der Registerakte Bezug genommen.

## ► II. Aus den Gründen:

8 Die Sache ist infolge der mit weiterem Beschluss des Registergerichts vom 27. März 2017 erklärten Nichtabhilfe dem Senat zur Entscheidung angefallen (§ 68 Abs. 1 Satz 1, 2. Halbs. FamFG).

9 Es ist als befristete Beschwerde statthaft 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.

10 Es erweist sich jedoch in der Sache als unbegründet. Denn die organschaftliche Vertretungsberechtigung des Kommanditisten für die persönlich haftende Gesellschafterin, die englische LTD. ist nicht hinreichend nachgewiesen.

11 Die Grundsätze, nach denen der Senat die Möglichkeit eines Nachweises der Vertretungsberechtigung eines director einer englischen private limited company beurteilt, sind der 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.

12 Der Senat hat in einer anderen Sache vor kurzem zu der Möglichkeit eines Nachweises der Vertretungsberechtigung eines director einer englischen private limited company im Handelsregisterverfahren folgendes ausgeführt:

„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.

Die im erwähnten Senatsbeschluss von 2014 behandelten Beschränkungen der Nachweisführung durch gutachterliche Stellungnahme eines deutschen Notars wurzelten 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 (SchIHOLG NJW-RR 2012, 1063 ff; OLG Nürnberg a.a.O. m.w.Nachw.).

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.

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).“

(I-3 Wx 138/18 Beschluss vom 18. Juli 2019, noch nicht veröffentlicht)

**13** Hieran hält der Senat fest.

**14** Bei Anwendung dieser Grundsätze kann die Notarbescheinigung vom 12. Jan. 2017 als Nachweis der Vertretungsbefugnis nicht genügen.

**15** Aus ihr ergibt sich lediglich, 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. Dass der Notar darüber hinaus auch die beim Register aufbewahrten Unterlagen eingesehen hat, belegt die Bescheinigung hingegen nicht. Vielmehr heißt es dazu lediglich, dass nach § 13.1 des Gesellschaftsvertrages

... der alleinige Director Einzelvertretungsbefugnis besitze. Auf welcher Grundlage der Notar den Inhalt dieser Vorschrift des Gesellschaftsvertrages bescheinigt, gibt er gerade nicht an. Es mag sein, dass der Notar den im englischen Handelsregister – wie die Gesellschaft geltend macht – öffentlich zugänglichen Gesellschaftsvertrag hätte einsehen können. Dass er dies tatsächlich getan hat, bescheinigt er aber nicht. Es mag auch zutreffend sein – wie die Gesellschaft ausführt, dass es kein „minute book“ / Protokollbuch, weil keinen Verwaltungsrat bzw. kein Direktorium gibt. Auch dazu verhält sich jedoch die notarielle Bescheinigung nicht.

## KOSTENRECHT

## Anwendbarkeit des § 35 Abs. 2 GNotKG auf die Jahresgebühr nach Nr. 11104 KV GNotKG

BGB § 1911; GNotKG §§ 34, 35, 79; GNotKG KV Nr. 11104

Die Höchstgrenze des § 35 Abs. 2 GNotKG ist auf die linear ansteigende Jahresgebühr nach Nr. 11104 KV GNotKG nicht anwendbar.

OLG Köln, Beschl. v. 8.7.2019 – 2 Wx 190/19

### I. Sachverhalt:

1 Durch Beschluss vom 20.04.2018 hat das Amtsgericht – Betreuungsgericht – Köln (55 X 1/18) eine Abwesenheitspflegschaft für die Vermögensangelegenheiten des Herrn P., der derzeit unbekanntes Aufenthaltsort ist, angeordnet und die Beteiligte zu 1) als Abwesenheitspflegerin und die Beteiligte zu 2) als Gegenpflegerin bestellt. Mit Schriftsatz vom 31.07.2018 hat die Beteiligte zu 2) ein Verzeichnis über das Vermögen des Abwesenden zum Stichtag des 20.04.2018 vorgelegt, aus welchem sich – ohne Berücksichtigung einer später ausgeschlagenen Erbschaft – bereinigte Aktiva in Höhe eines ganz erheblich 30 Mio. € übersteigenden Betrages ergeben.

2 Mit Kostenansatz vom 26.09.2018, der Beteiligten zu 1) mitgeteilt von der Zentralen Zahlstelle der Justiz mit Rechnung vom 27.09.2018, hat das Betreuungsgericht eine Gebühr für das Jahr der Anordnung und das Folgejahr 2018/2019 bei einer Dauerpflegschaft gem. KV Nr. 11104 (GNotKG) in Höhe von mehr als 2 Mio. € zuzüglich einer Pauschale für Zustellungen in Höhe von 3,50 € in Ansatz gebracht, wobei es das seitens der Beschwerdeführerin mitgeteilte Vermögen zugrunde gelegt hat. Hiergegen hat die Beteiligte zu 1) mit Schriftsatz vom 18.10.2018 Erinnerung eingelegt und beantragt, den Geschäftswert für das Abwesenheitspflegschaftsverfahren angemessen, höchstens jedoch auf 30 Millionen Euro für jedes angefangene Kalenderjahr festzusetzen (Bl. 142 ff. d.A.).

3 Durch Beschluss vom 22.10.2018 hat das Betreuungsgericht den Geschäftswert für die zu erhebenden Gebühren auf der Grundlage des mitgeteilten bereinigten Aktivwertes des Vermögens festgesetzt. Zur Begründung hat es ausgeführt, dass die in Ansatz gebrachte Gebühr Nr. 11104 KV GNotKG keine Tabellengebühr gem. Tabelle A oder B

sei. Der Geschäftswert sei daher nicht der Höhe nach zu begrenzen. Durch weiteren Beschluss vom 24.10.2018 hat es die Erinnerung der Beteiligten zu 1) vom 18.10.2018 gegen den Kostenansatz zurückgewiesen (Bl. 156 ff. d.A.).

4 Gegen den der Beteiligten zu 1) am 24.10.2018 zugestellten Beschluss vom 22.10.2018 hat diese mit am 22.11.2018 beim Amtsgericht Köln eingegangenen Schriftsatz vom 21.11.2018 Beschwerde eingelegt (Bl. 170 ff. d.A.), gegen den Beschluss vom 24.10.2018 hat die Beteiligte zu 1) mit am 26.11.2018 beim Amtsgericht Köln eingegangenen Schriftsatz vom 22.11.2018 ebenfalls Beschwerde eingelegt (Bl. 181 ff. d.A.). Zur Begründung hat sie sich auf § 35 GNotKG gestützt und die Auffassung vertreten, dass verfassungsrechtliche Gründe der Höhe nach unbegrenzten Gebühren entgegenstünden. Bezüglich der Einzelheiten ihres Vorbringens wird auf den Inhalt ihrer Schriftsätze vom 21.11.2018 und 22.11.2018 Bezug genommen.

5 Durch Beschlüsse vom 23.11.2018 und 27.11.2018 hat das Betreuungsgericht den Beschwerden der Beteiligten zu 1) nicht abgeholfen und die Sachen dem Landgericht Köln zur Entscheidung vorgelegt (Bl. 188 f., 211 f. d.A.).

6 Mit Schreiben vom 12.12.2018, auf dessen Inhalt Bezug genommen wird (Bl. 213 ff. d.A.), hat die Beteiligte zu 3) beantragt, den Beschluss des Betreuungsgerichts vom 22.10.2018 aufzuheben, hilfsweise die Beschwerde gegen diesen Beschluss zurückzuweisen und auch die Beschwerde gegen den Beschluss vom 24.10.2018 zurückzuweisen. Zudem hat sie Erinnerung gegen den Kostenansatz eingelegt.

7 Die Beteiligte zu 2) hat mit Schriftsatz vom 08.01.2019 Stellung genommen und sich der Rechtsauffassung der Beteiligten zu 1) angeschlossen (Bl. 251 ff. d.A.).

8 Durch Beschluss vom 27.02.2019 (in der berichtigten Fassung des Beschlusses vom 12.03.2019) hat das Landgericht die Geschäftswertbeschwerde vom 21.11.2018 gegen den Geschäftswertbeschluss des Betreuungsgerichts vom 22.10.2018 zurückgewiesen und insoweit die weitere Beschwerde zugelassen (1 T 459/18). Das Verfahren über die Beschwerde vom 22.11.2018 gegen den Beschluss des Betreuungsgerichts vom 24.10.2018, durch den die Erinnerung gegen den Kostenansatz zurückgewiesen worden ist, hat das Landgericht bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung über die Geschäftswertfestsetzung ausgesetzt (1 T 64/19). Bezüglich der Einzelheiten der Begründung wird auf den Inhalt des Beschlusses vom 27.02.2019 (in der berichtigten Fassung des Beschlusses vom 12.03.2019) Bezug genommen (Bl. 251 ff., 276 ff. d.A.).

9 Mit am 19.03.2019 beim Amtsgericht Köln eingegangenen Schriftsatz vom selben Tag hat die Beteiligte zu 1) weitere Beschwerde gegen den am 05.03.2019 zugestellten Beschluss des Landgerichts vom 27.02.2019 be-

treffend die Geschäftswertfestsetzung eingelegt und beantragt, den Beschluss des Landgerichts Köln vom 27.02.2018 sowie des Amtsgerichts Köln vom 22.10.2018 aufzuheben und den Geschäftswert angemessen, höchstens jedoch auf 30 Millionen Euro für jedes Kalenderjahr der Dauerpflegschaft festzusetzen. Mit Schriftsatz vom 06.05.2019, auf dessen Inhalt Bezug genommen wird, hat die Beteiligte zu 1) ihre Beschwerde begründet (Bl. 289 ff. d.A.).

**10** Die Bezirksrevisorin ist der weiteren Beschwerde mit Schriftsatz vom 22.05.2019, auf dessen Inhalt Bezug genommen wird, entgegengetreten und hat Zurückweisung der weiteren Beschwerde beantragt (Bl. 324 f. d.A.).

**11** Durch Beschluss vom 12.06.2019 hat das Landgericht der weiteren Beschwerde in der Hauptsache nicht abgeholfen und die Sache dem Oberlandesgericht Köln zur Entscheidung vorgelegt (Bl. 327 ff. d.A.).

## ▶ II. Aus den Gründen:

**12** Die weitere Beschwerde ist gem. §§ 83 Abs. 1 S. 5, 81 Abs. 4 GNotKG zulässig. Sie richtet sich gegen eine Beschwerdeentscheidung des Landgerichts, das die weitere Beschwerde zugelassen hat. Die weitere Beschwerde stützt sich auf eine Verletzung des Rechts und ist auch im Übrigen in zulässiger Weise beim zuständigen Oberlandesgericht Köln eingelegt worden.

**13** In der Sache hat die weitere Beschwerde keinen Erfolg.

**14** Der Wertfestsetzung des Betreuungsgerichts gem. § 79 Abs. 1 S. 3 GNotKG durch Beschluss vom 22.10.2018 steht nicht entgegen, dass es sich bei dem festgesetzten Betrag nicht um einen den Tabellen A oder B zugrunde liegenden Geschäftswert handelt, sondern um den Wert des von der Abwesenheitspflegschaft erfassten Vermögens. Eine Wertfestsetzung gem. § 79 GNotKG kommt auch bei Dauerbetreuungen oder -pflegschaften in Betracht, wenn sich die Gebühr nach dem Wert des Vermögens richtet (zur KostO: BayObLG, Beschluss vom 24.07.1996 – 3Z 116/96, Rpfleger 1997, 86). Hierfür spricht, dass der Kostenbeamte im Regelfall nicht mit der Wertermittlung belastet werden soll.

**15** Das Betreuungsgericht hat den Wert für die zu erhebenden Gebühren nach dem Vermögen des Abwesenden festgesetzt. Das Vermögen beträgt ..... €. Danach ist die Jahresgebühr zu berechnen. Die entsprechende Wertfestsetzung ist daher nicht zu beanstanden.

**16** Zu diesem Ergebnis ist auch die Kammer gelangt und hat hierzu in dem angefochtenen Beschluss vom 27.02.2019 u.a. Folgendes ausgeführt:

**17** „Der Wert war hingegen nicht – wie die Beschwerde meint – gemäß § 35 Abs. 2 GNotKG auf höchstens 30 Millionen Euro festzusetzen. Für die Anwendung dieser Vorschrift ist kein Raum.

**18** Die Vorschrift ist zunächst nicht unmittelbar anwendbar. Dies ergibt sich bereits aus ihrem Wortlaut, wonach die Höchstwerte nach dieser Vorschrift dann anzuwenden sind, wenn Tabelle A bzw. Tabelle B anzuwenden sind. Die Jahresgebühr nach Nr. 11104 KV ist jedoch keine Gebühr, welche sich nach einer dieser beiden Gebührentabellen ermittelt. Es handelt sich vielmehr um eine linear ansteigende Gebühr, welche unmittelbar – ohne jede weitere Vorgabe aus einer Tabelle – als prozentualer Anteil aus dem Vermögen des Verschollenen berechnet wird. Auch die systematische Stellung des § 35 Abs. 2 GNotKG spricht gegen eine Anwendbarkeit auf die vorliegend in Rede stehende Jahresgebühr. Wie auch § 34 GNotKG trifft § 35 Abs. 2 GNotKG eine Regelung ausschließlich für Wertgebühren und ist auf Jahresgebühren daher nicht anwendbar (Bormann, in: Korintenberg, GNotKG, 20. Aufl. 2017, § 35 Rn. 17; Heinemann, in: Schneider/Volpert/Fölsch, Gesamtes Kostenrecht, 2. Aufl. 2017, § 35 GNotKG Rn. 7; Soutier, in: BeckOK Kostenrecht, Dörndorfer/Neie/Wendtland, Gerlach, 24. Edition, Stand 01.09.2018, § 35 GNotKG Rn. 5).

**19** Auch eine analoge Anwendung der Vorschrift kommt nicht in Betracht. Die analoge Anwendung einer Vorschrift würde voraussetzen, dass das Gesetz eine planwidrige Regelungslücke enthält und ein dem normierten Fall vergleichbarer Fall vorliegt, so dass angenommen werden kann, dass der Gesetzgeber bei einer Interessenabwägung nach den Grundsätzen, von denen er sich bei Erlass der herangezogenen Normen hat leiten lassen, zum gleichen Abwägungsergebnis gekommen wäre (Nachweise bei Grüneberg, in: Palandt, BGB, 78. Aufl. 2019, Einleitung Rn. 48). Diese Voraussetzungen liegen nicht vor. Es fehlt zwar eine dem § 35 Abs. 2 GNotKG entsprechende Normierung von Höchstgrenzen für Jahresgebühren im GNotKG. Diese Regelungslücke erscheint jedoch nicht planwidrig. Bei Abfassung des GNotKG war sich der Gesetzgeber erkennbar durchaus bewusst, dass es andere Gebühren gibt als Wertgebühren, wie unverkennbar in § 3 Abs. 1 GNotKG zum Ausdruck kommt: Dort wird die Wertgebühr zwar zur Standardgebühr erklärt, abweichende Gebührenarten sind jedoch erkennbar als andere Möglichkeit erwähnt.

**20** Zudem scheidet eine entsprechende Anwendung auch an der Vergleichbarkeit der beiden Gebührenarten. Während die Jahresgebühr nach Nr. 11104 KV linear ansteigt und als solche eher Züge einer Festgebühr trägt (vgl. Diehn, in: Korintenberg, GNotKG, 20. Aufl. 2017, § 34 Rn. 14), sind die Wertgebühren nach den Tabellen A

und B, welche durch § 35 Abs. 2 GNotKG (richtig: §§ 34, 35 GNotKG) geregelt sind, gemäß § 34 Abs. 2 GNotKG und der Anlage 2 zum GNotKG degressiv ansteigend. Da bei den Wertgebühren durch den degressiven Anstieg bei höheren Geschäftswerten eine in Relation zum Geschäftswert geringere Gebühr anfällt, scheint die Kappung der Gebühren über die Höchstgrenze des § 35 Abs. 2 GNotKG noch systemverträglich, wenn gleich selbst diese teilweise für verfassungsrechtlich bedenklich gehalten wird (vgl. dazu Bormann, in: Korintenberg, GNotKG, 20. Aufl., Rn. 25). Die Anwendung einer Höchstgrenze wie in § 35 Abs. 2 GNotKG auf eine linear ansteigende Gebühr wie die Jahresgebühr nach Nr. 11104 KV erscheint hingegen systemwidrig, wobei sogar zu erwägen wäre, ob hierin nicht ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG gesehen werden könnte.

**21** Soweit die Beschwerde die Gesetzesbegründung nach der Bundestags-Drucksache 17/11471, S. 299 zitiert, spricht auch diese nach Auffassung der Kammer eher gegen als für die analoge Anwendung des § 35 Abs. 2 GNotKG. Ziel des Gesetzgebers war es gerade, aufwandsangemessene Gebühren gerade für Betroffene, die über ausreichendes Vermögen verfügen, vorzusehen, nachdem die in der Vergangenheit erhobenen Gebühren nicht mehr kostendeckend waren und daher eine Anhebung erforderlich war.

**22** Schließlich gebieten verfassungsrechtliche Argumente eine Anwendung des § 35 Abs. 2 GNotKG nicht. Insbesondere sind die Grundsätze der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 23.05.2006, 1 BvR 1484/99, zu § 92 KostO nicht übertragbar. Das Bundesverfassungsgericht hat dort nur festgestellt, dass es gegen den Gleichheitssatz verstößt, wenn die Gebühr für Fürsorgemaßnahmen, die sich auf die Personensorge beschränken, unbegrenzt das reine Vermögen zugrunde legt. Darum geht es bei der Gebührenvorschrift nach Nr. 11104 KV zum GNotKG jedoch nicht; die Abwesenheitspflegschaft beinhaltet vielmehr ausschließlich die Sorge um das Vermögen des Abwesenden gem. § 1911 BGB, so dass es nur konsequent ist, auch die Gebühren ausschließlich anhand dieses Vermögens zu bemessen. Auch die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts vom 23.05.2012, 1 BvR 2096/09, und vom 12.02.1992, 1 BvL 1/89, gebieten keine andere Sichtweise. Nach diesen Entscheidungen darf die dem Einzelnen auferlegte Gebühr nicht außer Verhältnis zu den mit der Gebührenregelung verfolgten Zwecken stehen. Ein sachgerechtes Verhältnis zwischen Gebührenhöhe und den verfolgten Zwecken besteht jedoch vorliegend. Insoweit kommt es nicht ausschließlich auf den tatsächlich durch das Verfahren bei den Gerichten verursachten Aufwand an. Vielmehr ist auch etwa das

Haftungsrisiko zu berücksichtigen, welches im Verhältnis zum Vermögen des Abwesenden selbstverständlich proportional steigt.“

**23** Diesen Ausführungen der Kammer schließt sich der Senat vollumfänglich an. Das Vorbringen der Beschwerdeführerin in der Begründung der weiteren Beschwerde greift nicht durch. Die Kammer hat hierzu in dem Beschluss vom 12.06.2019 noch Folgendes ausgeführt:

**24** „Hinzuzufügen ist mit Blick auf die Begründung der weiteren Beschwerde folgendes:

**25** Zunächst erscheint eine unmittelbare Anwendung des § 35 Abs. 2 GNotKG nicht, wie die weitere Beschwerde meint, deshalb möglich oder gar geboten, weil im Kostenverzeichnis zum GNotKG oberhalb der Spalte 3 der Tabelle, in welcher Nr. 11104 steht, u.a. „Tabelle A“ steht. Insoweit handelt es sich nur um einen Teil der Spaltenübersicht, die vollständig lautet „Gebühr oder Satz der Gebühr nach § 34 GNotKG – Tabelle A“. Die vollständige Überschrift verdeutlicht, dass in der entsprechenden Spalte des Kostenverzeichnisses entweder die „Gebühr“ oder „der Satz der Gebühr nach § 34 GNotKG – Tabelle A“ zu finden ist. In der Spalte selbst finden sich dann – je nach Gebührentatbestand – sowohl Jahresgebühren als auch Gebührensätze für Wertgebühren. Für den Fall der hier maßgeblichen Nr. 11104 findet sich in der relevanten Spalte aber eine „Gebühr“ und gerade kein „Satz der Gebühr nach § 34 GNotKG – Tabelle A“. Dabei weist der Zusatz „Tabelle A“ auch nur darauf hin, dass für die in diesem Bereich der dritten Spalte stehenden Gebührensätze Tabelle A, nicht Tabelle B anzuwenden ist. Eine Anwendung des für Wertgebühren konzipierten § 34 GNotKG mit seinen Tabellen auf die wenigen in der dritten Spalte des Kostenverzeichnisses stehenden Jahresgebühren ist schon logisch nicht möglich.

**26** Eine entsprechende Anwendung des § 35 Abs. 2 GNotKG scheidet ebenso aus. Zunächst wird insoweit auf die Ausführungen des angefochtenen Beschlusses verwiesen. Soweit die Beschwerdebegründung meint, eine Analogie sei geboten, weil vormals die Auskunftsgebühr nach § 89 Abs. 3 AO über eine analoge Anwendung des § 39 Abs. 2 GKG der Höhe nach begrenzt wurde, was mittlerweile sogar in § 89 Abs. 5 AO auch aufgenommen worden sei, ist dieser Fall nicht vergleichbar. § 89 Abs. 3 AO regelt die Gebühr für eine Auskunft. Hier handelt es sich um einen einmaligen Vorgang, nicht um eine fortlaufende Bearbeitung wie bei der Abwesenheitspflegschaft. Ferner ist § 89 Abs. 3 AO als Wertgebühr ausgestaltet; bei der Gebühr nach Nr. 11104 des Kostenverzeichnisses zum GNotKG handelt es sich gerade nicht um eine Wertgebühr, sondern um eine Jahresgebühr.

27 Wegen der Ausführungen der Beschwerdeschrift zur Gebührengerechtigkeit und Verfassungsmäßigkeit von Gebühren wird zunächst wiederum auf die angefochtene Entscheidung verwiesen. Sicherlich handelt es sich bei der Nr. 11104 des Kostenverzeichnisses zum GNotKG um eine Gebühr, welche in einem Gegenseitigkeitsverhältnis zu einer staatlichen Leistung steht. Die Kammer verkennt auch nicht, dass eine sachgerechte Verknüpfung zwischen Kosten und Gebührenhöhe bestehen muss. Gleichwohl ist eine Gebührenstaffelung und Typisierung, welche auch Grundsätzen der Praktikabilität und Wirtschaftlichkeit Rechnung trägt, zulässig, soweit damit den unterschiedlichen Ausmaßen in der erbrachten Leistung Rechnung getragen wird, so dass auf diese Weise die verhältnismäßige Gleichheit unter den Gebührenschuldern gewahrt wird (vgl. BVerfG, 06.02.1979, 2 BvL 5/76). Diesen Grundsätzen trägt die lineare Staffelung der Jahresgebühr nach Nr. 11104 des Kostenverzeichnisses zum GNotKG ausreichend – auch ohne analoge Anwendung des § 35 Abs. 2 GNotKG – Rechnung. Denn es ist so, dass „mit steigendem Vermögen typischerweise auch ein gesteigerter Prüfungsaufwand des Betreuungsgerichts und ein gesteigertes Haftungsrisiko des Staates verbunden ist“, wie es die Gesetzesbegründung sogar wörtlich formuliert (vgl. BT-Drucksache 17/11471, S. 300). Typischerweise wird sich der Rechtspfleger in der praktischen Arbeit an einer Abwesenheitspflegschaftssache, welcher ein hohes Vermögen zugrunde liegt, dieses hohen Vermögens und der Verantwortung dafür auch bewusst sein und seine Entscheidungen jeweils mit entsprechendem Zeitaufwand überdenken. Mitnichten würde daher mit einer Deckelung der Jahresgebühr analog § 35 Abs. 2 GNotKG den Grundsätzen der Gebührengerechtigkeit besser Rechnung getragen. Nach Ansicht der Kammer ist eher das Gegenteil der Fall; die Gebührengerechtigkeit ist ohne analoge Anwendung des § 35 Abs. 2 GNotKG besser gewahrt.“

28 Auch diese Erwägungen der Kammer teilt der Senat vollumfänglich.

## Erhebung der Jahresgebühr für die Betreuung bei einem Behindertentestament

GNotKG § 3 Abs. 2; GNotKG KV Nr. 11101

Ist einer betreuten Person durch sogenanntes Behindertentestament eine Erbschaft als nicht befreiter Vorerbin bei gleichzeitig angeordneter Dauertestamentsvollstreckung zugefallen, so ist der Nachlass bei der Ermittlung des Reinvermögens als Grundlage der gerichtlichen Jahresgebühr für eine Dauerbetreuung, die unmittelbar das Vermögen oder Teile des Vermögens zum Gegenstand hat, nicht werterhöhend zu berücksichtigen, weil nicht der Nachlass, sondern nur die Rechte des Erben gegenüber dem Testamentsvollstrecker Gegenstand der Betreuung sind (Aufgabe des Senatsbeschluss v. 14.9.2009 – 2 Wx 66/09, BeckRS 2015, 8022; Anschluss an OLG München FGPrax 2019, 89; entgegen OLG Celle FamRZ 2017, 1083; OLG Hamm FGPrax 2015, 278).

OLG Köln, Beschl. v. 19.9.2019 – 2 Wx 264/19

### I. Sachverhalt:

1 Der Beteiligte zu 1) wurde im Jahr 1988 wegen eines frühkindlichen Hirnschadens entmündigt; seit dem Jahr 1992 besteht eine rechtliche Betreuung für alle Angelegenheiten, auch für den Bereich der Vermögenssorge. Vormund, bzw. Betreuerin war zunächst seine Mutter; nach deren Versterben dann seine Schwester. Die Betreuung wurde zuletzt mit Beschluss vom 24.10.2012 bis zum 24.10.2019 verlängert (Bl. 429 d. A.).

2 Der Beteiligte zu 1) wohnt in einer Wohngruppe eines heilpädagogischen Heimes. Ausweislich des letzten Jahresberichtes seiner Betreuerin vom 16.11.2018 (Bl. 467 ff. d. A.) erhält er eine monatliche Rente in Höhe von 722,62 €, die an den LVR als Kostenträger übergeleitet ist. Aus Werkstatttätigkeit erhält er ein Arbeitsentgelt in Höhe von monatlich 182 €. Für ihn besteht ein Konto bei der KSK Köln, welches im November 2018 einen Kontostand von 747,74 € aufwies; sein Taschengeldkonto hatte einen Stand von 130,20 €. Außerdem verfügte er über eine Spareinlage von 307,66 €.

Nachdem der Vater des Erstbeschwerdeführers bereits im Jahr 1996 verstorbenen ist, verstarb am 19.3.2004 auch seine Mutter. Diese hatte am 19.12.1997 ein notarielles Testament errichtet, mit dem sie ihre drei Kinder jeweils zu gleichen Teilen als Erben eingesetzt hat, wobei

sie den Beteiligten zu 1) mit seinem Anteil von 1/3 zum nichtbefreiten Vorerben bestimmt hat. Die Erblasserin hat außerdem Testamentsvollstreckung über den Erbteil des Erstbeschwerdeführers angeordnet und die Betreuerin als Testamentsvollstreckerin eingesetzt. Aufgabe der Testamentsvollstreckerin soll die Verwaltung des Erbteils des Erstbeschwerdeführers sein; wobei die Erblasserin angeordnet hat, dass der Testamentsvollstrecker dem Erstbeschwerdeführer die ihm gebührenden anteiligen jährlichen reinen Erträge zuzuwenden habe.

**3** Im Frühjahr 2005 wurde das Einfamilienhaus der Erblasserin veräußert. Der Erbteil des Erstbeschwerdeführers in Höhe von 43.082,92 € wurde zunächst auf ein Sparbuch eingezahlt. In der Folge wurde der Erbteil dann in Form von „Wachstumssparen“ bei der Raiffeisenbank angelegt.

**4** Im Nachgang zu dem Jahresbericht der Betreuerin vom 16.11.2018 vertrat die Rechtspflegerin des Amtsgerichts dann die Auffassung, zum Vermögen des Beteiligten zu 1) im kostenrechtlichen Sinn gehöre auch das Vermögen, welches im Rahmen des so genannten Behindertentestamentes aufgrund von Testamentsvollstreckung der erbrechtlichen Beschränkung unterliege. Daher hat das Betreuungsgericht Siegburg sodann mit Kostenansatz vom 25.02.2019 für die Jahre 2017, 2018 und 2019 gegen den Erstbeschwerdeführer einen Betrag in Höhe von jeweils 200 € als Jahresgebühr nach Nr. 11101 KV GNotKG, insgesamt also 600 €, geltend gemacht.

**5** Hiergegen hat die Betreuerin für den Beteiligten zu 1) Erinnerung eingelegt. Mit Beschluss vom 02.08.2019 hat die Rechtspflegerin des Amtsgerichts die Erinnerung schließlich zurückgewiesen (Bl. 535 f. d. A.). Gegen diesen Beschluss hat sich die Betreuerin für den Beteiligten zu 1) mit Beschwerde vom 06.08.2019 gewandt (Bl. 538 ff.).

**6** Mit Beschluss vom 29.08.2019 hat die zuständige Beschwerdekammer des Landgerichts Bonn den Beschluss des Amtsgerichts Siegburg vom 02.08.2019 und den Kostenansatz des Amtsgerichts vom 25.02.2019 aufgehoben und die weitere Beschwerde zugelassen (Bl. 550 ff. d. A.). Zur Begründung hat die Beschwerdekammer im Wesentlichen ausgeführt, dass maßgeblich für den Kostenansatz der Umfang des „Vermögens“ sei, wobei von der Kammer in Übereinstimmung mit dem OLG München die Auffassung vertreten wird, dass das unter Testamentsvollstreckung stehende Vermögen für die Ermittlung der Gerichtskosten nicht heran zu ziehen sei, da sich die Vermögenssorge im Rahmen der rechtlichen Betreuung nicht darauf erstrecke. Denn mit dem Wert des durch den Betreuer zu verwaltenden Vermögens steige oder sinke auch der gerichtliche Kontrollaufwand. Im Übrigen gehöre der anteilige Nachlasswert zumindest wirtschaftlich auch nicht zum Vermögen des Betreuten.

**7** Gegen diesen Beschluss richtet sich die weitere Beschwerde des beteiligten Landes, vertreten durch die Bezirksrevisorin vom 06.09.2019 (Bl. 555 f. d. A.), mit der unter Berufung auf eine Entscheidung des Senats vom 14.09.2009 (2 Wx 66/09) geltend gemacht wird, dass es auf die Verfügbarkeit der vorhandenen Vermögenswerte nicht ankomme. Vielmehr sei auch das unter Testamentsvollstreckung stehende Vermögen für die Ermittlung der Gerichtskosten heranzuziehen.

## ▶ II. Aus den Gründen:

**8** Die gemäß § 81 Abs. 4 S. 1 GNotKG statthafte weitere Beschwerde ist zulässig erhoben. Sie wird gestützt auf die Rüge, die landgerichtliche Entscheidung beruhe auf einer Verletzung des Rechts, weil die dem Kostenansatz zugrunde liegende Gebührenvorschrift nicht richtig ausgelegt worden sei (§ 81 Abs. 4 S. 2 GNotKG i.V.m. § 546 ZPO).

**9** In der Sache hat die weitere Beschwerde jedoch keinen Erfolg.

**10** Die Jahreswertgebühr der Nr. 11101 KV GNotKG ist auf Basis „des zu berücksichtigenden Vermögens“ zu berechnen. Zu berücksichtigendes Vermögen ist das Reinvermögen, also der Vermögenswert nach Abzug der Passiva von den Aktiva. Nach Abs. 1 S. 1 der Anmerkung zu Nr. 11101 KV GNotKG wird Reinvermögen des Betroffenen nur berücksichtigt, soweit es mehr als 25.000 € beträgt. Keinen Eingang in diesen Vermögenswert findet ein angemessenes Hausgrundstück im Sinne von § 90 Abs. 2 Nr. 8 SGB XII. Das Vermögen des Betroffenen wird nur insoweit der Bewertung zu Grunde gelegt, als es Gegenstand der Betreuung ist (vgl. *Korinthenberg/Fackelmann*, GNotKG, 20. Aufl. 2017, Nr. 11101 KV Rn. 35 ff.).

**11** Soweit der Senat mit Beschluss vom 14.09.2009 – 2 Wx 66/09 – zur Vorschrift des § 92 Abs. 1 KostO die Ansicht vertreten hat, dass auch das der Testamentsvollstreckung unterliegende Vermögen des Betroffenen, welches er als nichtbefreiter Vorerbe ererbt hat, zu berücksichtigen sei, wird diese Rechtsprechung nicht aufrecht erhalten. So wird darauf abgestellt, nach dem eindeutigen Wortlaut der Kostenvorschrift des Nr. 11101 KV GNotKG käme es (ebenso wie bei der vorhergehenden Bestimmung des § 92 KostO) allein darauf an, dass der Betreute Inhaber des Vermögens sei, so dass die Verwertbarkeit bzw. Verfügbarkeit unerheblich sei (vgl. auch OLG Celle, Beschluss v. 28.12.2016, 2 W 255/16, FamRZ 2017, 1083; OLG Hamm, Beschluss v. 18.08.2015, 15 Wx 203/15, FGPrax 2015, 278). Hiergegen ist jedoch anzuführen, dass es nach dem klaren Wortlaut des Ge-

setzes für die Bemessung des Geschäftswertes zwar nicht darauf ankommt, ob das Vermögen des Betreuten verwertbar oder verfügbar ist, wohl aber darauf, ob sich die Betreuung auf das gesamte Vermögen des Betreuten oder nur auf einen Teil desselben bezieht (vgl. OLG München, Beschluss v. 18.01.2019, 34 Wx 165/18, FG-Prax 2019, 89).

**12** In Abs. 1 S. 2 der Anm. zu Nr. 11101 KV GNotKG ist bestimmt, dass sich der Verfahrenswert nur nach dem Wert eines Vermögensteils richtet, wenn Gegenstand der Betreuung lediglich dieser Teil des Vermögens ist. Diese Beschränkung des Verfahrenswertes in Fällen der Dauerbetreuung mit unmittelbarem Bezug auf lediglich einen Teil des betreuten Vermögens begründet sich in der Verknüpfung zwischen der Höhe des von der Maßnahme betroffenen Vermögens und dem Bearbeitungsaufwand sowie dem Haftungsrisiko des Gerichts. Dabei kann sich eine Beschränkung auf einen Teil des Vermögens nicht nur aus einer ausdrücklichen Einschränkung im Bestellungsbeschluss, sondern auch aus „den Verhältnissen“ und dem Aufgabenkreis ergeben (vgl. OLG München a.a.O.; Korintenberg/*Fackelmann* a.a.O. Rn. 37).

**13** Das dem Erstbeschwerdeführer über ein so genanntes „Behindertentestament“ als nicht befreiten Vorerben zugewandte, der Dauerverwaltung durch eine Testamentsvollstreckerin unterliegende Vermögen ist bei der Berechnung des Geschäftswertes, aus dem die Jahresgebühr nach Nr. 11101 KV GNotKG zu erheben wäre, daher nicht zu berücksichtigen. Denn dieser Teil des Betreutenvermögens unterliegt nicht der vom Betreuungsgericht zu kontrollierenden Verwaltung der Betreuerin, sondern derjenigen der Testamentsvollstreckerin. Insofern würde auch der teilweise beschrittene Weg eines Wertkorrektivs durch Berücksichtigung des Werts der Nacherbenanwartschaft als Passivposten bei der Ermittlung des Reinvermögens zu kurz greifen (so u.a. LG Augsburg, Beschluss v. 06.04.2017, 51 T 258/17). Entscheidend ist vielmehr der Umstand, dass das Nachlassvermögen wegen der angeordneten Dauertestamentsvollstreckung im Sinne einer Verwaltungsvollstreckung (§ 2209 BGB) nicht von dem für den Aufgabenkreis der Vermögenssorge bestellten Betreuer, sondern vom Testamentsvollstrecker verwaltet wird, der gemäß § 2216 Abs. 1 und Abs. 2 S. 1 BGB zur ordnungsgemäßen Verwaltung des Nachlasses und Einhaltung der vom Erblasser verfügten Verwaltungsanordnung verpflichtet ist. Gegenstand der Betreuung im Bereich der Vermögenssorge ist wegen dieser gesetzlichen Zuständigkeit indes nicht unmittelbar das der Testamentsvollstreckung unterliegende Nachlassvermögen, sondern lediglich die

Ausübung der Kontrollrechte (§ 2218 BGB) und gegebenenfalls die Geltendmachung von Ansprüchen gegenüber dem Testamentsvollstrecker (§§ 2217 Abs. 1, 2219 Abs. 1 BGB). Aus dieser gesetzlichen Zuständigkeitsverteilung folgt, dass das Vermögen des Betreuten nur hinsichtlich desjenigen Teils Gegenstand der der Betreuerin übertragenen Betreuung ist, der nicht der Testamentsvollstreckung unterliegt. Hierfür spricht auch, dass die Rechnungslegungspflicht des Betreuers nach § 1840 BGB nicht die kraft Gesetzes einer Drittverwaltung unterliegenden Vermögensmassen, wie z. B. den Nachlass bei angeordneter Testamentsvollstreckung, umfasst (vgl. Münchner Kommentar/*Kroll-Ludwigs*, BGB, 7. Aufl. 2017, § 1840 Rn. 4 m.w.N.).

**14** Dementsprechend ist auch die Kontrolltätigkeit des Betreuungsgerichts auf die Prüfung begrenzt, ob der Betreuer seiner Kontrollpflicht nachgekommen ist und bei festgestellten Beanstandungen die Rechte des Betreuten geltend gemacht hat. Die aufwändige Überprüfung der nachlassbezogenen Verwaltungstätigkeit selbst einschließlich der Belege und der Einzelheiten der periodischen Rechnungslegung, die sich hier nach § 2218 Abs. 2 BGB richtet, obliegt hingegen nicht dem Betreuungsgericht sondern dem Betreuer als gesetzlichem Vertreter des Vorerben oder gegebenenfalls einem Kontrollbetreuer (vgl. OLG München a.a.O.).

**15** Soweit in der Rechtsprechung gegen eine Berücksichtigung der Dauertestamentsvollstreckung die Überfrachtung des Kostenrechts angeführt wird, wenn zunächst über die Auslegung des Testamentes gegebenenfalls auch nach Beweisaufnahme zu entscheiden sei (vgl. OLG Celle a.a.O.; OLG Hamm a.a.O.), hat die Kammer in ihrem angegriffenen Beschluss zutreffend darauf verwiesen, dass auch die Frage der „Angemessenheit“ eines Hausgrundstücks nicht ohne Weiteres zu beantworten ist, dass also auch komplexere Prüfungen dem Kostenrecht nicht fremd seien. In diesem Zusammenhang ist im Übrigen nicht zuletzt auch das Äquivalenzprinzip des Kostenrechts zu berücksichtigen. Danach müssen Gebühren eine angemessene Gegenleistung für die Inanspruchnahme öffentlicher Leistungen darstellen. Dieses Prinzip stellt gerade auf den Einzelfall ab (vgl. Korintenberg/*Fackelmann* a.a.O., Einf. Rn. 26). Wenn aber, wie bereits dargelegt, die Überprüfung der nachlassbezogenen Verwaltungstätigkeit nicht Sache des Betreuungsgerichts ist, erscheint auch die Erhebung der entsprechenden Gerichtsgebühr nicht angemessen.

## Beantragung eines Beurkundungsverfahrens beim Notar

BGB § 204 Abs. 1 Nr. 1, § 205; GNotKG § 6 Abs. 1 S. 3, § 10, § 29 Nr. 1, § 32 Abs. 1, § 129 Abs. 2, § 130 Abs. 3; RVG § 23 Abs. 1, § 33 Abs. 1

1. Es besteht eine Vermutung, dass derjenige, der im eigenen Interesse beim Notar ein Beurkundungsverfahren beantragt, den Notar zu dieser Amtshandlung im Sinne des § 29 Nr. 1 GNotKG jedenfalls auch in eigenem Namen beauftragt; ein Beteiligter, der beim Notar nicht ausdrücklich erklärt, er wolle den Notar nur in fremdem Namen zu einer Beurkundung beauftragen, ist damit auf Grund der Vermutung Kostenschuldner im Sinne des § 29 Nr. 1 GNotKG, wenn er ein eigenes Interesse an der Beurkundung hat oder seine Erklärungen beurkundet werden sollen. (Rn. 6)

2. § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB ist im Verfahren nach § 127 GNotKG entsprechend anzuwenden (Palandt/Ellenberger BGB 78. Aufl. § 204 Rn. 54; vgl. zur Vorgängervorschrift BayObLG Beschluss vom 02.04.1992 - 1 Z 197/91 = BayObLGZ 1992, 72/75 ff.; OLG Düsseldorf Beschluss vom 22.01.2004 - 10 W 107/03 = NJW-RR 2005, 509/511; Kammergericht Beschluss vom 18.10.1994 - 1 W 1771/94 = DNotZ 1995, 788). (Rn. 9)

OLG München (32. Zivilsenat), Beschluss vom 31.10.2019 - 32 Wx 391/19 Kost

### I. Sachverhalt:

1 Die Antragstellerin wendet sich gegen die Kostenrechnung des Antragsgegners vom 04.08.2015 (Kostenreg. Nr. ...) in der Fassung vom 12.03.2018 in Höhe von 1.049,88 €, die dieser für ein vorzeitig beendetes Beurkundungsverfahren hinsichtlich eines Ehevertrags mit Scheidungsvereinbarung und Pflichtteilsverzicht stellte, mit der Begründung, sie habe den Notar nicht in eigenem Namen, sondern Namens des Ehemanns beauftragt. Ferner erhebt sie die Einrede der Verjährung und beanstandet die Gebührenhöhe. Der Notar erstellte in diesem Verfahren einen Entwurf, den er der Antragstellerin am 26.02.2014 übersandte.

2 Wegen der Einzelheiten des Sachverhalts wird auf die oben genannte Kostenrechnung und den Beschluss des Landgerichts vom 24.05.2017 Bezug genommen.

3 Auf den Antrag vom 22.12.2015 hat das Landgericht mit Beschluss vom 24.05.2017 die Kostenrechnung aufgehoben. Gegen diesen am 13.06.2017 zugestellten Beschluss legte der Antragsgegner am 12.07.2017 formgerecht

Beschwerde ein, mit der er die Aufhebung des landgerichtlichen Beschlusses begehrt. Wegen der Einzelheiten des Beschwerdevorbringens wird auf den Beschwerdeschriftsatz vom 11.07.2017 und die Stellungnahmen vom 14.03.2018, 25.09.2019 und 24.10.2019 verwiesen.

### II. Aus den Gründen:

4 Die zulässige Beschwerde ist begründet; sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und Aufrechterhaltung der Notarkostenrechnung.

5 1. Die Antragstellerin ist als Mitauftraggeberin des Beurkundungsverfahrens auch Kostenschuldnerin des Notars (§ 29 Nr. 1 GNotKG). Mehrere Kostenschuldner haften als Gesamtschuldner (§ 32 Abs. 1 GNotKG).

6 Zwar ist bei einem Beurkundungsverfahren noch nicht Kostenschuldner nach § 29 Nr. 1 GNotKG, wer dem Notar zu erkennen gibt, dass (auch) in seinem Interesse eine Beurkundung vorgenommen werden soll. Es besteht jedoch eine Vermutung, dass derjenige, der im eigenen Interesse beim Notar ein Beurkundungsverfahren beantragt, den Notar zu dieser Amtshandlung im Sinne des § 29 Nr. 1 GNotKG jedenfalls auch in eigenem Namen beauftragt. Ein Beteiligter, der beim Notar nicht ausdrücklich erklärt, er wolle den Notar nur in fremdem Namen zu einer Beurkundung beauftragen, ist damit auf Grund der Vermutung Kostenschuldner im Sinne des § 29 Nr. 1 GNotKG, wenn er ein eigenes Interesse an der Beurkundung hat oder seine Erklärungen beurkundet werden sollen, denn der Notar kann vom objektiven Empfängerhorizont davon ausgehen, dass auch dieser Beteiligte den Beurkundungsauftrag erteilen wolle. In der Antragschrift vom 22.12.2015 wird zwar behauptet, die Antragstellerin habe die Zeugin ... ausdrücklich darauf hingewiesen, „dass eine Trennungsvereinbarung ausschließlich im Auftrag von Herrn ... entworfen und beurkundet werden sollte“, doch hat gerade dies das Landgericht nach Anhörung der Antragstellerin und Vernehmung der Zeugin ... nicht festgestellt. Wenngleich das Landgericht leider die Erklärungen und Aussagen der Antragstellerin nicht wörtlich protokolliert hat, ergibt sich aus den Gründen der Entscheidung (S. 3 u. 4), dass die Antragstellerin zwar gesagt habe, sie handle im Auftrag ihres Mannes und dieser werde auch die Kosten tragen, sie sei sich aber nicht sicher, ob auch ausdrücklich gesagt worden sei, ihr Ehemann sei alleiniger Auftraggeber. Auch aus der Aussage der Zeugin ... kann nichts anderes entnommen werden. Da das Landgericht jedenfalls die eigene Erklärung der Antragstellerin im Beschluss genau referierte, war es nicht erforderlich, die Antragstellerin im Beschwerdeverfahren erneut zu hören.

7 2. Der Anspruch des Antragsgegners ist nicht nach § 6 Abs. 1 Satz 3 GNotKG verjährt. Die Verjährung tritt nach dieser Vorschrift in vier Jahren nach Ablauf des Kalenderjahrs ein, in dem der Anspruch fällig geworden ist. Notargebühren werden nach § 10 GNotKG mit Beendigung des notariellen Geschäfts fällig. Das ist bei einer beantragten Beurkundung diese und nicht schon die Übersendung eines Entwurfs. Es kann dahingestellt bleiben, ob der Beurkundungsauftrag erst mit Schreiben der Antragstellerin vom 30.03.2015 beendet wurde – was zur Verjährung erst am 31.12.2019 führen würde – oder mit Ablauf der 6 Monatsfrist nach Vorbemerkung 2.1.3.(1) Satz 2 der Anlage 1 zu § 3 Abs. 2 GNotKG am 26.08.2014 –, was in Verbindung mit § 6 Abs. 3 Satz 2 GNotKG und § 9 Abs. 5 GNotKG zur Verjährung am 04.08.2019 geführt hätte –, da der Ablauf der Verjährung nach § 6 Abs. 3 Satz 1 GNotKG i.V.m. § 205 BGB mit Zugang des Schreibens des Notars im gerichtlichen Verfahren vom 30.12.2015 und darüber hinaus nach § 6 Abs. 3 Satz 1 GNotKG i.V.m. der entsprechenden Anwendung des § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB gehemmt wurde.

8 a) Der Antragsgegner hat, nachdem die Antragstellerin die Einstellung der Zwangsvollstreckung beantragt hat, mit Schreiben vom 30.12.2015 zugesagt, die Zwangsvollstreckung bis zur Hauptsacheentscheidung nicht zu betreiben. Da die Antragstellerin auf alle Fälle die Zwangsvollstreckung verhindern wollte, liegt in dem Antrag an das Gericht zugleich ein Vertragsangebot an den Beklagten, ein Leistungsverweigerungsrecht im Sinne des § 205 BGB zu begründen. Dieses hat der Antragsgegner mit dem genannten Schreiben angenommen.

9 b) Ferner ist § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB im Verfahren nach § 127 GNotKG entsprechend anzuwenden (Palandt/Ellenberger BGB 78. Aufl. § 204 Rn. 54; vgl. zur Vorgän-

gervorschrift BayObLG Beschluss vom 02.04.1992 – 1 Z 197/91 = BayObLGZ 1992, 72/75 ff.; OLG Düsseldorf Beschluss vom 22.01.2004 – 10 W 107/03 = NJW-RR 2005, 509/511; Kammergericht Beschluss vom 18.10.1994 – 1 W 1771/94 = DNotZ 1995, 788). Daher ist der Lauf der Verjährung mit Eingang des Antrags nach 127 GNotKG bei Gericht am 22.12.2015 bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens gehemmt.

10 3. Bezüglich der Rahmengebühr schließt sich der Senat hierbei dem bisherigen Hinweis der Notarkasse an. Die geringfügigen Ergänzungen und Abänderungswünsche sprechen nicht gegen das Vorliegen eines vollständigen Entwurfs. Eine weitere Stellungnahme der Notarkasse ist nicht erforderlich.

11 4. Die Kostenentscheidung beruht auf § 130 Abs. 3 GNotKG, §§ 80, 81 FamFG. Die Auferlegung der außergerichtlichen Kosten des Antragsgegners auf die Antragstellerin war nach billigem Ermessen nicht veranlasst § 130 Abs. 3 GNotKG, § 81 Abs. 1 FamFG).

12 5. Die trotz § 129 Abs. 2 GNotKG nach § 70 Abs. 1 FamFG zulassungsbedürftige Rechtsbeschwerde (*Hartmann* Kostengesetz 49. Aufl. § 129 GNotKG Rn. 10; *Korintenberg/Sikora* GNotKG 20. Aufl. § 129 Rn. 17; *Fackelmann/Heinemann* GNotKG § 129 Rn. 33; *Bormann/Dien/Sommerfeld/Neie* GNotKG § 129 Rn. 34; *Rohs/Wedewer* GNotKG Stand August 2019 § 129 Rn. 64, 68) war nicht zuzulassen, da die Voraussetzungen des § 70 Abs. 2 FamFG nicht vorliegen. Die Zulassungsbedürftigkeit der Rechtsbeschwerde folgt aus § 129 Abs. 2 KostO, § 70 Abs. 1 FamFG. Zwar bestimmt § 129 Abs. 2 GNotKG, dass die Rechtsbeschwerde stattfindet, doch wird dadurch nur bestimmt, dass die Vorschriften über die Rechtsbeschwerde Anwendung finden; anders als § 70 Abs. 3 FamFG enthält § 129 Abs. 2 GNotKG nicht den Zusatz „ohne Zulassung“.

## LIEGENSCHAFTSRECHT

## Grunddienstbarkeit zur Nutzung von Wagenabstellplätzen auf dem Nachbargrundstück

BGB § 1018; GBO § 22, § 53 Abs. 1 S. 2, § 71 Abs. 2 S. 2; RGAO § 1 Abs. 1, § 2 Abs. 1, § 53 Abs. 1

Zur Auslegung einer im Jahr 1958 im Grundbuch eingetragenen Grunddienstbarkeit zur Nutzung von Wagenabstellplätzen auf dem Nachbargrundstück. (Rn. 10 – 18)

KG (1. Zivilsenat), Beschluss vom 27.08.2019 – 1 W 373-412/18

### I. Sachverhalt:

1 Am 14. März 1958 erklärte die damalige Eigentümerin des im Grundbuch von Berlin-W... Blatt 8... gebuchten Grundstücks zu Protokoll des Amtsgerichts Charlottenburg, sie habe sich gegenüber dem Baupolizeiamt W... verpflichtet, "eine Grunddienstbarkeit für die gemeinsame Benutzung eines Wagenabstellplatzes zugunsten des Eigentümers des Nachbargrundstücks N... Straße ... zu bestellen." "In Erfüllung dieser Verpflichtung" bewilligte und beantragte sie die Eintragung einer Grunddienstbarkeit für den jeweiligen Eigentümer des im Grundbuch von Berlin-Wilmersdorf Blatt 2... gebuchten Grundstücks mit dem Inhalt

„dass der jeweilige Eigentümer des Nachbarhauses N... S... 4... und seine Beauftragten die vorgesehenen Wagenabstellplätze und den über das Grundstück L... 1..., 1..., 1..., 1... führenden Zufahrtsweg zu diesen Wagenabstellplätzen benutzen dürfen.“ Das Grundbuchamt vollzog diesen Antrag am 19. März 1958 in Abt. II lfd. Nr. 3 des Grundbuchs Blatt 874 mit dem Vermerk: "Grunddienstbarkeit für den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks Berlin-W... Band 9... Blatt 2... bestehend in dem Recht zur Benutzung der Wagenabstellplätze und des Zufahrtsweges, hier eingetragen unter Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung vom 14. März 1958 und auf Berlin-W... Band 9... Blatt 2... vermerkt".

2 Im Jahr 2007 teilte die damalige Eigentümerin das im Grundbuch von Berlin-W... Blatt 8... gebuchte Grundstück in 40 Wohnungseigentumsrechte. Das Grundbuchamt vollzog die Aufteilung am 31. Mai 2007, indem es das Grundbuchblatt 8... schloss und die Wohnungsgrundbü-

cher Blätter 2... bis 2... anlegte. Die in Abt. II lfd. Nr. 3 gebuchte Grunddienstbarkeit übertrug es auf die einzelnen Wohnungsgrundbücher.

3 Die Beteiligten zu 5 und 6 wurden am 27. Oktober 2008 als Eigentümer in Abt. I des Grundbuchs von Berlin-W... Blatt 2... eingetragen.

4 Unter dem 11. April 2018 haben die Beteiligten zu 1 bis 4 durch ihren Verfahrensbevollmächtigten die Löschung der Grunddienstbarkeit anregen lassen. Sie haben vorgebracht, die Eintragung sei ihrem Inhalt nach unzulässig, die Dienstbarkeit mangels ausreichender inhaltlicher Bestimmtheit unwirksam.

5 Mit Beschluss vom 31. Oktober 2018 hat das Grundbuchamt eine amtswegige Löschung der Dienstbarkeit abgelehnt. Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Beteiligten zu 1 bis 4 vom 16. November 2018, der das Grundbuchamt mit Beschluss vom 19. November 2018 nicht abgeholfen hat.

II. Aus den Gründen:

6 1. Die Beschwerde ist mit dem beschränkten Ziel der Amtslöschung gem. § 53 Abs. 1 S. 2 GBO statthaft und zulässig, § 71 Abs. 2 S. 2 GBO.

7 2. In der Sache hat die Beschwerde keinen Erfolg.

8 a) Erweist sich eine Eintragung im Grundbuch nach ihrem Inhalt als unzulässig, so ist sie von Amts wegen zu löschen, § 53 Abs. 1 S. 1 GBO. Inhaltlich unzulässig ist eine Eintragung, wenn das Recht mit dem Inhalt oder der Ausgestaltung, wie es eingetragen ist, aus Rechtsgründen nicht bestehen kann oder wenn die Eintragung etwas Widersprüchliches verlautbart und ihre Bedeutung auch durch Auslegung nicht ermittelt werden kann (BGH, ZfIR 2019, 437, 439; NJW 2018, 3715; MittBayNot 2015, 398, 399). Die Unzulässigkeit muss sich aus dem Eintragungsvermerk selbst oder den zulässig in Bezug genommenen Eintragungsunterlagen ergeben (BGH, ZfIR 2019, 437, 439; NJW 2018, 3715). Maßgebender Zeitpunkt für die Prüfung der Zulässigkeit einer Eintragung ist der Zeitpunkt ihrer Vornahme. Deshalb muss auch auf das im Zeitpunkt der Eintragung geltende Recht und das Rechtsverständnis, wie es in der damaligen Verkehrsübung seinen Niederschlag gefunden hat, abgestellt werden (OLG München, FGPrax 2018, 12; Senat, Beschluss vom 6. Februar 1976 – 1 W 1320/74 – OLGZ 1977, 6, 8).

9 Danach ist die in Abt. II lfd. Nr. 3 der Wohnungsgrundbücher eingetragene Grunddienstbarkeit nicht unzulässig.

10 aa) Grunddienstbarkeit ist die dingliche Belastung eines Grundstücks zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines anderen Grundstücks, dass dieser das Grundstück in einzelnen Beziehungen benutzen darf oder dass auf dem Grundstück gewisse Handlungen nicht vorgenommen werden dürfen oder dass die Ausübung eines

Rechts ausgeschlossen ist, das sich aus dem Eigentum an dem belasteten Grundstück dem anderen Grundstück gegenüber ergibt, § 1018 BGB. Das Recht, auf dem belasteten Grundstück einen Kraftfahrzeugabstellplatz sowie einen dahin führenden Zufahrtsweg benutzen zu dürfen, ist typischer Inhalt einer Grunddienstbarkeit im Sinne der 1. Variante ("Benutzungsdienstbarkeit", vgl. *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdn. 1129, 1145).

**11 bb)** Es besteht auch kein Widerspruch zu den Anforderungen des grundbuchrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatzes und dem Erfordernis urkundlich belegter Eintragungsunterlagen. Sie schließen die Auslegung von Grundbucheklärungen nicht aus, wenn sie zu einem zweifelsfreien und eindeutigen Ergebnis führen. Dabei ist auf Wortlaut und Sinn der Erklärung abzustellen, wie er sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung ergibt (BGH, NJW-RR 2015, 645).

**12** Es kann kein Zweifel bestehen, dass die Eintragungsbewilligung vom 14. März 1958 vor dem Hintergrund des damals geltenden Bauordnungsrechts erteilt wurde. Das folgt bereits aus dem im Eingang der Urkunde enthaltenen Hinweis der damaligen Eigentümerin beider Grundstücke auf eine gegenüber dem Baupolizeiamt eingegangene Verpflichtung zur Bestellung einer Grunddienstbarkeit für die gemeinsame Benutzung eines Wagenabstellplatzes.

**13** Im Zeitpunkt der Erklärung galt die Verordnung über Garagen und Einstellplätze – Reichsgaragenordnung (RGaO) – vom 17. Februar 1939 (RGBl. I S. 219) in der Fassung vom 13. September 1944 (RABl. S. I 325) als Landesrecht fort (vgl. BVerwG, NJW 1955, 1452, 1453). Gem. § 2 RGaO hatte, wer Wohnstätten, Betriebs- und Arbeitsstätten oder ähnliche bauliche Anlagen errichtete oder Um- und Erweiterungsbauten ausführte, die den Wert solcher baulichen Anlagen erheblich steigerten, für die vorhandenen und zu erwartenden Kraftfahrzeuge der Bewohner, des Betriebes und der Gefolgschaft Einstellplatz in geeigneter Größe, Lage und Beschaffenheit samt den notwendigen Zubehöranlagen auf dem Baugrundstück oder in der Nähe zu schaffen. Dem Bauherrn stand es frei zu entscheiden, ob er den Einstellplatz auf dem Baugrundstück oder in der Nähe schuf (*Thiel/Frohberg*, Reichsgaragenordnung, 1956, § 2, Anm. 14 b). Lediglich der Bestand des Einstellplatzes musste rechtlich auf Dauer gesichert sein. Deshalb konnte der Bauherr seine Pflicht zur Schaffung eines Einstellplatzes dadurch erfüllen, dass er diesen auf einem in der Nähe zum Baugrundstück belegenen Grundstück eines Dritten errichtete und diese Nutzung aufgrund einer Grunddienstbarkeit gesichert war (*Thiel/Frohberg*, a.a.O., Anm. 15 c).

**14** Um eine solche Grunddienstbarkeit handelt es sich bei der Belastung in Abt. II lfd. Nr. 3 der Wohnungsgrund-

bücher. Die Bewilligung enthält keinen Widerspruch hinsichtlich der Anzahl der Wagenabstellplätze. Die in der Eintragungsbewilligung verwendeten Begriffe stimmen nicht wörtlich mit der Reichsgaragenordnung überein, sie sind ihr jedoch entlehnt. Die Reichsgaragenordnung unterschied zwischen Einstellplatz und Stellplatz. Einstellplatz war eine unbebaute, weder dem ruhenden noch dem fließenden öffentlichen Verkehr dienende Fläche, die zum Einstellen von Kraftfahrzeugen bestimmt war, § 1 Abs. 1 RGaO. Stellplatz war die Standfläche eines einzelnen Kraftfahrzeugs auf dem Einstellplatz, § 1 Abs. 6 RGaO. Ein Einstellplatz konnte danach mehrere Stellplätze umfassen (*Thiel/Frohberg*, a.a.O., § 1, Anm. 18). Voraussetzung für die Erteilung einer Baugenehmigung war die Schaffung von Einstellplatz, § 2 Abs. 1 RGaO. In diesem Sinne ist der die Eintragungsbewilligung vom 14. März 1958 einleitende Satz zu verstehen. Die dort angesprochene Verpflichtung gegenüber der Baupolizei ist nicht ungewöhnlich, denn dieser Behörde oblag die Durchführung der Verordnung, § 53 Abs. 1 RGaO.

**15** Demgegenüber kann es sich bei dem in der eigentlichen Bewilligung verwendeten Begriff "Wagenabstellplätze" nicht um den Einstellplatz als solchen handeln, also nicht um mehrere Einstellplätze im Sinne von §§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 RGaO. Vielmehr bezieht sich die Erklärung insoweit auf die Stellplätze im Sinne von § 1 Abs. 6 RGaO, also auf die Standflächen für Kraftfahrzeuge auf dem nach § 2 Abs. 1 RGaO zu schaffenden Einstellplatz. Dass die Anzahl der Stellplätze nicht näher konkretisiert wurden, lag an dem Ablauf des Verfahrens auf Erteilung der Baugenehmigung. Die Baupolizei hatte im Genehmigungsverfahren auch über die Mindestgröße des Einstellplatzes zu entscheiden, § 6 Abs. 1 RGaO, der Bauherr hingegen für die tatsächlichen Voraussetzungen zu sorgen, wozu im Fall der Schaffung von Einstellplatz außerhalb des Baugrundstücks auch die Sicherung der dauerhaften Nutzung gehörte. Auf diesem Zusammenspiel zwischen Bauherr und Baupolizei beruhte die Verweisung auf die "vorgesehenen Wagenabstellplätze" in der Eintragungsbewilligung.

**16** Dessen ungeachtet ist bei Bestellung einer – wie hier – das gesamte Grundstück belastenden Grunddienstbarkeit die rechtliche Festlegung der Ausübungsstelle nicht zwingend; ihre Bestimmung kann auch der tatsächlichen Ausübung überlassen bleiben (Senat, Beschluss vom 6. Oktober 1972 – 1 W 1232/72 – NJW 1973 1128, 1129).

**17** Berechtigter der Grunddienstbarkeit kann nur der Eigentümer eines anderen Grundstücks sein, § 1018 BGB. Nichts anderes verlautbart der Eintragungsvermerk in Abt. II lfd. Nr. 3 der Wohnungsgrundbücher. Unschädlich ist die Erwähnung der "Beauftragten" des Berechtigten in der gemäß § 874 BGB in Bezug genommenen

Eintragungsbewilligung. Auch ohne gesonderte Erwähnung können neben dem Eigentümer des herrschenden Grundstücks andere Personen zur Nutzung berechtigt sein, wenn sie diese von dem Berechtigten ableiten (vgl. Palandt/Herrler, BGB, 78. Aufl., § 1018, Rdn. 14). Das können auch seine Beauftragten sein (vgl. BGH, ZfIR 2019, 437, 438).

**18** Soweit zwischen den Beteiligten zu 1 bis 4 bzw. der Wohnungseigentümergeinschaft L... 1...,1... A, 1..., 1... A einerseits und den Beteiligten zu 5 und 6 auf der anderen Seite Streit über Zahl und Lage der Stellplätze (im Sinne von § 1 Abs. 6 RGaV) oder des Zufahrtsweges, vgl. §§ 1 Abs. 5, 2 Abs. 1 RGaO, besteht, kann darüber nicht im Grundbuchverfahren entschieden werden. Dies ist dem Zivilprozess vorbehalten. Nur in einem Rechtsstreit könnte auch die tatsächliche Handhabung des Nutzungsrechts zur Auslegung mit herangezogen werden (BGH, NJW-RR 1988, 1229, 1230; Weber, in: Staudinger, BGB, 2017, § 1018, Rdn. 138).

**19 b)** Die Löschung der Grunddienstbarkeit kommt auch nicht gem. § 22 Abs. 1 GBO in Betracht. Insofern fehlt es schon an einem hierzu erforderlichen Antrag, § 13 Abs. 1 S. 1 GBO (vgl. *Demharter*, GBO, 31. Aufl., § 22, Rdn. 45). Der Verfahrensbevollmächtigte der Beteiligten zu 1 hat sich in seinem Schriftsatz allein auf § 53 Abs. 1 S. 2 GBO berufen und die Löschung der Belastung folgerichtig nicht beantragt, sondern lediglich angeregt (*Demharter*, a.a.O., § 53, Rdn. 15). Darüber hinaus ist aber auch nicht in der erforderlichen Form des § 29 Abs. 1 S. 2 GBO nachgewiesen, dass die Grunddienstbarkeit erloschen wäre. Zwar gibt es in Berlin keine öffentlich-rechtliche Stellplatzverpflichtung im Sinne von § 2 Abs. 1 RGaV mehr. Das lässt aber nicht den Schluss zu, die Grunddienstbarkeit biete für die Benutzung des herrschenden Grundstücks keinen Vorteil mehr, vgl. § 1019 BGB.

## Ersetzung der notariellen Beurkundung durch einen gerichtlichen Vergleich

GBO § 29; BGB § 127a, § 154 Abs. 1, § 177, § 184 Abs. 1; ZPO § 160 Abs. 5, § 162 Abs. 1 S. 1, § 163; WEG § 4, § 10, § 16 Abs. 1; BeurkG § 13a

**1.** An den notwendigen Inhalt eines Vorvertrags sind nicht die gleichen Anforderungen zu stellen wie an eine die Sache endgültig regelnde Vereinbarung. Ein wirksamer Vorvertrag setzt aber voraus, dass sich die Parteien über alle wesentlichen Punkte geeinigt haben und der Inhalt des abzuschließenden Hauptvertrages zumindest bestimmbar ist. Punkte, die sie für nicht wesentlich halten, können die Parteien dagegen einer späteren Einigung vorbehalten. (Rn. 20)

**2.** Ein (gerichtlicher) Vergleich, wonach in einem noch abzuschließenden Nachtrag zu einer Teilungserklärung neue Sondereigentumseinheiten geschaffen und einzelnen Mitgliedern der Wohnungseigentümergeinschaft übertragen werden sollen, bedarf gemäß § 4 Abs. 3 WEG zu seiner Wirksamkeit der notariellen Beurkundung gemäß § 311b Abs. 1 BGB. (Rn. 24)

**3.** Wenn durch einen gerichtlichen Vergleich die notarielle Beurkundung gemäß § 127a BGB ersetzt werden soll, ist es erforderlich, die der notariellen Beurkundungspflicht unterliegenden Erklärungen in das gerichtliche Protokoll aufzunehmen, wobei gemäß § 160 Abs. 5 ZPO die Aufnahme in das Protokoll auch in der Weise erfolgen kann, dass die der Beurkundungspflicht unterliegenden Erklärungen in eine Schrift aufgenommen werden, die dem Protokoll als Anlage beigelegt und in ihm als solche bezeichnet wird. (Rn. 30)

LG München I (1. Zivilkammer), Endurteil vom 26.06.2019 - 1 S 5268/18 WEG

### I. Sachverhalt:

**1** Die Kläger verklagen den Beklagten auf Genehmigung einer notariell beurkundeten Änderung der Teilungserklärung und Gemeinschaftsordnung.

**2** Die Kläger und der Beklagte sind die alleinigen Mitglieder der Wohnungseigentümergeinschaft... Sie führten in der Vergangenheit mehrere Rechtsstreitigkeiten untereinander. Am 26.08.2016 schlossen die Parteien in der mündlichen Verhandlung des Amtsgerichts München der dort zwischen den Parteien anhängigen Verfahren 481 C 11412/12 WEG und 481 C 28496/12 WEG zur Beendigung dieser Verfahren und des weiteren beim Amts-

gericht München zwischen dem Verband und dem Beklagten geführten Verfahrens 481 C 17735/12 WEG einen Vergleich. Ziffer I. und II. des vom Gericht protokollierten Vergleichs lauten:

„I. Die Parteien sind sich einig, dass bis spätestens Freitag, 21.10.2016 ein notarieller Termin vor dem Notariat M., zur Beurkundung des bereits vorliegenden Nachtrags zur Teilungserklärung stattfindet. Auf die dem bisherigen Entwurf beiliegende Anlage 4 wird in beiderseitigem Einvernehmen verzichtet. Im Rahmen dieses Nachtrags zur Teilungserklärung sollen die neu geschaffenen Wohn- und Nutzflächen aus der Aufstockung des Geschosswohnhauses Flurnummer ... M. geregelt werden (gemäß Tektur Planungsbüro ... vom 28.01.2014 gemäß Planungsreferat Landeshauptstadt M. 2014-...). Zur Ermittlung der neuen Miteigentumsanteile sind sich die Parteien einig, dass im Hinblick auf die Bestandswohnungen die der Betriebskostenabrechnung 2014 zu Grunde liegende Wohnflächenberechnung bindend sein soll.

II. Die Parteien sind sich einig, dass im Rahmen dieses Nachtrags zur Teilungserklärung dem Kläger die Wohnungen Nr. 2 und 3, Ostseite (siehe Plan), zugeordnet werden zu Sondereigentum. Die Parteien sind sich einig, dass im notariellen Nachtrag zur Teilungserklärung die neu geschaffenen Miteigentumsanteile sich an den Wohnflächen orientieren.“

**3** Mit dem in Ziffer I. des Vergleichs genannten Nachtrag zur Teilungserklärung war nach dem übereinstimmenden Willen der Parteien der in Ablichtung als Anlage K 10 vorgelegte Entwurf des Notars ... in M. gemeint. Dieser wurde allerdings weder in der mündlichen Verhandlung des Amtsgerichts München vom 26.08.2016 seitens des Gerichts vorgelesen oder den Parteien zur Durchsicht vorgelegt, noch dem Protokoll der mündlichen Verhandlung des Amtsgerichts München vom 26.08.2016 als Anlage beigefügt. Auch sonst sind dem Protokoll der mündlichen Verhandlung des Amtsgerichts München vom 26.08.2016 keine weiteren Anlagen beigefügt worden. Wegen der weiteren Einzelheiten und des weiteren Inhalts des protokollierten Vergleichs wird auf die als Anlage K 1 vorgelegte Ablichtung des Protokolls der mündlichen Verhandlung vom 26.08.2016 des Amtsgerichts München zu den Verfahren 481 C 11412/12 WEG und 481 C 28496/12 WEG Bezug genommen.

**4** Am 21.10.2016 fand ein mehrstündiger Termin im Notariat ... statt, bei dem der Beklagte persönlich und die Kläger teilweise persönlich anwesend, im Übrigen vertreten waren. In diesem Termin wurde die als Anlage K 2 vorgelegte notariell beurkundete Vergleichsvereinbarung, UrNr. ..., unterzeichnet, nach der unter anderem das Datum 21.10.2016 in Ziffer I des gerichtlichen Vergleichs vom 26.08.2016 durch das Datum 24.11.2016 ersetzt (§ 2

Ziffer der Vereinbarung) und das Planungsbüro ... unter bestimmten Vorgaben (§ 2 Ziffern 3 und 4 der Vereinbarung) mit der Berechnung der Miteigentumsanteile und der Kostenschlüssel auf Grundlage des Vergleichs vom 26.08.2016, der Erstellung der Aufteilungspläne für die Einholung der Abgeschlossenheitsbescheinigung sowie der Beantragung der Abgeschlossenheitsbescheinigung beauftragt wurde (§ 2 Ziffer 2 der Vereinbarung). § 2 Ziffern 5 und 6 der Vergleichsvereinbarung haben folgenden Inhalt:

„5. Der Urkundsnotar wird beauftragt, den Entwurf entsprechend der heutigen Besprechung anzupassen und allen Vertragsteilen und ihren Anwälten zukommen zu lassen.

6. Im Übrigen bleiben die vergleichsweise getroffenen Vereinbarungen unverändert.“

**5** Der Vergleich vom 26.08.2016 wurde der notariell beurkundeten Vergleichsvereinbarung vom 21.10.2016 nicht beigefügt. Wegen des weiteren Inhalts der Vergleichsvereinbarung vom 21.10.2016 wird im Übrigen auf die Anlage K 2 verwiesen.

**6** Das Notariat ... erarbeitete im Anschluss einen Entwurf der von den Parteien angestrebten Änderung der Teilungserklärung und Gemeinschaftsordnung, den es mit E-Mail vom 27.10.2016 (in Ablichtung vorgelegt als Anlage K 25) an die Parteien versandte. Zu einer Beurkundung kam es in der Folge jedoch nicht, weil der Beklagte der Auffassung war, es müssten noch verschiedene Änderungen in die Urkunde aufgenommen werden, mit denen jedoch die Kläger nicht einverstanden waren.

**7** Am 27.04.2017 beurkundete der Notar ... in Anwesenheit der Kläger zu 2) bis 6) die als Anlage K 9 zur Akte gereichte „Änderung der Teilungserklärung und Gemeinschaftsordnung“, UrNr. ..., die im Anschluss durch den Notar sowie die Kläger zu 2) bis 6) unterzeichnet wurde. Die Kläger zu 2) bis 6) handelten dabei jeweils im eigenen und gemeinschaftlich auch im Namen des Klägers zu 1) sowie des Beklagten. Wegen des genauen Inhalts der notariellen Urkunde vom 27.04.2017 wird auf die Anlage K 9 Bezug genommen.

**8** Die Kläger haben in 1. Instanz die Auffassung vertreten, aus dem beim Amtsgericht München am 26.08.2016 protokollierten Vergleich, der rechtlich als Vorvertrag zum Abschluss eines endgültigen Hauptvertrags zu qualifizieren sei, stehe den Klägern ein Anspruch auf Abschluss des Hauptvertrags zu, wie er sich inhaltlich aus der Urkunde des Notariats ... vom 27.04.2017, UrNr. ... ergebe.

**9** Der Beklagte hat dies bestritten und ausgeführt, der Vergleich vom 26.08.2016 enthalte nicht eine alle notwendigen Einigungspunkte beinhaltende Regelung, vielmehr sei mit diesem lediglich ein vertraglicher Rahmen geschaffen worden. Zwischen dem im Vergleich vom

26.08.2016 in Bezug genommenen ursprünglichen Entwurf der Änderung der Teilungserklärung und Gemeinschaftsordnung (Anlage K 10) und der von den Klägern unterzeichneten Änderung der Teilungserklärung und Gemeinschaftsordnung vom 27.04.2017 (Anlage K 9) bestünden gravierende Unterschiede bzw. seien in der Urkunde vom 27.04.2017 gegenüber der zugrundeliegenden Entwurfs-Urkunde diverse Änderungen vorgenommen worden. Zudem seien die Anlagen 6 und 7 zur Urkunde vom 27.04.2017 nicht lesbar. Dem Beklagten könne aber nicht aufgegeben werden, eine Urkunde zu unterzeichnen, deren Anlagen nicht lesbar seien. Soweit gem. § 14 der notariellen Urkunde vom 27.04.2017 geregelt sei, dass die nicht persönlich anwesenden Miteigentümer von allen anwesenden Miteigentümern vertreten werden, mit der Maßgabe, dass jeweils eine Nachgenehmigung der nicht persönlich anwesenden Miteigentümer in notariell beglaubigter Form vorbehalten bleibt, sei eine entsprechende Vertretungsregelung nie Gegenstand eines Vergleichs oder eines notariellen Entwurfs gewesen, eine solche sei weder notwendig noch akzeptabel.

**10** Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands sowie der in 1. Instanz gestellten Anträge wird auf den Tatbestand des amtsgerichtlichen Urteils Bezug genommen, ergänzend auf die von den Parteien in 1. Instanz zur Akte gereichten Schriftsätze nebst Anlagen.

**11** Das Amtsgericht hat der Klage mit Urteil vom 21.03.2018 stattgegeben und den Beklagten verurteilt, die Urkunde des Notariats ... M., vom 27.04.2017, UrNr. ... (Anlage K 9), zu genehmigen. Zur Begründung hat es ausgeführt, der gerichtliche Vergleich vom 26.08.2016 in Verbindung mit den sich aus der notariellen Vereinbarung vom 21.10.2016, UrNr. ..., ergebenden Änderungen und Ergänzungen sei als Vorvertrag zu qualifizieren, durch den sich die Vertragsparteien zum Abschluss eines Hauptvertrags mit den sich hieraus ergebenden Eckpunkten verpflichtet hätten. Daraus habe sich für den Beklagten die Verpflichtung ergeben, an dem Aushandeln der Bedingungen des abzuschließenden Hauptvertrages mitzuwirken. Da der Beklagte dem nicht nachgekommen sei, seien die Kläger berechtigt, die Erfüllung der von dem Beklagten übernommenen Verpflichtung in Gestalt einer von den Klägern vorformulierten Vertragserklärung zu verlangen und zum Gegenstand einer Klage zu machen. Sache des Beklagten wäre es gewesen, einen möglichen Gestaltungsspielraum einredeweise geltend zu machen, soweit eine abschließende Einigung im Vorvertrag noch nicht erfolgt sei. Die Änderungsvorschläge des Beklagten seien jedoch über den durch den Vorvertrag vorgegebenen Gestaltungsspielraum weit hinausgegangen. Daher seien die Kläger grundsätzlich berechtigt gewesen auf der Grundlage des geschlossenen Vorvertrags einen

konkreten Vertragsvorschlag zu machen, was mit Unterzeichnung der Vertragsurkunde UrNr. ... im Notariat ... am 27.04.2017 geschehen sei. Die darin enthaltenen Vereinbarungen entsprächen am ehesten den Vereinbarungen des Vorvertrags, so dass die Kläger gegen den Beklagten einen Anspruch hätten, diese zu genehmigen und damit zugleich die in der notariellen Urkunde vom 27.04.2017, UrNr..., des Notars ... in M., enthaltene Bewilligung gem. § 29 GBO zu erteilen. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Gründe des Urteils des Amtsgerichts München vom 21.03.2018 verwiesen.

**12** Gegen das Urteil hat der Beklagte Berufung eingelegt.

**13** Zur Begründung wiederholt er seinen Vortrag aus der 1. Instanz. Weiterhin führt er aus, er sei zu keinem Zeitpunkt mit seiner Vertretung von allen anwesenden Miteigentümern bei der notariellen Beurkundung vom 27.04.2017 gem. § 14 der notariellen Urkunde vom 27.04.2017 (Anlagen K 9) einverstanden gewesen. Die Urkunde sei von den Miteigentümern in seiner Vertretung ohne Vertretungsmacht unterzeichnet worden. Eine nachträgliche Genehmigung gem. § 177 BGB sei schon wegen der bereits vor Errichtung der Urkunde vom 27.04.2017 und auch danach mehrfach erfolgten Ablehnung der Genehmigung nicht mehr möglich. Mit der Verweigerung der Genehmigung sei der Vertrag endgültig unwirksam geworden. Bei dem am 26.08.2016 vor dem Amtsgericht München geschlossenen Vergleich handelt es sich nach Auffassung des Beklagten auch nicht um einen Vorvertrag. Mehr als einen Auftrag an den Notar, einen bestehenden Entwurf anzupassen, könne man in die Vereinbarung vom 21.10.2016 nicht hineininterpretieren. Ein Vorvertrag könne zudem nicht auf eine Verfügung und damit nicht auf eine Änderung der Teilungserklärung gerichtet sein. Aus den Gründen des amtsgerichtlichen Urteils ergebe sich im Übrigen, dass sich die Parteien noch nicht über alle Punkte abschließend geeinigt hätten. Rechtsfolge sei gem. § 154 I BGB, dass ein Vertrag noch nicht zustande gekommen sei (offener Dissens). Falsch sei darüber hinaus die Annahme des Amtsgerichts, der Beklagte sei seiner Mitwirkungspflicht zum Aushandeln des abzuschließenden Vertrages nicht nachgekommen. Denn der Beklagte habe sowohl an der mehrstündigen Besprechung im Notariat ... am 21.10.2016 teilgenommen, als auch dem Notariat seine präzisen Änderungswünsche noch vor der Beurkundung vom 27.04.2017 mit der als Anlage B 1 vorgelegten E-Mail mitgeteilt. Ebenso seien dem Amtsgericht mit Schriftsatz des Beklagtenvertreters vom 13.10.2017 konkrete Vorschläge bezüglich zusätzlich zu regelnder Punkte unterbreitet worden. Der Beklagte ist weiter der Ansicht, dass der am 26.08.2016 vor dem Amtsgericht München geschlossene Vergleich, obgleich er einen der notariellen Beurkundungspflicht un-

terliegenden Inhalt aufweise, nicht den Anforderungen des § 127 a BGB genüge, da der in Ziffer I. des Vergleichs genannte Nachtrag zur Teilungserklärung dem Protokoll vom 26.08.2016 nicht gem. § 160 V ZPO beigefügt, weder verlesen noch den Parteien zur Durchsicht vorgelegt und auch nicht von diesen genehmigt worden sei gem § 162 I Satz 1 ZPO i. V. mit § 160 III Satz 1 ZPO. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Berufungsbegründung vom 28.06.2018 sowie den Schriftsatz der Beklagtenseite vom 12.03.2019 Bezug genommen.

**14** Der Beklagte beantragt,

1. Das Urteil des Amtsgerichts München, Az: 481 C 12909717 WEG vom 21.03.2018 wird aufgehoben.

2. Die Klage wird abgewiesen. Die Kläger beantragen die Zurückweisung der Berufung.

**15** Auch sie wiederholen den Vortrag aus der 1. Instanz. Zudem bestreiten sie, dass die Anlagen 6 und 7 zur Urkunde Nr... vom 27.04.2017 nicht lesbar seien. Das Original der Anlagen sei gut lesbar. Der Beklagte habe auch nicht substantiiert dargelegt, wann und in welcher Form er die Genehmigung der notariellen Urkunde vom 27.04.2017 abgelehnt habe. Eine Genehmigung vor Beurkundung des Nachtrags hätte schon rechtlich nicht erfolgen können, da eine Genehmigung gem. § 184 I BGB stets eine nachträgliche Zustimmung beinhalte. Da der Beklagte aufgrund des gerichtlichen Vergleichs vom 26.08.2016 zur Genehmigung der notariellen Urkunde vom 27.04.2017 verpflichtet sei, würde eine Verweigerung der Genehmigung auch gegen Treu und Glauben verstoßen und könnte daher keine rechtliche Wirkung entfalten. Ohnehin sei der Beklagte weder von den Klägern noch von deren Prozessbevollmächtigten zur Abgabe einer Genehmigung, insbesondere nicht in der nach § 14 Nr. 4 der Urkunde vom 27.04.2017 vorgesehenen Form, aufgefordert worden. Nach Auffassung der Kläger ist auch § 154 BGB nicht anwendbar, da eine Einigung über sämtliche Punkte des Vertrags zum Zeitpunkt des Vergleichsabschlusses bereits vorgelegen habe. Insbesondere seien sich die Parteien darüber einig gewesen, dass die Verpflichtung aus dem Vergleich vom 26.08.2016 durch die notarielle Vereinbarung vom 21.10.2016 nicht entfallen sollte. Vielmehr sei mit dieser Vereinbarung dem zum damaligen Zeitpunkt vorliegenden Nachtrag zur Teilungserklärung, der Anlage K 10, erneut ausdrücklich zugestimmt worden. Die Kläger meinen, der am 26.08.2016 vor dem Amtsgericht München geschlossene Vergleich sei auch ohne die Beifügung des allen Beteiligten bekannten, in Ziffer I. des Vergleichs genannten Nachtrags zur Teilungserklärung wirksam. Jedenfalls sei ein Berufen des Beklagten auf die Unwirksamkeit des gerichtlichen Vergleichs treuwidrig. Denn nach ständiger Rechtsprechung sei bei einer Existenzgefährdung sowie in Fällen einer besonders schwe-

ren Treuepflichtverletzung die Formwirksamkeit eines Rechtsgeschäfts unbeachtlich und dieses als gültig zu behandeln. Der gerichtliche Vergleich sei von beiden Parteien seit seinem Abschluss als gültig behandelt worden. Insbesondere hätten die Parteien durch Beurkundung der Vereinbarung im Notariat ... am 21.10.2016 dokumentiert, an den Regelungen des gerichtlichen Vergleichs in jedem Fall festhalten zu wollen. Die Abweichungen in der Urkunde vom 27.04.2017 (Anlage K 9) gegenüber dem bei Vergleichsschluss am 26.08.2016 vorliegenden Entwurf (Anlage K 10) seien unbeachtlich und lediglich redaktioneller Art. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Schriftsatz der Kläger vom 09.01.2019 und die Berufungserwidernung vom 12.02.2019 Bezug genommen.

**16** Zur Ergänzung des Tatbestands wird auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 13.03.2019 und den darin dokumentierten Hinweis der Kammer Bezug genommen.

## ▶ II. Aus den Gründen:

**17** Die zulässige Berufung ist begründet.

**18** 1. Ein Anspruch der Kläger auf Genehmigung der als Anlage K 9 vorgelegten Urkunde des Notariats ... vom 27.04.2017, UrNr. durch den Beklagten ergibt sich nicht aus der am 21.10.2016 im Notariat ... beurkundeten Vereinbarung, da die Vereinbarung vom 21.10.2016 nicht rechtswirksam zustande gekommen ist.

**19** 1.1. Inhaltlich nimmt die notariell beurkundete Vereinbarung vom 21.10.2016 auf den am 26.08.2016 geschlossenen gerichtlichen Vergleich Bezug, der in § 2 Ziffern 1. bis 4. ergänzt bzw. abgeändert wird, gem. § 2 Ziffer 6. der notariellen Vereinbarung vom 21.10.2016 im Übrigen aber unverändert weitergelten soll. Der gerichtliche Vergleich vom 26.08.2016 wiederum sieht in Ziffer I. vor, dass bis spätestens 21.10.2016 – dieses Datum wurde in der Vereinbarung vom 21.10.2016, § 2 Ziffer 1. abgeändert auf 24.11.2016 – ein Termin vor dem Notariat M., zur Beurkundung des bereits vorliegenden Nachtrags zur Teilungserklärung stattfinden soll. Wie das Amtsgericht zutreffend ausgeführt hat, beinhaltet dies nach dem erklärten Willen der Parteien eine Verpflichtung, einen Nachtrag zur Teilungserklärung zu vereinbaren und notariell zu beurkunden. In der Sache handelt es sich daher bei den im gerichtlichen Vergleich vom 26.08.2016 getroffenen Vereinbarungen mit den Ergänzungen und Abänderungen gemäß der Urkunde des Notars ... vom 21.10.2016, wie das Amtsgericht zutreffend erkannt hat, um einen Vorvertrag, mit dem die schuldrechtliche Verpflichtung zum späteren Abschluss des Hauptvertrags begründet werden sollte (vgl. *Ellenberger* in Palandt,

78. Aufl., Rn 19 vor § 145 BGB). Entgegen der Ansicht des Beklagten war die im gerichtlichen Vergleich vom 26.08.2016 getroffene Vereinbarung in Verbindung mit den am 21.10.2016 beurkundeten Veränderungen und Ergänzungen insbesondere nicht lediglich auf die Vornahme eines Verfügungsgeschäftes gerichtet, was die Qualifizierung als Vorvertrag ausschließen würde (vgl. *Ellenberger* in Palandt, 78. Aufl., Rn 19 vor § 145 BGB). Denn der Entwurf des Nachtrags zur Teilungserklärung, zu dessen Beurkundung sich die Parteien in dem gerichtlichen Vergleich vom 26.08.2016 verpflichten wollten und der nach übereinstimmenden Angaben der Parteien der Anlage K 10 entspricht, beinhaltet nicht lediglich die Zustimmung zu dinglichen Rechtsänderungen in Form einer Inhaltsänderung des jeweiligen Wohnungseigentums bzw. der Einräumung von Sondereigentum, sondern auch die Vereinbarung des diesen Rechtsänderungen zugrundeliegenden schuldrechtlichen Kausalgeschäfts.

**20** 1.2. An den notwendigen Inhalt eines Vorvertrags sind dabei nicht die gleichen Anforderungen zu stellen wie an eine die Sache endgültig regelnde Vereinbarung. Ein wirksamer Vorvertrag setzt aber voraus, dass sich die Parteien über alle wesentlichen Punkte geeinigt haben und der Inhalt des abzuschließenden Hauptvertrages zumindest bestimmbar ist. Punkte, die sie für nicht wesentlich halten, können die Parteien dagegen einer späteren Einigung vorbehalten (vgl. *Ellenberger* in Palandt, 78. Aufl., Rn 20 vor § 145 BGB; BGH, Urteil vom 07.02.1986, Az: V ZR 176/84, juris).

**21** Vorliegend wird wegen des zu beurkundenden Nachtrags zur Teilungserklärung in Ziffer I. des Vergleichs auf „den bereits vorliegenden Nachtrag zur Teilungserklärung“ verwiesen. Wie das Amtsgericht festgestellt hat und zwischen den Parteien auch unstreitig ist, war hiermit der als Anlage K 10 zur Akte gereichte Entwurf des Notars für einen Nachtrag zur Teilungserklärung gemeint. Dieser beinhaltet im Wesentlichen die Begründung von Sondereigentum an Wohnungen im neu entstandenen 4. OG der Wohnanlage ... M. und der Übertragung des Sondereigentums an fünf dieser Wohnungen an die Kläger zu 1) und 5) in Gesellschaft bürgerlichen Rechts und den restlichen zwei Wohnungen im 4. OG an den Beklagten. Der in Anlage K 10 vorgelegte Entwurf lässt allerdings offen, welche Miteigentumsanteile den neu geschaffenen Wohnungen im 4. OG zugewiesen werden sollen und in welcher Weise sich die Miteigentumsanteile der Bestandswohnungen hierdurch verkleinern, vgl. hierzu §§ 3, 4 des Entwurfs und die Anlagen A 1 bis A 2, die insoweit keine Angaben enthalten. Gleichfalls enthält der Entwurf noch keine Bestimmung dazu, inwieweit sich der Kostenverteilungsschlüssel ändern

soll (vgl. Seite 12 der Anlage K 10 sowie die Anlage 3, die hierzu keine Angaben enthält). Offen bleibt auch, ob das Stimmrecht angepasst/geändert werden soll (vgl. Seite 12) und evtl auch ob die auf Seite 11 genannte Regelung des § 2b ergänzend in die Gemeinschaftsordnung aufgenommen werden soll (insoweit ist nicht klar, warum und zu welchem Zweck hier eine Änderung der bisherigen Pläne entsprechend den Wünschen des Beklagten erfolgen muss, wie vom Notar auf Seite 11 angemerkt).

**22** Zur Bestimmung der Miteigentumsanteile der neuen Sondereigentumseinheiten im 4. OG wurden Ziffern I. und II. des gerichtlichen Vergleichs vom 26.08.2016 ergänzende Regelungen getroffen. Wie diese Regelungen zu verstehen sind und was genau damit gemeint ist, wenn es in Ziffer II. Satz 2 des Vergleichs heißt, dass „im notariellen Nachtrag zur Teilungserklärung die neu geschaffenen Miteigentumsanteile sich an den Wohnflächen orientieren“, ist jedoch nicht ohne weiteres klar und lässt vor dem Hintergrund, dass der Notar im Entwurf des Nachtrags zur Teilungserklärung angeraten hat, aus grunderwerbsteuerlichen Gründen Miteigentumsanteile nur von denjenigen Bestandwohnungen abzuspalten, die im Eigentum von Personen stehen, auf die das Eigentum an den neu zu begründenden Sondereigentumseinheiten übertragen werden soll (vgl. Seite 5 der Anlage K 10), zumindest Spielraum für eine Auslegung. Insoweit sieht die notariell beurkundete Vereinbarung vom 21.10.2016 in § 2 Ziffern 2. bis 4. eine Klarstellung bzw. Ergänzung/Änderung vor und enthält konkrete Vorgaben, wie sich die neuen Miteigentumsanteile der Sondereigentumseinheiten sowie der künftige Kostenverteilungsschlüssel anhand der Wohn- und Nutzflächen der Sondereigentumseinheiten errechnen, verbunden mit dem Auftrag an das Planungsbüro Leitner, die Berechnung der neuen Miteigentumsanteile und des Kostenverteilungsschlüssels entsprechend diesen Vorgaben vorzunehmen. Dass sich die Parteien bei der Besprechung vom 21.10.2016 im Notariat ... zudem darauf geeinigt hätten, in den Nachtrag zur Teilungserklärung noch weitere, dort bislang nicht enthaltene und auch nicht im Vergleich oder der notariell beurkundeten Vereinbarung vom 21.10.2016 erwähnte Regelungen aufzunehmen oder den Entwurf in anderen als den im gerichtlichen Vergleich und der notariell beurkundeten Vereinbarung vom 21.10.2016 bezeichneten Punkten zu ergänzen, haben die Parteien schon nicht vorgetragen. Entsprechendes lässt sich auch nicht der Bestimmung in § 2 Ziffer 5 der notariell beurkundeten Vereinbarung vom 21.10.2016 entnehmen, wonach der Urkundsnotar beauftragt wird, „den Entwurf entsprechend der heutigen Besprechung anzupassen und allen Vertragsteilen und ihren Anwälten zukommen zu lassen“. Denn einer

Anpassung des Entwurfs bedurfte es bereits im Hinblick auf die in § 2 Ziffern 2 bis 4 der notariellen Urkunde vom 21.10.2016 getroffenen Bestimmungen und der danach durchzuführenden Berechnung der neuen Miteigentumsanteile und des Kostenschlüssels.

**23** Damit hatten sich die Parteien aber spätestens aufgrund der am 21.10.2016 notariell beurkundeten Vereinbarung, mit der der gerichtlich protokollierte Vergleich vom 26.08.2016 teilweise klarge stellt bzw. ergänzt/geändert wurde, über die wesentlichen Punkte des abzuschließenden Hauptvertrags geeinigt und war der Inhalt des abzuschließenden Hauptvertrags bestimmbar.

**24** 1.3. Da allerdings nach dem Inhalt des als Anlage K 10 vorgelegten Entwurfs und auch der Regelung in Ziffer II. des gerichtlichen Vergleichs vom 26.08.2016, der gem. § 2 Ziffer 6. der notariell beurkundeten Vereinbarung vom 21.10.2016 mit den Ergänzungen bzw. Abänderungen gem. § 2 Ziffern 2. bis 4. dieser Urkunde fortgelten sollte, in dem abzuschließenden Nachtrag zur Teilungserklärung neue Sondereigentumseinheiten geschaffen und einzelnen Mitgliedern der Wohnungseigentümergemeinschaft übertragen werden sollten, bedurfte die hierauf gerichtete schuldrechtliche Vereinbarung gem. § 4 III WEG zu ihrer Wirksamkeit der notariellen Beurkundung gem. § 311 b I BGB. Die Formvorschrift gilt dabei auch für den Vorvertrag, der eine Verpflichtung zum späteren Abschluss eines Hauptvertrages mit einem entsprechenden Inhalt begründen soll (vgl. *Ellenberger* in Palandt, 78. Aufl., Rn 20 vor § 145 BGB). Den Anforderungen des § 311b I BGB genügt die notariell beurkundete Vereinbarung vom 21.10.2016 indes nicht.

**25** 1.3.1. Nachdem die am 21.10.2016 notariell beurkundete Vereinbarung eine Konkretisierung und Ergänzung bzw. Abänderung des gerichtlichen Vergleichs vom 26.08.2016 zum Gegenstand hat, ist der Inhalt des gerichtlichen Vergleichs vom 26.08.2016 Bestandteil der Vereinbarung vom 21.10.2016 und unterliegt daher gemeinsam mit dieser der Beurkundungspflicht nach § 311b BGB. Das Beurkundungserfordernis nach § 311b I BGB erstreckt sich insbesondere nicht nur auf die Veräußerungs- und Erwerbsverpflichtung, sondern auf den Vertrag im Ganzen. Formbedürftig sind alle Vereinbarungen, aus denen sich nach dem Willen der Parteien das schuldrechtliche Veräußerungsgeschäft zusammensetzt, wobei gleichgültig ist, ob es sich um eine objektiv wesentliche oder unwesentliche Abrede handelt (vgl. *Grüneberg* in Palandt, 78. Aufl., Rn 25 zu § 311b BGB).

**26** 1.3.2. Insoweit wird in der notariellen Urkunde vom 21.10.2016 zwar auf den gerichtlichen Vergleich vom 26.08.2016 verwiesen. Entgegen § 9 I Satz 2, 3 BeurkG sind jedoch weder der gerichtlich protokollierte Ver-

gleich noch der dort in Bezug genommene Entwurf des Nachtrags zur Teilungserklärung (Anlage K 10) der notariell beurkundeten Vereinbarung vom 21.10.2016 beigelegt worden.

**27** 1.3.3. Auch die Voraussetzungen unter denen gem. § 13a I, II BeurkG von der Verlesung und Beifügung von in Bezug genommenen Urkunden abgesehen werden kann, liegen nicht vor.

**28** Dabei kann davon ausgegangen werden, dass den Parteien der Inhalt des gerichtlich protokollierten Vergleichs vom 26.08.2016 und des dort in Bezug genommenen Entwurfs des Nachtrags zur Teilungserklärung (Anlage K 10) bei Beurkundung der Vereinbarung vom 21.10.2016 bekannt waren. Auch soweit die Niederschrift vom 21.10.2016 keine Feststellungen gem. § 13a I Satz 2, II Satz 2 BeurkG dazu trifft, dass die Parteien auf das Verlesen und die Beifügung des Vergleichs vom 26.08.2016 sowie des Entwurfs des Nachtrags zur Teilungserklärung verzichtet haben, stünde dies als solches, da es sich bei § 13a I Satz 2, II Satz 2 BeurkG jeweils um eine Sollvorschrift handelt, einer wirksamen Beurkundung nicht entgegen, wenn die Parteien tatsächlich eine entsprechende Verzichtserklärung abgegeben hätten (vgl. BGH, Urteil vom 18.07.2003, Az: V ZR 431/02, juris Rn 9). Ob dies vorliegend der Fall war, bedarf allerdings keiner weiteren Aufklärung, da die Punkte, über die sich die Parteien beim Amtsgericht in den Verfahren 481 C 11412/12 WEG und 481 C 28496/12 WEG vergleichsweise einigen wollten, nicht bzw. nicht vollständig in eine notarielle Niederschrift i. S. des § 13a I Satz 1 BeurkG aufgenommen wurden. Die Vorschrift des § 13a BeurkG findet nämlich nur Anwendung bei einem Verweis auf eine andere notarielle Niederschrift.

**29** Zwar wird gem. § 127a BGB die notarielle Beurkundung bei einem gerichtlichen Vergleich durch die Aufnahme der Erklärungen in ein nach den Vorschriften der Zivilprozessordnung errichtetes Protokoll ersetzt. Das vom Amtsgericht errichtete Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 26.08.2016 zu den Verfahren 481 C 11412/12 WEG und 481 C 28496/12 WEG gibt die dort von den Parteien getroffene vergleichsweise Einigung jedoch nur unvollständig wieder und nimmt im Übrigen auf einen „bereits vorliegenden Nachtrag zur Teilungserklärung“ Bezug, ohne diesen näher zu spezifizieren. Wie der Vergleich des vom Amtsgericht erstellten Protokolls der mündlichen Verhandlung vom 26.08.2016 und des darin enthaltenen Vergleichswortlautes mit dem als Anlage K 10 zur Akte gereichten Entwurf des Nachtrags zur Teilungserklärung zeigt, wurden damit nicht alle wesentlichen Punkte des abzuschließenden Hauptvertrages, über die die Parteien eine Einigung getroffen hatten und die daher, wie vorstehend dargelegt, beurkun-

dungspflichtig waren, in das vom Amtsgericht erstellte Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 26.08.2016 aufgenommen. So hat in dem gerichtlich protokollierten Vergleichstext die beabsichtigte Übertragung eines Teils der neu zu begründenden Sondereigentumseinheiten im 4. OG an die Kläger zu 1) und 5) in Gesellschaft bürgerlichen Rechts auch nicht andeutungsweise ihren Niederschlag gefunden. Aus dem protokollierten Vergleichstext ergeben sich zudem weder die genaue Lage noch die Größe der neu zu begründenden Sondereigentumseinheiten im 4. OG, insbesondere auch nicht der Wohnungen Nr. 2 und 3 im Ostteil, die gem. Ziffer II. des protokollierten Vergleichs auf den hiesigen Beklagten übertragen werden sollten. Das Beurkundungserfordernis des § 311b I BGB umfasst aber auch die hinreichend bestimmte Bezeichnung des zu übertragenden Grundstücks bzw. der zu übertragenden Wohnung (vgl. *Grüneberg* in Palandt, 78. Aufl., Rn 26 zu § 311b BGB). Die Vorschrift des § 160 V ZPO, wonach der Aufnahme in das Protokoll die Aufnahme in eine Schrift gleichsteht, die dem Protokoll als Anlage beigefügt wird und in ihm als solche bezeichnet ist, hilft insoweit nicht weiter, weil der bereits vorliegende Nachtrag dem gerichtlichen Protokoll vom 26.08.2016 nicht als Anlage beigefügt wurde.

**30** Allerdings hat der Bundesgerichtshof ausdrücklich offen gelassen, ob Unterlagen, auf die in einem Vergleich Bezug genommen wird, entsprechend einer verbreiteten obergerichtlichen Rechtsprechung zwingend als Anlage zum Protokoll zu nehmen, vorzulesen und von den Parteien zu genehmigen sind und bei Nichteinhaltung dieser Förmlichkeiten der Vergleich nicht den prozessualen Voraussetzungen genügt, deshalb unwirksam ist und den Rechtsstreit nicht beendet (vgl. BGH, Urteil vom 21.11.2013, Az: VII ZR 48/12, NZBau 2014, 102, Rn 12). Ob der zuvor beschriebenen obergerichtlichen Rechtsprechung allgemein zu folgen ist, muss auch hier nicht entschieden werden. Jedenfalls dann, wenn durch einen gerichtlichen Vergleich die notarielle Beurkundung gem. § 127a BGB ersetzt werden soll, ist es aber erforderlich, die der notariellen Beurkundungspflicht unterliegenden Erklärungen in das gerichtliche Protokoll aufzunehmen, wobei gem. § 160 V ZPO die Aufnahme in das Protokoll auch in der Weise erfolgen kann, dass die der Beurkundungspflicht unterliegenden Erklärungen in eine Schrift aufgenommen werden, die dem Protokoll als Anlage beigefügt und in ihm als solche bezeichnet wird (so auch Brandenburgisches Oberlandesgericht, Urteil vom 19.07.2007, Az: 5 U 192/06, juris Rn 38 und BayObLG, Beschluss vom 28.07.1988, Az: Breg 2 Z 152/87, juris Rn 16ff). Dafür spricht bereits der Wortlaut der Vorschrift des § 127a BGB, der für die Ersetzung einer notariellen Beurkundung durch einen gerichtlichen

Vergleich ausdrücklich fordert, dass „die Erklärungen“ in ein nach den Vorschriften der Zivilprozessordnung errichtetes Protokoll aufgenommen werden. Gemeint sein können mit „den Erklärungen“ aber nur alle der Beurkundungspflicht unterliegenden Erklärungen, da ja gerade deren notarielle Beurkundung gem. § 127a BGB durch die Aufnahme in das nach den Vorschriften der Zivilprozessordnung errichtete Protokoll ersetzt wird. Auch der Sinn und Zweck der Beurkundungspflicht, die Parteien auf die Bedeutung des Geschäfts hinzuweisen und vor dem Eingehen übereilter Verpflichtungen oder zu unüberlegten Bedingungen zu schützen (Warnfunktion), den Beweis der getroffenen Vereinbarung zu sichern (Beweisfunktion), die Gültigkeit des Rechtsgeschäftes zu gewährleisten (Gültigkeitsgewähr) und eine sachgemäße Beratung der Parteien sicherzustellen (Beratungsfunktion) (vgl. *Grüneberg* in Palandt, 78. Aufl., Rn 2 zu § 311b BGB), würde völlig ausgehöhlt, würde man es für § 127a BGB genügen lassen, wenn der Beurkundungspflicht nach § 311 b BGB unterliegende Erklärungen in einem Schriftstück enthalten sind, auf das zwar in dem protokollierten Vergleich Bezug genommen, das aber dem Protokoll nicht beigefügt, den Parteien auch nicht gem. § 162 I ZPO vorgelesen oder zur Durchsicht vorgelegt und von diesen nicht genehmigt wurde und welches möglicherweise auch dem Gericht gar nicht zur Kenntnis gebracht wurde. Das kann aber nicht die Intention des Gesetzgebers bei der Einführung der Regelung des § 127a BGB gewesen sein.

**31** Soweit nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes auf einen gerichtlich festgestellten Vergleich nach § 278 VI ZPO § 127a BGB entsprechende Anwendung findet (vgl. BGH, Beschluss vom 01.02.2017, Az: XII ZB 71/16, juris Rn 25ff), ergibt sich daraus nicht, dass gem. § 127a BGB eine notarielle Beurkundung durch einen gerichtlichen Vergleich auch dann ersetzt werden kann, wenn die der Beurkundungspflicht unterliegenden Erklärungen in einem Schriftstück enthalten sind, auf welches in dem protokollierten Vergleich verwiesen, welches aber dem Protokoll nicht gem. § 160 V ZPO als Anlage beigefügt wird. Vielmehr begründet der Bundesgerichtshof die vorgenannte Entscheidung u. a. gerade damit, dass das Verfahren nach § 278 VI ZPO auch die mit einer notariellen Beurkundung verbundene Schutzzwecke in gleicher Weise wie die gerichtliche Protokollierung eines Vergleichs erfüllt (vgl. BGH, Beschluss vom 01.02.2017, Az: XII ZB 71/16, juris Rn 36ff). Wenn er in diesem Zusammenhang ausführt, die Beweisfunktion einer notariellen Urkunde, die beim Protokollvergleich durch die Aufnahme der Erklärungen in das Protokoll (§ 160 II Nr. 1 ZPO), die Genehmigung des Protokolls nach Verlesung oder Vorspielen der vorläufigen Aufzeichnung

(§ 162 I ZPO) und der Unterzeichnung des fertiggestellten Protokolls durch den Vorsitzenden und den Urkundsbeamten der Geschäftsstelle (§ 163 ZPO) erreicht werde, werde in dem Verfahren nach § 278 VI ZPO durch die deklaratorische Feststellung des wirksamen Zustandekommens und des Inhalts der getroffenen Vereinbarung durch gerichtlichen Beschluss in einer öffentlichen Urkunde i. S. des § 415 I ZPO erreicht, geht er dabei offensichtlich davon aus, dass sämtliche der Beurkundungspflicht unterliegenden Erklärungen in das gerichtliche Protokoll oder einem dort in Bezug genommenen und dem Protokoll als Anlage gem. § 160 V ZPO beigefügten Schriftstück aufgenommen werden. Ist dies nicht der Fall, wäre jedenfalls auch die vom Bundesgerichtshof beschriebene Beweisfunktion durch den gerichtlichen protokollierten Vergleich nicht gewahrt. Zudem wäre nicht sichergestellt, dass das Gericht zumindest überprüfen kann, ob der unterbreitete Vergleich nicht gegen die guten Sitten, gesetzliche Verbote oder die öffentliche Ordnung verstößt.

**32** Die unvollständige Aufnahme der von den Parteien getroffenen Vereinbarungen in das vom Gericht errichtete Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 26.08.2016 führt dazu, dass bezüglich der nicht in das vom Gericht errichtete Protokoll aufgenommenen Abreden die Vorschrift des § 127a BGB nicht greift, die insoweit erforderliche notarielle Beurkundung also nicht durch den gerichtlich protokollierten Vergleich ersetzt wird. Das wurde vorliegend auch nicht dadurch geheilt, dass in § 2 Ziffer 5. der am 21.10.2016 notariell beurkundeten Vereinbarung wiederum auf „den Entwurf“ Bezug genommen wurde. Denn der in Ablichtung als Anlage K 10 vorgelegte Entwurf des Nachtrags zur Teilungserklärung erfüllt noch nicht die Voraussetzungen einer notariellen Niederschrift i. S. des § 13a I BeurkG, da eine Beurkundung gerade noch nicht stattgefunden hatte. Der Entwurf des Nachtrags zur Teilungserklärung wurde, wie dargelegt, der am 21.10.2016 notariell beurkundeten Vereinbarung auch nicht gem. § 9 I Satz 2 BeurkG beigefügt.

**33** 1.4. Folge der nur unvollständigen Beurkundung ist, dass die nicht beurkundeten Abreden der Parteien gem. § 125 Satz 1 BGB nichtig sind (vgl. *Grüneberg* in Palandt, 78. Aufl., Rn 38 zu § 311b BGB; *Armbrüster* in Bärmann, 14. Aufl., Rn 36 zu § 4 WEG). Da aber nicht anzunehmen ist, dass die Parteien die notariell beurkundete Vereinbarung vom 21.10.2016 auch ohne die Einbeziehung der zwar aus dem als Anlage K 10 vorgelegten Entwurf des Nachtrags zur Teilungserklärung ersichtlichen, aber weder in die notarielle Urkunde vom 21.10.2016 noch in das Protokoll des Amtsgerichts München vom 26.08.2016 aufgenommenen Regelungen getroffen hätten, ist die Vereinbarung gem. § 139 BGB insgesamt nichtig.

**34** 2. Aus den vorstehend dargelegten Umständen steht den Klägern gegen den Beklagten ein Anspruch auf Genehmigung der als Anlage K 9 vorgelegten Urkunde des Notariats ... vom 27.04.2017, UrNr. ..., auch nicht aus dem beim Amtsgericht München in den Verfahren 481 C 11412/12 WEG und 481 C 28496/12 WEG geschlossenen gerichtlichen Vergleich zu. Denn der Vergleich war, da sein Inhalt nach § 4 III WEG i. V. mit § 311b I BGB beurkundungspflichtig war, ein wesentlicher Teil der beurkundungspflichtigen Erklärungen jedoch nicht beurkundet bzw. gem. § 127a BGB in das vom Gericht errichtete Protokoll aufgenommen wurde und damit gem. § 125 Satz 1 BGB nichtig war und nicht anzunehmen ist, dass die Parteien den Vergleich auch ohne die mangels Beurkundung nichtigen Abreden geschlossen hätten, gem. § 139 BGB insgesamt nichtig. Auf die Frage, ob der am 26.08.2016 vor dem Amtsgericht München geschlossene Vergleich nach dem Willen der Parteien durch die am 21.10.2016 notariell beurkundete Vereinbarung vollständig ersetzt werden sollte und ob die Parteien gegebenenfalls auch nach der Klarstellung bzw. Ergänzung/Änderung der im Vergleich vom 26.08.2016 getroffenen Abreden durch die am 21.10.2016 notariell beurkundete Vereinbarung an dem Vergleich vom 26.08.2016 festgehalten hätten, wenn sie die Nichtigkeit der notariell beurkundeten Vereinbarung vom 21.10.2016 gekannt hätten, kommt es daher nicht an.

**35** 3. Die Kläger können den von ihnen geltend gemachten Anspruch gegen den Beklagten auf Genehmigung der als Anlage K 9 vorgelegten Urkunde des Notariats ... vom 27.04.2017, UrNr. ... überdies nicht aus § 10 II Satz 3 WEG herleiten. Die Regelung des § 10 II Satz 3 WEG erfasst nämlich nur Vereinbarungen, mit denen das Verhältnis der Wohnungseigentümer untereinander geregelt wird, nicht jedoch Vereinbarungen, die die sachrechtlichen Grundlagen, also die Eigentumsverhältnisse betreffen (vgl. *Suilmann* in Bärmann, 14. Aufl., Rn 74 und 152 zu § 10 WEG). Zu letzteren zählen aber die in der als Anlage K 9 vorgelegten Urkunde des Notariats ... vom 27.04.2017, UrNr. ..., enthaltenen Bestimmungen zur Abspaltung von Miteigentumsanteilen von einzelnen dort näher bezeichneten Wohnungen und deren Verbindung mit Sondereigentum an neu gebildeten Wohnungen sowie die Übertragung des Eigentums an diesen Wohnungen auf einzelne Personen. Diese Bestimmungen sind jedoch für die Kläger erkennbar von entscheidender Bedeutung und es kann nicht angenommen werden, dass sie den in der Urkunde des Notariats ... vom 27.04.2017, UrNr. ..., enthaltenen Vereinbarung auch unter Weglassung der Bestimmung zur Begründung neuer Sondereigentumseinheiten und deren Übertragung auf die dort näher bezeichneten Personen zustimmen würden und

daher der von ihnen gestellte Antrag auch eine Genehmigung nur der in der Urkunde des Notariats ... vom 27.04.2017, UrNr. enthalten Vereinbarungen, die das Verhältnis der Wohnungseigentümer untereinander betreffen, umfassen sollte, wobei diese für sich ohne die Bestimmungen zur Begründung der neuen Sondereigentumseinheiten und deren Übertragung auf die näher genannten Personen überwiegend ohnehin keinen Sinn ergeben und keinen Bestand haben können.

**36** 4. Entgegen der Auffassung der Kläger stellt sich die Berufung des Beklagten auf die Formnichtigkeit der getroffenen Vereinbarungen schließlich nicht als treuwidrig i. S. des § 242 BGB dar. Für die Annahme eines Verstoßes gegen § 242 BGB bei Berufung auf die Formnichtigkeit geltend strenge Anforderungen. Hiernach muss das Scheitern des Rechtsgeschäfts an dem Formmangel zu einem Ergebnis führen, das für die betroffene Partei nicht nur hart, sondern schlechthin untragbar ist. Diese Voraussetzungen erfüllen insbesondere zwei Fallgruppen, nämlich zum einen die Fälle der Existenzgefährdung und zum anderen die Fälle einer besonders schweren Treupflichtverletzung des anderen Teils (vgl. BGH, Urteil vom 16.07.2004, Az: V ZR 222/03, juris Rn 13; *Ellenberger* in Palandt, 78. Aufl., Rn 22 ff zu § 125 BGB). Ein solcher Fall ist hier nicht gegeben. Insbesondere kann der Umstand, dass der Beklagte einen Formmangel im Notartermin vom 21.10.2016 nicht gerügt hat, keine schwere Treupflichtverletzung darstellen, zumal keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass ihm der Formmangel zum damaligen Zeitpunkt überhaupt bewusst war. Auch ist nicht ersichtlich, dass der Beklagte bislang irgendwelche Vorteile aus dem Vertrag gezogen hat oder die Kläger bei dessen Unwirksamkeit in ihrer Existenz gefährdet wären. Vielmehr stehen ohne die von den Klägern angestrebte Änderung der Teilungserklärung und Gemeinschaftsordnung die neu erstellten Wohnungen im 4. OG der Wohnungseigentumsanlage im Gemeinschaftseigentum sämtlicher Mitglieder der Wohnungseigentümergeinschaft, so dass auch die durch die Vermietung der Wohnungen erzielten Einnahmen grundsätzlich allen Mitgliedern der Wohnungseigentümergeinschaft gem. § 16 I WEG anteilig zustehen, mithin auch den Klägern.

## **Anforderungen an ein Stiftungsgeschäft über ein Grundstück; Prüfungspflicht gem. § 15 Abs. 3 hinsichtlich der Verwalterzustimmung gem. § 12 Abs. 1 WEG**

*BGB §§ 81 Abs. 1, 311b; GBO § 15 Abs. 3*

- 1. Ein Stiftungsgeschäft zur Errichtung einer Stiftung des Privatrechts, in dem der Stifter die Übertragung des Eigentums an einem Grundstück zusichert, bedarf der notariellen Beurkundung.**
- 2. Die Prüfungspflicht gem. § 15 Abs. 3 S. 1 GBO erfasst auch die Zustimmung des Verwalters einer Wohnungseigentümergeinschaft gem. § 12 Abs. 1 WEG.**

**OLG Köln, Beschl. v. 5.8.2019 – 2 Wx 220/19; 2 Wx 227-229/19**

### **I. Sachverhalt:**

**1** Die Beschwerdeführerin ist im Grundbuch als Eigentümerin der oben bezeichneten beiden Teileigentumseinheiten eingetragen. Am 18.12.2018 hat sie in notarieller Urkunde die Auflassung dieser Eigentumseinheiten an die Beteiligte zu 2. erklärt sowie gemeinsam mit letzterer die Eintragung des Eigentumswechsels bewilligt und beantragt. In der Vorbemerkung der Urkunde hat sie angegeben, sie habe am 13.04.2018 durch privatschriftliche Erklärung die Beteiligte zu 2. gegründet, die am 18.04.2018 durch die Senatsverwaltung des Landes Berlin anerkannt worden sei. Gemäß Stiftungsgeschäft sei die Stiftung u.a. mit Immobilienvermögen in Gestalt der beiden Teileigentumseinheiten ausgestattet worden. Die Umschreibung ist mit notariellem Schriftsatz vom 03.04.2019 unter Beifügung einer Zustimmung des WEG-Verwalters beantragt worden.

**2** Mit Verfügung vom 25.04.2019 hat die Grundbuchrechtspflegerin den Antrag mit der Begründung beanstandet, das Stiftungsgeschäft bedürfe bei der Übertragung von Grundbesitz notarieller Beurkundung nach § 311 b BGB, und eine Frist zur Behebung bis zum 30.06.2019 gesetzt (Bl. 80). Hiergegen hat die Beschwerdeführerin mit bei dem Amtsgericht eingereichtem anwaltlichem Schriftsatz vom 24.06.2019 Beschwerde eingelegt (Bl. 83 ff. = Bl. 103 ff.). Durch den am 27.06.2019 erlassenen Beschluss vom 26.06.2019 hat die Rechtspflegerin im Wege einer Zwischenverfügung den Antrag erneut mit derselben Begründung beanstandet und eine Frist zur Behebung bis

zum 05.07.2019 gesetzt (Bl. 99 ff.). Hiergegen hat die Beschwerdeführerin mit an das Oberlandesgericht gerichtetem Schriftsatz vom 11.07.2019 Beschwerde eingelegt (Bl. 136 ff.), der das Amtsgericht nicht abgeholfen hat (Bl. 134 f.).

## ▶ II. Aus den Gründen:

**3** Die gemäß § 71 Abs. 1 GBO statthaften und auch im Übrigen zulässigen Beschwerden gegen die beiden Zwischenverfügungen sind begründet.

**4** Die angefochtenen Zwischenverfügungen sind aus Grundbuchverfahrensrechtlichen Gründen aufzuheben, weil der Erlass einer Zwischenverfügung des vorliegenden Inhalts unzulässig ist. Denn durch eine Zwischenverfügung im Sinne des § 18 Abs. 1 GBO sollen dem Antragsteller der Rang und die sonstigen Rechtswirkungen, die sich nach dem Eingang des Antrages auf Vornahme einer Grundbucheintragung richten und die bei sofortiger Zurückweisung verlorengehen, erhalten bleiben. Dies ist nur gerechtfertigt, wenn der Mangel des Antrages mit rückwirkender Kraft geheilt werden kann; nur unter diesen Voraussetzungen kommt der Erlass einer Zwischenverfügung in Betracht (OLG Frankfurt/M., NJW-RR 1990, 1042, 1043; BayObLG NJW-RR 1991, 465; Senat, FGPrax 2013, 153, 154; FGPrax 2014, 12-14; *Demharter*, GBO, 31. Aufl. 2018, § 18 Rn. 8 jeweils m.w.Nachw.). Dementsprechend kann es nicht Inhalt einer Zwischenverfügung sein, auf den Abschluss eines Rechtsgeschäfts hinzuwirken, das erst die Grundlage einer einzutragenden Rechtsänderung werden soll. Fehlt es an einem rechtswirksamen Rechtsgeschäft als Grundlage einer Eintragung, kann der wirksamen Nachholung dieses Rechtsgeschäfts keine rangwahrende Wirkung zukommen. Auf eine Nachholung in diesem Sinne indes sind die beiden Zwischenverfügungen gerichtet, da das Grundbuchamt der Auffassung ist, dass in der Auflassungsurkunde in Bezug genommene Stiftungsgeschäft sei in Ansehung der Einbringung von Immobilienbesitz unwirksam, und der Antragstellerin aufgegeben hat, ein Stiftungsgeschäft in notarieller Beurkundung erst noch vorzunehmen. Mit einem solchen Inhalt ist eine Zwischenverfügung unzulässig, vielmehr ist ein entsprechender Antrag – ggf. nach vorheriger Erteilung eines rechtlichen Hinweises entsprechend § 139 ZPO – zurückzuweisen, ohne dass eine Zwischenverfügung vorausgehen darf.

**5** Lediglich ergänzend merkt der Senat an, dass nicht nachvollziehbar ist, warum das Grundbuchamt dieselbe Beanstandung zweimal, nämlich durch Verfügung vom 25.04.2019 und durch den am 27.06.2019 erlassenen

Beschluss erhoben hat. Zudem entsprach die erste Zwischenverfügung nicht der gebotenen Beschlussform (Senat FGPrax 2013, 18).

**6** Eine Kostenentscheidung ist nicht erforderlich, weil der Beschwerdeführerin kein Gegner gegenübersteht.

**7** Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Rechtsbeschwerde sind nicht erfüllt, da die Beschwerdeführerin durch die Aufhebung der angefochtenen Zwischenverfügungen nicht beschwert ist.

Für das weitere Verfahren weist der Senat auf folgende Gesichtspunkte hin:

**8** In der Sache teilt er die Rechtsauffassung des Grundbuchamts. Eine im Stiftungsgeschäft übernommene Verpflichtung zur Einbringung von Grundeigentum bedarf der notariellen Beurkundung nach § 311 b Abs. 1 BGB, weshalb das privatschriftliche Stiftungsgeschäft und die notariell beurkundete Auflassung nicht genügen.

**9** Der Anwendung des § 311 b BGB steht nicht entgegen, dass es sich bei dem Stiftungsgeschäft um ein einseitiges Rechtsgeschäft handelt. Es ist allgemein anerkannt, dass § 311 b BGB nach seinem Schutzzweck über den Wortlaut („Vertrag“) hinaus entsprechend auf einseitige Rechtsgeschäfte mit dem in der Vorschrift beschriebenen Inhalt anzuwenden ist (vgl. nur *Staudinger/Schumacher*, BGB, Neubearbeitung 2018, § 311b Rz. 59; *Münch/Komm/Ruhwinkel*, BGB, 8. Aufl. 2019, § 311b Rz. 33; *Palandt/Grüneberg*, BGB, 78. Aufl. 2019, § 311b Rz. 16, jeweils m.w.N). Denn im Hinblick auf die Bedeutung von Rechtsgeschäften betreffend die Übertragung von Grundstücken schlechthin tritt die rechtliche Konstruktion der zugrundeliegenden Verpflichtung als einseitiges Rechtsgeschäft oder Vertrag in den Hintergrund.

**10** Die Beachtung der Schriftform des § 81 BGB genügt nicht, soweit das Stiftungsgeschäft eine Einbringung von Grundeigentum vorsieht.

**11** Diese Rechtsfrage ist umstritten.

**12** Nach einer Ansicht genügt die Schriftform des § 81 BGB auch dann, wenn das Stiftungsgeschäft eine Verpflichtung zur Übertragung von Grundeigentum enthält (OLG Schleswig, Beschluss vom 1. August 1995 9 W 50/95, DNotZ 1996, 770; Schleswig-Holsteinisches FG, Urteil vom 8. März 2012 3 K 118/11, EFG 2012, 1184, Rz 37; 6; *MünchKomm/Weitemeyer*, BGB, 8. Aufl. 2018, § 81 Rz. 8; *Richter/Stumpf*, Stiftungsrecht, 2019, § 4 Rz. 14).

**13** Die Gegenauffassung hält eine Anwendung des § 311b BGB für geboten (*Palandt/Ellenberger*, BGB, 78. Aufl. 2019, § 81 Rz 3; *Palandt/Grüneberg*, BGB, § 311b Rz 16; *Staudinger/Schumacher*, BGB, Neubearbeitung 2018, § 311b Rz. 59; *MünchKomm/Ruhwinkel*, a.a.O., § 311b Rz. 32; *Schwake*, Münchener Handbuch des Ge-

sellschaftsrechts, 5. Aufl. 2016, § 79 Rz. 146; *Schwarz*, DStR 2002, 1718, 1721; *Wochner*, DNotz 1996, 770 ff.).

**14** Der Senat schließt sich der letztgenannten Auffassung an.

**15** Dies beruht zunächst auf einer gesetzensystematischen Überlegung: Bei dem Stiftungsrecht handelt es sich ebenso wie bei dem Vereinsrecht um einen Teil der im Allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs enthaltenen Regelungen betreffend juristische Personen. Das Stiftungsgeschäft besteht in der Widmung eines Vermögens durch den Stifter (§ 81 Abs. 1 Satz 2 BGB). Dies und damit auch die Formvorschrift des § 81 Abs. 1 Satz 1 BGB betrifft allein die Begründung der Einrichtung der juristischen Person Stiftung. Soweit zu dem zu widmenden Vermögen Gegenstände gehören, deren Übertragung besonderen Formvorschriften unterliegt, treten diese Normen der für die Begründung der Einrichtung als solcher geltenden Vorschrift des § 81 Abs. 1 Satz 1 BGB hinzu. Es ist nichts dafür ersichtlich, dass diese Norm die für bestimmte Vermögensgegenstände geltende und damit speziellere Regelung des § 311 b BGB verdrängen soll. Soweit geltend gemacht wird, es sei in Gesetzgebungsverfahren erörtert worden, ob für die Gründung einer Stiftung ein Beurkundungserfordernis eingeführt werden soll, und es sei dieser Ansatz wieder verworfen worden, so betrifft dies nur die Frage der Verschärfung der Formanforderungen an die Gründung einer Stiftung im Allgemeinen wegen der Bedeutung des Stiftungsgeschäfts als solchem, gerade auch in Anbetracht der Dauerhaftigkeit einer Stiftung. Daraus lässt sich hingegen nicht ableiten, dass § 81 Abs. 1 Satz 1 BGB in der geltenden Fassung auch eine Anwendung von Formvorschriften für bestimmte Arten von Vermögensgegenständen, wie etwa der grundstücksrechtlichen Bestimmung des § 311 b BGB, ausschließen sollte.

**16** Zudem spricht auch der Schutzzweck des § 311 b BGB für eine Anwendung auf eine Verpflichtung zur Übertragung von Grundeigentum im Stiftungsgeschäft. Soweit von der Gegenansicht vorgebracht wird, das verwaltungsrechtliche Verfahren der Anerkennungsbehörde entspreche der notariellen Beurkundung, so kann dem nicht gefolgt werden. Denn insoweit handelt es sich um Verfahren verschiedenen Inhalts: Die Anerkennungsbehörde hat im öffentlichen Interesse allein die Merkmale des § 80 Abs. 2 Satz 1 BGB zu prüfen, wozu Belange des Stifters selbst nicht gehören. Diese Belange des Aufgebenden aber sind gerade auch Grund und Inhalt der notariellen Beratungs- und Belehrungspflicht. Darüber hinaus sind als weitere Zwecke des notariellen Formzwangs im Grundstücksrecht abgesehen von einer Warnfunktion Abschluss- und Inhaltsklarheit sowie Beweissicherung anerkannt. Diesen bei Rechtsgeschäften

betreffend die Übertragung von Grundstückstücken zu stellenden Dokumentationsanforderungen wird eine privatschriftliche Erklärung auch in Verbindung mit einer Anerkennung durch eine Verwaltungsbehörde nicht gerecht (vgl. *Wochner* a.a.O.; *Schwake* a.a.O.). Der Überlegung von Stumpf (in Richter, Stiftungsrecht, 2019, § 4 Rz. 14), gerade die behördliche Anerkennung gewährleiste die Rechtssicherheit und Klarheit, vermag sich der Senat wegen der dargestellten unterschiedlich gelagerten Zweckrichtungen und Prüfungsmaßstäbe des behördlichen Anerkennungsverfahrens auf der einen und des notariellen Beurkundungsverfahrens auf der anderen Seite nicht anzuschließen.

**17** Ein den Anforderungen des § 15 Abs. 3 GBO entsprechender Prüfvermerk des Notars hinsichtlich der vorgelegten Verwaltergenehmigung liegt bislang ebenfalls nicht vor.

**18** Die Frage, ob die Prüfungspflicht gem. § 15 Abs. 3 S. 1 GBO auch Zustimmungen des Verwalters einer Wohnungseigentümergeinschaft gem. § 12 Abs. 1 WEG erfasst, ist umstritten. Zum Teil wird die Auffassung vertreten, dass die notarielle Prüfungspflicht sämtliche zur Grundbucheintragung erforderlichen Erklärungen und Erklärungsbestandteile im Sinne von § 29 Abs. 1 GBO umfasst, also auch die Verwalterzustimmung gem. § 12 Abs. 1 WEG (BeckOK-GBO/*Reetz*, Stand 01.06.2019, § 15 Rn. 82; *Attenberger*, MittBayNot 2017, 335, 337). Dem wird jedoch teilweise entgegengehalten, dass § 15 Abs. 3 GBO nur auf die sich aus der GBO ergebenden eintragungsnötigen Erklärungen wie z.B. §§ 19, 20, 22 Abs. 2, 26, 27 GBO Anwendung finde (*Weber*, RNotZ 2017, 427, 430; *Demharter*, GBO, 31. Aufl. 2018, § 15 Rn. 22, 23).

**19** Hinsichtlich der Form ist der Senat einer in der Literatur im Hinblick auf § 29 Abs. 1 S. 2 GBO teilweise vertretenen Auffassung, dass Prüfvermerk der Form einer Vermerkurkunde gem. § 39 BeurkG entsprechen müsse (*Weber*, RNotZ 2017, 427, 434; BeckOK-GBO/*Reetz*, Stand 01.06.2019, § 15 Rn. 89), nicht gefolgt (Beschluss vom 03.07.2019 – 2 Wx 169/19). Denn nähere Vorgaben zur konkreten Ausgestaltung des Prüfvermerks enthalten die gesetzliche Regelung des § 15 Abs. 3 GBO und die Gesetzesbegründung nicht. Insbesondere enthält die Gesetzesbegründung keine Aussagen über mögliche Formanforderungen an den Prüfvermerk. Es kann daher nicht davon ausgegangen werden, dass der Prüfvermerk zwingend in der Form des § 39 BeurkG erfolgen muss, zumal es ausweislich der Gesetzesbegründung maßgeblich nur darauf ankommt, ob die Vornahme der Prüfung für das Grundbuchamt „ohne weitere Nachforschungen“ ersichtlich ist (zum Vorstehenden: *Attenberger*, MittBayNot 2017, 335, 342). Zum Teil wird daher eine

formlose Bestätigung des Notars im Antragsschreiben für ausreichend erachtet (OLG Celle, FGPrax 2018, 5-7, Rn. 25 nach juris; Keller/Munzig/Volmer, KEHE, Grundbuchrecht, 8. Aufl. 2019, § 15 Rn. 82), zum Teil eine unterschriebene und gestempelte Erklärung des Notars (Bauer/Schaub/Wilke, GBO, 4. Aufl. 2018, § 15 Rn. 44; Demharter, GBO, 31. Aufl. 2018, § 15 Rn. 24).

**20** Unabhängig von der unter a. erörterten Rechtsfrage kann es sich anbieten, die Stiftungsurkunde bei dem Grundbuchamt einzureichen.

**21** Im Hinblick auf die Fassung des Rubrums der amtsgerichtlichen Beschlüsse weist der Senat das Grundbuchamt darauf hin, dass der Notar in aller Regel, so auch hier, nicht selbst als Beteiligter, sondern als Bevollmächtigter des/der Antragsteller auf der Grundlage des § 15 Abs. 2 GBO auftritt. Gleichermaßen sind die Rechtsanwältinnen nicht selbst Beteiligte, sondern Verfahrensbevollmächtigte und als solche im Rubrum zu bezeichnen.

## **Gutgläubiger Grundstückserwerb im vorläufigen Insolvenzverfahren**

*InsO §§ 21 Abs. 2 S. 1 Nr. 2, 22 S. 1, 23 Abs. 2, 24 Abs. 1, 32 Abs. 1 Nr. 1, 81 Abs. 1 S. 2; BGB §§ 878, 892; GBO § 53*

**Im Insolvenzeröffnungsverfahren kann ein Grundstück gutgläubig vom Schuldner erworben werden, wenn eine vom Insolvenzgericht angeordnete Verfügungsbeschränkung nicht im Grundbuch eingetragen ist.**

**OLG Köln, Beschl. v. 28.10.2019 – 2 Wx 290/19; 2 Wx 296-298/19**

### **I. Sachverhalt:**

**1** Der Beteiligte zu 1) ist im Grundbuch eingetragener Eigentümer des im Rubrum bezeichneten Grundbesitzes. Durch Wohnungs- und Teileigentumskaufvertrag vom 15.04.2019 – UR.Nr. ..../2019 des Notars Dr. M. in Köln – hat der Beteiligte zu 1) diesen Grundbesitz an die Beteiligten zu 2) und 3) u.a. verkauft, aufgelassen und die Eintragung von Auflassungsvormerkungen zugunsten der Beteiligten zu 2) und 3) bewilligt (Bl. 153 ff. d.A.).

**2** Mit Schriftsatz vom 26.04.2019 hat der Verfahrensbevollmächtigte der Beteiligten zu 1) bis 3) unter Bezugnahme auf vorgenannte Urkunde die Eintragung von Auf-

lassungsvormerkungen in den im Rubrum bezeichneten Grundbüchern zugunsten der Beteiligten zu 2) und 3) beantragt (Bl. 152 d.A.). Die Eintragung der Auflassungsvormerkungen ist am 21.05.2019 antragsgemäß erfolgt.

**3** Durch Beschluss vom 01.07.2019 hat das Amtsgericht – Insolvenzgericht – Essen, 160 IN 94/19, im Insolvenzeröffnungsverfahren über das Vermögen des Beteiligten zu 1) Herrn Rechtsanwalt Dr. K., den Beteiligten zu 4), zum vorläufigen Insolvenzverwalter bestellt und u.a. angeordnet, dass Verfügungen des Schuldners über Gegenstände seines Vermögens nur noch mit Zustimmung des vorläufigen Insolvenzverwalters wirksam sind (Bl. 184 f. d.A.).

**4** Mit Schriftsatz vom 22.07.2019 hat der Verfahrensbevollmächtigte der Beteiligten zu 1) bis 3) unter Bezugnahme auf die vorgenannte Urkunde vom 15.04.2019 (UR.Nr. 832/2019) beantragt, den Eigentumswechsel in den Grundbüchern einzutragen und die am 21.05.2019 eingetragenen Auflassungsvormerkungen zu löschen (Bl. 177 d.A.).

**5** Am 31.08.2019 ist beim Amtsgericht Leverkusen ein Gesuch des Amtsgerichts Essen vom 21.08.2019 eingegangen, unter Hinweis auf den Beschluss vom 01.07.2019 die angeordnete Verfügungsbeschränkung an dem im Rubrum bezeichneten Grundbesitz des Beteiligten zu 1) einzutragen (Bl. 183 ff. d.A.). Dieses Gesuch ist dem Grundbuchamt am 02.09.2019 vorgelegt worden.

**6** Am 05.09.2019 hat das Grundbuchamt den Eigentumswechsel und die Löschung der Auflassungsvormerkungen entsprechend dem Antrag vom 22.07.2019 in den im Rubrum bezeichneten Grundbüchern eingetragen.

**7** Am 09.09.2019 hat das Grundbuchamt in Abt. II unter lfd. Nr. 11 und 12 der im Rubrum bezeichneten Grundbücher Amtswidersprüche gegen den jeweiligen Eigentumswechsel und die Löschungen der Auflassungsvormerkungen eingetragen.

**8** Mit Schreiben vom 09.09.2019 hat das Grundbuchamt den Verfahrensbevollmächtigten der Beteiligten zu 1) bis 3) von der Eintragung der Amtswidersprüche in Kenntnis gesetzt und darauf hingewiesen, dass eine Löschung der Amtswidersprüche erfolgen könne, sobald eine notariell beglaubigte Zustimmungserklärung zu der Veräußerung oder eine Freigabeerklärung des vorläufigen Insolvenzverwalters vorliege (Bl. 187 d.A.).

**9** Mit Schriftsatz vom 11.09.2019 (Bl. 188 f. d.A.) hat der Verfahrensbevollmächtigte der Beteiligten zu 1) bis 3) beantragt, die eingetragenen Amtswidersprüche wieder zu löschen, weil die Voraussetzungen für die Eintragung von Amtswidersprüchen nicht vorliegen würden. Ob die Eintragungen unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften erfolgt seien, könne offenbleiben, weil die Beteiligten zu 2) und 3) das Eigentum jedenfalls gutgläubig erworben hätten. Es komme daher nicht darauf an, ob vor den

Grundbucheintragungen im Insolvenzeröffnungsverfahren eine Verfügungsbeschränkung zu Lasten des Beteiligten zu 1) angeordnet worden sei.

**10** Mit weiterem Schriftsatz vom 12.09.2019 (Bl. 188 f. d.A.) hat der Verfahrensbevollmächtigte der Beteiligten zu 1) bis 3) klargestellt, dass das Schreiben vom 11.09.2019 als Beschwerde gegen die Eintragung der Amtswidersprüche zu verstehen sei.

**11** Durch am 23.09.2019 erlassenen Beschluss hat das Grundbuchamt der Beschwerde nicht abgeholfen und die Sache dem Oberlandesgericht Köln zur Entscheidung vorgelegt (Bl. 191 ff. d.A.).

## ▶ II. Aus den Gründen:

**12** Die Beschwerden der Beteiligten zu 1) bis 3) mit dem Ziel der Löschung der eingetragenen Amtswidersprüche sind gem. § 71 Abs. 1 GBO statthaft. Dem steht § 71 Abs. 2 GBO nicht entgegen, weil die Eintragung von Amtswidersprüchen, die nicht unter dem öffentlichen Glauben stehen, unbeschränkt anfechtbar ist, so dass mit der Beschwerde ihre Löschung verlangt werden kann (*Demharter*, GBO, 31. Aufl. 2018, § 71 Rn. 38, 39). Die Beschwerden sind auch im Übrigen in zulässiger Weise eingelegt worden (§ 73 GBO).

**13** Die Beschwerden haben auch in der Sache Erfolg. Die Voraussetzungen für die Eintragung der Amtswidersprüche gem. § 53 Abs. 1 S. 1 GBO lagen nicht vor. Dabei kann offenbleiben, ob die Eintragungen und Löschungen, gegen die sich die Amtswidersprüche gerichtet haben, unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften vorgenommen worden sind. Jedenfalls ist das Grundbuch durch die Eintragungen und Löschungen nicht unrichtig geworden.

**14** Die Eintragung der Beteiligten zu 2) und 3) als Eigentümer des im Rubrum bezeichneten Grundbesitzes hat nicht zur Unrichtigkeit des Grundbuchs geführt, weil die Beteiligten zu 2) und 3) vom Beteiligten zu 1) Eigentum erworben haben. Die Voraussetzungen gem. §§ 873, 925 BGB sind erfüllt. Zwar war der Beteiligte zu 1) zum Zeitpunkt der Eintragung der Beteiligten zu 2) und 3) am 05.09.2019 nicht mehr verfügungsbefugter Eigentümer, weil zuvor im Insolvenzeröffnungsverfahren durch Beschluss des Insolvenzgerichts am 01.07.2019 angeordnet worden ist, dass Verfügungen des Schuldners über Gegenstände seines Vermögens nur noch mit Zustimmung des Beteiligten zu 4) wirksam sind (§§ 21 Abs. 2 S. 1 Nr. 2, 22 S. 1 InsO). Diese Verfügungsbeschränkung ist auch nicht gem. § 878 BGB unerheblich, weil der Eintragungsantrag vom 22.07.2019 erst nach der Anordnung der Verfügungsbeschränkung am 01.07.2019 gestellt worden ist.

**15** Es liegen indes die Voraussetzungen eines gutgläubigen Erwerbs gem. §§ 24 Abs. 1, 81 Abs. 1 S. 2 InsO, 892 Abs. 1 S. 2 BGB vor. Das Grundbuch war zum Zeitpunkt der Eintragung der Beteiligten zu 2) und 3) als Eigentümer unrichtig, weil die Verfügungsbeschränkung entgegen §§ 23 Abs. 3, 32 Abs. 1 Nr. 1 InsO nicht im Grundbuch eingetragen war. Der Beteiligte zu 1) war auch durch das Grundbuch als verfügungsbefugter Eigentümer legitimiert. Ein rechtsgeschäftlicher Erwerb im Sinne eines Verkehrsgeschäfts lag dem Erwerb zugrunde. Ein Widerspruch war zum Zeitpunkt der Eintragung der Beteiligten zu 2) und 3) nicht eingetragen. Es ist auch kein Anhaltspunkt dafür ersichtlich, dass die Beteiligten zu 2) und 3) zum Zeitpunkt der Eintragung positive Kenntnis von einer Verfügungsbeschränkung des Beteiligten zu 1) hatten. Sie waren daher im Zweifel gutgläubig. Denn nach § 892 BGB ist ein gutgläubiger Erwerb so lange als nachgewiesen anzusehen, bis die Bösgläubigkeit des Erwerbers feststeht. Daher ist ein gutgläubiger Erwerb bis zu dieser Feststellung als glaubhaft anzusehen (*Demharter*, GBO, 31. Aufl. 2018, § 53 Rn. 28).

**16** Ein gutgläubiger Erwerb ist entgegen der Auffassung des Grundbuchamts auch nicht deshalb ausgeschlossen, weil dies in § 878 BGB nicht vorgesehen ist. Denn § 878 BGB und § 892 Abs. 1 S. 2 BGB sind unabhängig voneinander anzuwenden. Soweit das Grundbuchamt ausführt, dass der Eigentumswechsel nicht hätte eingetragen werden dürfen, weil das Grundbuchamt keinen Rechtserwerb herbeiführen darf, von dem es weiß, dass er sich nur kraft guten Glaubens vollziehen kann, ist dem zuzustimmen (vgl. *Demharter*, GBO, 31. Aufl. 2018, § 13 Rn. 12 m.w.N.). Hierauf kommt es indes nicht an, weil der Eigentumswechsel dennoch eingetragen worden ist und damit den gutgläubigen Erwerb ermöglicht hat. Die spätere Eintragung eines Widerspruchs hindert den gutgläubigen Erwerb nicht. Die Widersprüche sind daher zu löschen.

**17** Da der Eigentumswechsel stattgefunden hat, sind die Auflassungsvormerkungen zugunsten der Beteiligten zu 2) und 3) zu Recht gelöscht worden. Die eingetragenen Widersprüche gegen diese Löschungen sind daher ebenfalls zu löschen.

## Wirksamkeit einer durch die Betreuungsbehörde beglaubigten Vorsorgevollmacht

GBO § 29; BtBG § 6 Abs. 2 S. 1

Gemäß § 6 Abs. 2 S. 1 BtBG ist die Betreuungsbehörde befugt, Unterschriften oder Handzeichen auf Vorsorgevollmachten öffentlich zu beglaubigen. Eine solche gemäß § 6 Abs. 2 S. 1 BtBG öffentlich beglaubigte Vorsorgevollmacht genügt indes nicht den Anforderungen des § 29 GBO.

OLG Köln Beschluss v. 30.10.2019 – 2 Wx 327/19

Die zugelassene Rechtsbeschwerde wird beim BGH unter dem Aktenzeichen V ZB 148/19 geführt.

### I. Sachverhalt:

1 Der im Grundbuch des im Rubrum aufgeführten Grundbesitzes als Eigentümer eingetragene Herr G. K. ist am 12.09.2016 verstorben. Herr K. errichtete am 08.04.2011 eine „Vorsorgevollmacht“, in der er die Beteiligten zu 1) und 2) zu seinen allgemeinen Bevollmächtigten mit jeweils alleiniger Vertretungsbefugnis einsetzte. Zu den Befugnissen der Bevollmächtigten gehörten neben der Vertretung im Bereich der Gesundheitsfürsorge und im Bereich von Verträgen, Anträgen und Rechtsstreitigkeiten auch die Vertretung des Vollmachtgebers im Bereich der Vermögenssorge, d.h. in allen Vermögensangelegenheiten einschließlich der Verwaltung des Vermögens, des Erwerbs und der Veräußerung von Vermögen (Bl. 108 ff. d. A.). Weiterhin ist in der Vorsorgevollmacht geregelt worden, dass diese durch den Tod des Vollmachtgebers nicht erlöschen soll. Die Betreuungsbehörde des Rhein-Sieg-Kreises hat die Echtheit der Unterschrift von Herrn K. unter der Vollmachtsurkunde beglaubigt. Mit notariellem Vertrag vom 18.09.2019 hat die Beteiligte zu 2) handelnd als Bevollmächtigte für den Nachlass von Herrn K. den im Rubrum aufgeführten Grundbesitz unentgeltlich an den Beteiligten zu 1) übertragen (Bl. 104 ff. d. A.). Der Urkundsnotar stellte mit Schreiben vom 20.09.2019 den Antrag auf Eigentumsumschreibung auf den Erwerber (Bl. 101 d. A.).

2 Mit Zwischenverfügung vom 08.10.2019 hat die Grundbuchrechtspflegerin den Antrag mit der Begründung beanstandet, dass zur Eigentumsumschreibung die Mitwirkung der Erben sowie der Erbnachweis erforderlich seien. Die gemäß § 6 Abs. 2 S. 1 BtBG öffentlich beglau-

bigte Vorsorgevollmacht genüge den Anforderungen des § 29 GBO nicht, da es an einer Beglaubigungsbefugnis der Betreuungsbehörde für die sog. Nachlass- oder Generalvollmacht gefehlt habe. Das Grundbuchamt hat zur Behebung der Eintragungshindernisse eine Frist bis zum 01.12.2019 gesetzt. Hiergegen hat der Beschwerdeführer mit Schriftsatz vom 15.10.2019 Beschwerde eingelegt, der das Grundbuchamt mit Beschluss vom 21.10.2019 nicht abgeholfen und die Sache dem Oberlandesgericht Köln zur Entscheidung vorgelegt hat.

### II. Aus den Gründen:

3 Die gemäß § 71 Abs. 1 GBO statthafte und auch im Übrigen zulässige Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg.

4 § 29 GBO bestimmt, dass die Eintragungsunterlagen dem Grundbuchamt in besonderer Form nachzuweisen sind. Eine Eintragung soll demnach nur vorgenommen werden, wenn die Eintragungsbewilligung oder die sonstigen zur Eintragung erforderlichen Erklärungen durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen werden. Für derartige Urkunden ist erforderlich, dass die Behörde oder Urkundsperson zur Ausstellung der Urkunde sachlich zuständig ist, d. h. die Grenzen ihrer Amtsbefugnisse nicht überschreitet (vgl. Demharter, GBO, 31. Aufl. 2018, § 29 Rn. 1, 33).

5 Die von der Betreuungsbehörde nach § 6 BtBG beglaubigte Vorsorgevollmacht vom 08.04.2011 genügt den Anforderungen des § 29 GBO jedoch nicht.

6 Durch Art. 11 des Gesetzes zur Änderung des Zugewinnausgleichs und Vormundschaftsrechts vom 06.07.2009 (BGBl. I, 1696) wurde seitens des Gesetzgebers zwar klargestellt, dass es sich bei § 6 Abs. 2 BtBG um einen Beglaubigungstatbestand handelt, der mit den Rechtswirkungen einer öffentlichen Beglaubigung ausgestattet ist (BT Drs. 16/13027, S. 8). Dabei ist der Gesetzgeber aber nicht ausdrücklich auf die Frage einer transmortalen Vollmacht eingegangen.

7 Hierzu wird in der Literatur teilweise die Auffassung vertreten, dass sich die Beglaubigungszuständigkeit der Betreuungsbehörde nur auf Vollmachten erstrecken könne, die für den Betreuungsfall gedacht seien und diesen ausschließen sollen. Vorsorgevollmachten über den Tod hinaus würden dagegen nicht von der Zuständigkeit der Betreuungsbehörde erfasst, so dass die Beglaubigung gegebenenfalls außerhalb des gesetzlichen Aufgabenkreises vorgenommen sei (vgl. hierzu BeckOK GBO, Hügel, § 29 Rn. 203a; Demharter a.a.O. Rn. 42; Zimmer, ZfIR 2016, 769 ff.).

**8** Anderer Auffassung ist insbesondere das Oberlandesgericht Karlsruhe, wonach diese Auslegung des § 6 Abs. 2 S. 1 BtBG den Begriff der Vorsorgevollmacht verkennen würde vgl. OLG Karlsruhe, Beschluss v. 14.09.2015, 11 Wx 71/15; *Roglmeier*, jurisPR-FamR 2/2016 Anm. 8). Der Gesetzgeber verwende diesen Begriff in der Überschrift des § 1901c BGB. In § 1901c S. 2 BGB seien Vorsorgevollmachten als „Schriftstücke, in denen der Betroffene eine andere Person mit der Wahrnehmung seiner Angelegenheiten bevollmächtigt hat“ beschrieben. Diese weite Formulierung zeige, dass die Vorsorgevollmacht eine gewöhnliche Vollmacht im Sinne von §§ 164 ff. BGB sei. Ihren besonderen Charakter erhalte sie durch die Motivlage des Vollmachtgebers, der mit ihrer Errichtung eine gesetzliche Betreuung im so genannten Vorsorgefall vermeiden will. Der besondere Errichtungsanlass würde in rechtlicher Hinsicht allerdings nicht automatisch die inhaltliche oder zeitliche Reichweite der Vorsorgevollmacht begrenzen. Es liege vielmehr in der freien Entscheidungsgewalt des Vollmachtgebers, ob er die Geltungsdauer auf seine Lebenszeit begrenzen oder aber die Wirkung über den Tod hinaus (transmortal) erteilen möchte. Wenn – wie vorliegend geschehen – der Vollmachtgeber ausdrücklich die Geltung der Vollmacht bis über den Tod hinaus festlegen würde, so wolle er gerade verhindern, dass aus dem Vorsorgecharakter der Vollmacht der Schluss gezogen wird, dass die Vollmacht nur für die Dauer einer Betreuungsbedürftigkeit gelten soll (vgl. OLG Karlsruhe a. a. O.).

**9** Bei der verfahrensgegenständlichen Vollmacht könnte es sich insofern um eine Vorsorgevollmacht im Sinne des § 6 Abs. 2 BtBG handeln, als der Vorsorgecharakter der Vermeidung einer rechtlichen Betreuung durch die umfassenden Regelungen unter Einschluss der Befugnis der Vollmachtnehmer, für den Vollmachtgeber in eine ärztliche Untersuchung, eine Heilbehandlung oder einen ärztlichen Eingriff einzuwilligen sowie die Aufenthaltsbestimmung und Unterbringung vorzunehmen, dokumentiert wird. Die transmortale Ausgestaltung der Vollmacht steht nicht von vornherein zwingend im Widerspruch zum Charakter der vorliegenden Vollmacht als Vorsorgevollmacht.

**10** Nach Auffassung des OLG Karlsruhe (a. a. O.) besteht auch kein Grund, die Befugnis der Betreuungsbehörde zur Unterschriftsbeglaubigung auf denjenigen Teil der Vollmacht zu beschränken, der zwingend erforderlich ist, um eine gerichtlich angeordnete Betreuung zu vermeiden. Da die Betreuungsbehörden eine Vollmacht nicht beurkunden, sondern nur die darunter gesetzte Unterschrift beglaubigen dürfen, sind sie nur zur Prüfung der Identität des Unterzeichnenden verpflichtet, nicht aber zu einer inhaltlichen Überprüfung. Für eine

einheitliche Beglaubigungszuständigkeit der Betreuung könnte nicht zuletzt auch sprechen, dass in den behördlichen Vordrucken für die Erteilung einer Vorsorgevollmacht, wie sie beispielsweise im vorliegenden Fall vom Rhein-Sieg-Kreis oder auch vom BMJV zur Verfügung gestellt werden, regelmäßig die Möglichkeit eröffnet wird, die Geltung der Vollmacht über den Tod hinaus zu bestimmen.

**11** Demgegenüber vertritt allerdings *Jörg Heinemann* in seiner Anmerkung zu der vorgenannten Entscheidung des Oberlandesgerichts Karlsruhe die Ansicht (vgl. FG-Prax 2016, 11):

**12** „1. Für die Entscheidung der Frage, ob die von der Urkundsperson bei der Betreuungsbehörde beglaubigte Unterschrift dem Formerfordernis des § GBO § 29 Abs. GBO § 29 Absatz 1 S. 1 GBO entspricht, begnügt sich die obergerichtliche Rechtsprechung mit der Feststellung, der Gesetzgeber habe durch die Neufassung des § BTBG § 6 Abs. BTBG § 6 Absatz 2 S. 1 BtBG klargestellt, dass es sich hierbei um eine öffentliche Beglaubigung iSd § BGB § 129 BGB und nicht etwa um eine amtliche Beglaubigung oder um einen Zwitter aus öffentlicher und amtlicher Beglaubigung handelt. Aus den Gesetzgebungsmaterialien mag sich diese Intention von Bundesrat und Bundesregierung ergeben (BT-Drs. 16/10798. 31 (33)), in der vom Rechtsausschuss des Bundestags vorgeschlagenen Endfassung findet sich indes die lapidare Behauptung, das „berechtigte (sic!) Ziel des Bundesrates“ lasse sich durch bloße Einfügung des Wortes „öffentlich“ vor dem Passus „zu beglaubigen“ erreichen (BT-Drs. 16/13027, 8). Bezieht man allerdings § MRRG § 11 Abs. MRRG § 11 Absatz 7 MRRG in die Auslegung der Norm mit ein, stellt man fest, dass das Gesetz weiterhin zwischen der öffentlichen Beglaubigung iSd § BGB § 129 BGB und der Beglaubigung durch die Urkundsperson der Betreuungsbehörde unterscheidet und von einer Gleichwertigkeit der betreuungsbehördlichen Beglaubigung nur bei ausdrücklicher gesetzlicher Gleichstellung mit der öffentlichen Beglaubigung ausgeht. Dass diese Streitfrage durch die Gesetzesneufassung „entschieden“ (OLG Dresden NotBZ 2010, NOTBZ Jahr 2010 Seite 409 = BeckRS 2010, BECKRS Jahr 26768; OLG Naumburg FGPrax 2014, FGPRAX Jahr 2014 Seite 109 (FGPRAX Jahr 2014 110)) sei oder sich „erledigt“ (OLG Jena NotBZ 2014, NOTBZ Jahr 2014 Seite 341 = BeckRS 2014, BECKRS Jahr 13726) habe, kann daher nicht kurzerhand unterstellt werden, sondern hätte sorgfältig unter Auseinandersetzung mit der systematischen Stellung der Norm erörtert werden müssen.

**13** Einen leicht zu entlarvenden logischen Denkfehler begeht das OLG Karlsruhe bei dem Versuch, eine transmortale Vollmacht als Vorsorgevollmacht auszugeben.

Eine Vorsorgevollmacht kann selbstverständlich, wie jede andere Vollmacht auch, über den Tod des Vollmachtgebers hinaus erteilt worden sein. Daraus folgt aber nicht der Umkehrschluss, dass es sich nach dem Tod des Vollmachtgebers noch um eine Vorsorgevollmacht handelt. Die Beglaubigungsbefugnis der Betreuungsbehörde dient allein der Vermeidung einer Betreuung, deshalb wurde diese auf die Beglaubigung von Vorsorgevollmachten und Betreuungsverfügungen begrenzt. Nach dem Tod des Vollmachtgebers gibt es kein Bedürfnis mehr für ein Betreuungsverfahren, die Vorsorgevollmacht wandelt – sofern sie transmortal erteilt wurde – ihren Charakter und bleibt ggf. als Nachlassvollmacht bestehen. Diesbezüglich fehlt es aber an einer Beglaubigungsbefugnis der Betreuungsbehörde.

**14** Die Beglaubigungszuständigkeit der Urkundsperson bei der Betreuungsbehörde begegnet schließlich durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken, insbesondere wegen eines Verstoßes gegen das Rechtsstaatsprinzip (*Heinemann* in Grziwotz/Heinemann, *BeurkG*, 2. Aufl., § 65 Rn. 9; vgl. diesbezüglich auch die Einschätzung des Bundesrats gegen die Beurkundungszuständigkeit des Jugendamts nach § SGB VIII § 59 SGB VIII, BT-Drucks. V/3282 S. 56).“

**15** Dieser überzeugenden Ansicht schließt sich der Senat an.

## Bildung von Wohneigentum aus zwei Grundstücken

WEG § 2, § 3; GBO § 5 Abs. 1 S. 2, § 6 Abs. 2, § 71 Abs. 1, § 73; BGB § 873 Abs. 1, § 889, § 890 Abs. 1, § 1131, § 1192 Abs. 1

- 1. Eine Bestandteilzuschreibung gem. § 890 Abs. 2 BGB, § 6 GBO setzt voraus, dass die Grundstücke spätestens im Zeitpunkt der Neueintragung demselben Eigentümer gehören. Bei gemeinschaftlichem Eigentum müssen spätestens zu diesem Zeitpunkt die Art der rechtlichen Verbundenheit und die Beteiligungsquoten dieselben sein. (Rn. 14)**
- 2. Eine Ausnahme für die Bildung von gemeinsamem Wohnungseigentum ist nicht angezeigt. (Rn. 15)**
- 3. Sollte in dem beurkundeten Rechtsgeschäft eine Vereinigung der beiden Grundstücke nach § 890 Abs. 1 BGB vorgenommen werden, kann der Notar nicht aufgrund der ihm erteilten Vollzugsvollmacht eine Zuschreibung nach § 890 Abs. 2 BGB erklären. (Rn. 20)**

OLG Köln (2. Zivilsenat), Beschluss vom 11.04.2019 – 2 Wx 69/19

### I. Sachverhalt:

**1** Eingetragene Miteigentümer des im Grundbuch des Amtsgerichts Siegburg von B Blatt 1xx0 eingetragenen Grundbesitzes sind die Beteiligte zu 2) zu 278/1.000-Anteil, die Beteiligte zu 3) zu 271/1.000-Anteil und die Beteiligte zu 4) zu 451/1.000-Anteil. Eingetragene Miteigentümer des im Grundbuch des Amtsgerichts Siegburg von B Blatt 1xx6x eingetragenen Grundbesitzes sind der Beteiligte zu 1) zu 75/559-Anteil, die Beteiligte zu 2) zu 75/559-Anteil und die Beteiligte zu 4) zu 409/559-Anteil.

**2** Mit notarieller Urkunde vom 07.07.2017 – UR.Nr. 7xx/2017 des Notars C in B –, teilweise berichtigt durch notarielle Urkunde vom 19.01.2018 – UR.Nr. 7x/2018 des Notars C in B – haben die Beteiligten zu 1) bis 4) u.a. eine Teilungserklärung gem. § 3 WEG bezüglich des im Rubrum bezeichneten Grundbesitzes abgegeben sowie die Eintragung der Teilung gem. § 2 WEG und der Vereinigung der beiden im Rubrum bezeichneten Grundstücke bewilligt und beantragt (Bl. 15 ff. d.A.).

**3** Mit Schriftsatz vom 19.10.2018 haben die Beteiligten zu 1) bis 4) beantragt, die Aufteilung in Wohnungs- und Teileigentum sowie die Bestimmungen der Teilungserklärung als Inhalt des Sondereigentums gemäß der Bewilligung in der Urkunde vom 07.07.2017 im Grundbuch einzutragen (Bl. 14 d.A.).

**4** Mit Schreiben vom 21.11.2018 hat das Grundbuchamt den Beteiligten mitgeteilt, dass dem Antrag noch nicht entsprochen werden könne. Eine Vereinigung der Grundstücke gem. § 890 BGB sei nicht möglich, weil die Eigentumsverhältnisse an den beiden Grundstücken unterschiedlich sei und weil die Grundstücke unterschiedlich mit Reallasten und Grundpfandrechten – auch in unterschiedlicher Rangfolge – belastet seien (Bl. 38 d.A.).

**5** Mit Schriftsatz vom 26.11.2018 hat der Verfahrensbevollmächtigte der Beteiligten unter Berufung auf die ihm in der notariellen Urkunde vom 07.07.2017 (UR.Nr. 7xx/2017) erteilte Vollmacht und Ermächtigung beantragt, das Flurstück 4xx dem Flurstück 4xy gem. § 890 Abs. 2 BGB als Bestandteil zuzuschreiben (Bl. 40 d.A.).

**6** Mit weiterem Schriftsatz vom 17.12.2018 sind die Beteiligten den vom Grundbuchamt mit Schreiben vom 21.11.2018 geäußerten Bedenken entgegengetreten (Bl. 41 f. d.A.). Die Eigentumsverhältnisse an den beiden Grundstücken seien zwar unterschiedlich. Es reiche aber aus, wenn identische Eigentumsverhältnisse gleichzeitig mit der Verbindung der Grundstücke hergestellt würden. Dies werde hier durch die Teilungserklärung gem. § 3 WEG, an der alle Eigentümer beider Grundstücke beteiligt seien, erreicht. Die Reallasten seien inhaltlich identisch und hätten denselben Rang.

**7** Durch am 09.01.2019 erlassenen Beschluss hat das Grundbuchamt die Anträge der Beteiligten vom 19.11.2018 und 26.11.2018 zurückgewiesen (Bl. 45 f. d.A.). Zur Begründung hat es ausgeführt, dass einer Bestandteilschreibung gem. § 890 Abs. 2 BGB die unterschiedlichen Eigentumsverhältnisse an den Grundstücken entgegenstünden. Erst wenn einheitliche Eigentumsverhältnisse durch Auflassung geschaffen würden, könnte Wohnungseigentum an einem Grundstück im Rechtssinne gebildet werden. Bezüglich der Belastung der Grundstücke mit Reallasten und Grundschulden sei Verwirrung zu besorgen (§§ 6 Abs. 2, 5 Abs. 1 S. 2 GBO). Bezüglich der weiteren Einzelheiten der Begründung wird auf den Inhalt des am 09.01.2019 erlassenen Beschlusses verwiesen.

**8** Gegen diesen den Beteiligten zu 1) bis 4) am 14.01.2019 zugestellten Beschluss haben diese mit am 25.01.2019 beim Amtsgericht Siegburg eingegangenen Schriftsatz vom 24.01.2019 Beschwerde eingelegt (Bl. 49 f. d.A.). Zur Begründung haben sie vorgetragen, es sei ausreichend, dass die identischen Eigentumsverhältnisse gleichzeitig mit der Verbindung der Grundstücke hergestellt werde. Hier würden die einheitlichen Eigentumsverhältnisse durch die Aufteilung gem. § 3 WEG unter Mitwirkung aller Eigentümer hergestellt. Die beiden Reallasten hätten keinen unterschiedlichen Rang und seien inhaltlich identisch. Zwar würden die Berechtigten bezüglich der Flur-

stücke 4xy und 4xx auseinanderfallen. Durch die Verbindung der beiden Grundstücke würden das herrschende und das dienende Grundstück aber verbunden und die Reallast insoweit erlöschen. Die gleiche Belastung der beiden Grundstücke durch Grundpfandrechte sei durch eine Nachverpfändung zu erreichen. Bezüglich der weiteren Einzelheiten ihres Vorbringens wird auf den Inhalt der Beschwerdebegründung vom 24.01.2019 Bezug genommen.

**9** Das Grundbuchamt hat der Beschwerde durch am 11.02.2019 erlassenen Beschluss nicht abgeholfen und die Sache dem Oberlandesgericht Köln zur Entscheidung vorgelegt (Bl. 51 ff. d.A.)

## ► II. Aus den Gründen:

**10** Die Beschwerde der Beteiligten ist gem. § 71 Abs. 1 GBO statthaft und auch im Übrigen in zulässiger Weise gem. § 73 GBO eingelegt worden.

**11** In der Sache hat die Beschwerde indes keinen Erfolg.

**12** Das Grundbuchamt hat die Anträge der Beteiligten vom 19.10.2018 und 26.11.2018 zu Recht zurückgewiesen.

**13** Der beantragten Eintragung der Aufteilung in Wohnungseigentum gem. § 3 WEG steht zunächst entgegen, dass sich das Wohnungseigentum auf 2 Grundstücke erstreckt. Soll Wohnungseigentum – so wie hier – an mehreren Grundstücken gebildet werden, sind diese Grundstücke vor der Aufteilung in Wohnungseigentum im Wege der Vereinigung gem. §§ 890 Abs. 1 BGB, 5 GBO miteinander zu vereinigen oder einem Grundstück gem. §§ 890 Abs. 2 BGB, 6 GBO als Bestandteil zuzuschreiben (MüKo-BGB/*Commichau*, 7. Aufl. 2017, § 1 WEG Rn. 17, 18). Hier ist zwar eine Bestandteilschreibung gem. §§ 890 Abs. 2 BGB, 6 GBO erklärt und deren Eintragung beantragt worden. Die Bestandteilschreibung ist indes nicht wirksam.

**14** 1. Eine Bestandteilschreibung setzt voraus, dass die Grundstücke spätestens im Zeitpunkt der Neueintragung demselben Eigentümer gehören. Bei gemeinschaftlichem Eigentum müssen spätestens zu diesem Zeitpunkt die Art der rechtlichen Verbundenheit und die Beteiligungsquoten dieselben sein (Staudinger/*Gursky*, BGB, Neubearbeitung 2013, § 890 Rn. 11, 12 m.w.N.). Hier sind aber weder die Beteiligten noch deren Quoten an den beiden Grundstücken identisch. Eigentümer des im Grundbuch des Amtsgerichts Siegburg von B in Blatt 1xx6x eingetragenen Grundstücks sind die Beteiligten zu 1), 2) und 4), Eigentümer des im Grundbuch des Amtsgerichts Siegburg von B in Blatt 1xx0 eingetragenen Grundstücks sind die Beteiligten zu 2), 3) und 4), jeweils mit unterschiedlichen Quoten. Um identische Beteiligungen

an beiden Grundstücken herbeizuführen, hätten daher Auflassungserklärungen der Beteiligten gem. §§ 20 GBO, 873 BGB abgeben werden müssen. Denn jeder Wechsel des Rechtsträgers setzt gem. § 873 Abs. 1 BGB eine Auflassung voraus (Palandt/*Herrler*, BGB, 78. Aufl. 2019, § 873 Rn. 5 m.w.N.). Hier fehlt es indes an den erforderlichen Auflassungserklärungen. Sie sind der notariellen Urkunde vom 07.07.2017 (UR.Nr. 7xx/2017) auch nicht im Wege der Auslegung zu entnehmen. Denn die Urkunde beinhaltet lediglich die Begründung von Wohnungs- und Teileigentum (Teil I), die Wohnungseigentumsordnung und Verwaltung (Teil II) und unter „Auflassung, Grundbucherklärungen, Vollmacht“ (Teil III) eben keine Auflassung, sondern nur die Einigung der Beteiligten bezüglich der Einigung gem. § 3 WEG. Raum für eine Auslegung im Sinne von Auflassungserklärungen bezüglich der jeweiligen Miteigentumsanteile an den beiden Grundstücken verbleibt insoweit nicht.

**15** Es kommt – entgegen der Auffassung der Beteiligten – auch keine Ausnahme in Betracht. Soweit die Beteiligten auf eine Fundstelle bei Staudinger Bezug nehmen (Staudinger/*Gursky*, BGB, Neubearbeitung 2013, § 890 Rn. 11), dringen sie damit nicht durch, weil dort Auflassungserklärungen gerade nicht für entbehrlich gehalten werden. Dies gilt ebenso für den genannten Beschluss des Bayerischen Obersten Landgerichts vom 26.07.1990 (2 Z 77/90). Auch der Hinweis auf eine Entscheidung des OLG Zweibrücken (NJW-RR 1990, 782, 783) greift nicht durch, weil sie einen anderen Fall betrifft. Denn dort bestand bereits Wohnungseigentum an einem Grundstück. Dieses Grundstück sollte mit einem anderen Grundstück vereinigt werden, das im Miteigentum sämtlicher Wohnungseigentümer stand. In diesem Fall soll es nach Auffassung des OLG Zweibrücken ausreichen, wenn eine Teilungserklärung auch bezüglich des hinzukommenden Grundstücks abgegeben wird, weil dann die Eigentumsverhältnisse identisch seien. Ob dies zutrifft kann indes offenbleiben, weil dieser Fall mit dem vorliegenden Fall nicht vergleichbar ist. Denn im vorliegenden Fall ist noch gar kein Wohnungseigentum wirksam begründet worden ist. Zudem betrifft die Teilungserklärung hier nicht die beiden einzelnen Grundstücke, sondern beide Grundstücke gemeinsam, was sich aus der einheitlichen Zuordnung der Wohnungen beider Grundstücke ergibt.

**16** Der Einwand, das Grundbuchamt hätte die Anträge nicht endgültig zurückweisen, sondern nur eine Zwischenverfügung erlassen dürfen, greift im Hinblick auf die fehlenden Auflassungserklärungen nicht durch. Eine Zwischenverfügung nach dient dazu, der Eintragung den sich nach dem Eingang des Antrags bestimmenden Rang zu sichern, der bei Zurückweisung des Antrags nicht gewahrt bliebe. Die Regelung bezieht sich nur

auf die Beseitigung eines der Eintragung entgegenstehenden Hindernisses und ist nicht anwendbar, wenn wie hier der Mangel des Antrags nicht mit rückwirkender Kraft geheilt werden kann. Vor diesem Hintergrund ist es nicht zulässig, mit einer Zwischenverfügung auf den Abschluss eines Rechtsgeschäfts hinzuwirken, das Grundlage der einzutragenden Rechtsänderung werden soll, weil sonst die beantragte Eintragung einen ihr nicht gebührenden Rang erhalte (BGH FGPrax 2014, 192).

**17** 2. Der beantragten Bestandteilzuschreibung gem. § 890 Abs. 2 BGB stehen im Übrigen aber auch §§ 6 Abs. 2, 5 Abs. 1 S. 2 GBO entgegen.

**18** Im Falle der Zuschreibung des im Grundbuch des Amtsgerichts Siegburg von B in Blatt 1xx0 eingetragenen Grundstücks zu dem im Grundbuch des Amtsgerichts Siegburg von B in Blatt 1xx6x eingetragenen Grundstücks gem. § 890 Abs. 2 BGB wären beide Grundstücke mit unterschiedlichen Grundpfandrechten belastet. Denn während sich an der derzeitigen Belastung des in Blatt 1xx6x eingetragenen Grundstücks mit 2 Grundschulden im Nennbetrag von 180.000,00 € (Abt. III lfd. Nr. 1) und 565.000,00 € (Abt. III lfd. Nr. 2) nichts ändern würde, wäre das in Blatt 1xx0 eingetragene Grundstück weiter mit einer Grundschuld im Nennbetrag von 500.000,00 € (Abt. III lfd. Nr. 2) belastet und würde zusätzlich gem. §§ 1192 Abs. 1, 1131 BGB mit den beiden in Blatt 1xx6x eingetragenen Grundschulden nachrangig belastet. Dies könnte zwar unter Umständen durch eine Nachverpfändung des in Blatt 1xx6x eingetragenen Grundstücks geändert werden. Bislang ist eine solche Nachverpfändung aber nicht erfolgt.

**19** Zudem wären beide Grundstücke im Falle der Zuschreibung gem. § 890 Abs. 2 BGB auch mit unterschiedlichen Reallasten belastet. Denn die in Blatt 1xx6x in Abt. II lfd. Nr. 5 eingetragene Reallast besteht auch gegenüber dem jeweiligen Eigentümer des in Blatt 1xx0 eingetragenen Grundstücks und umgekehrt die in Blatt 1xx0 in Abt. II lfd. Nr. 4 eingetragene Reallast auch gegenüber dem jeweiligen Eigentümer des in Blatt 1xx6x eingetragenen Grundstücks. Die Reallasten würden entgegen der Auffassung der Beteiligten gem. § 889 BGB auch nicht erlöschen, wenn die Eigentümer beider Grundstücke identisch wären (vgl. MüKo-BGB/*Mohr*, 7. Aufl. 2017, § 1105 Rn. 61).

**20** 3. Unabhängig davon, dass die Voraussetzungen einer Zuschreibung gem. § 890 Abs. 2 BGB nicht vorliegen bzw. der Zuschreibung § 6 GBO entgegensteht, konnte der Verfahrensbevollmächtigte der Beteiligten die Zuschreibung mit Wirkung für die Beteiligten aufgrund der in der Urkunde vom 07.07.2017 (UR.Nr. 7xx/2017) erteilten Vollzugsvollmacht auch nicht wirksam erklären. Grundbuchvollmachten sind nach den für Grundbuch-

erklärungen maßgeblichen Grundsätzen auszulegen. Es ist also auf Wortlaut und Sinn der in grundbuchmäßiger Form (§ 29 GBO) nachzuweisenden Erklärung abzustellen, wie er sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung ergibt. Außerhalb der Urkunde liegende Umstände hingegen können wegen der Beweismittelbeschränkung im Grundbuchverfahren für die Auslegung des Umfangs einer Vollmacht nicht herangezogen werden, es sei denn, sie seien offenkundig. Führt die Auslegung zu keinem eindeutigen Ergebnis, gilt der Grundsatz, dass der geringere Umfang der Vollmacht anzunehmen ist, wenn sich der größere nicht nachweisen lässt (OLG München, Beschluss vom 04.12.2017 – 34 Wx 95/17, juris). Zwar muss bei der Auslegung berücksichtigt werden, dass die rechtsgeschäftliche Bevollmächtigung des beurkundenden Notars oder einer seiner Angestellten nur dann einen Sinn hat, wenn sie über die Regelung des § 15 GBO hinausgeht, denn sonst bedürfte es einer besonderen Vollmacht nicht. Die Vollmacht, im Namen der Vertragsparteien alle Erklärungen abzugeben und Rechtshandlungen vorzunehmen, die sich noch als erforderlich oder zweckmäßig erweisen sollten, um den Vollzug dieser Urkunde zu gewährleisten, deckt ihrem Wortlaut und Sinn nach allerdings nur diejenigen Erklärungen ab, die zur Abwicklung und grundbuchmäßigen Umsetzung des beurkundeten Rechtsgeschäfts (typischerweise) notwendig oder förderlich sind (OLG Köln, NJW-RR 1995, 590; *Demharter*, GBO, 31. Aufl. 2018, § 15 Rn. 3.3 m.w.N.). Dazu können auch Erklärungen zählen, die von den Beteiligten oder vom Notar bei der Vertragsunterzeichnung übersehen worden sind (OLG München, Beschluss vom 04.12.2017 – 34 Wx 95/17, juris). Den für die Bestimmung des Umfangs der Vollmacht maßgeblichen Rahmen definiert jedoch der Inhalt des beurkundeten Rechtsgeschäfts, zu dessen Vollziehung die Vollmacht erteilt ist. Dagegen ergibt sich aus einer bloßen Vollzugsvollmacht keine Vollmacht zur inhaltlichen Änderung der Eintragungsbasis (BGH, NJW 2002, 2863, 2864; OLG München, Beschluss vom 04.12.2017 – 34 Wx 95/17, juris; *Demharter*, GBO, 31. Aufl. 2018, § 15 Rn. 3.3 m.w.N.). So liegt der Fall aber hier. Durch die Erklärung vom 26.11.2018 sollte die Urkunde vom 07.07.2017 inhaltlich abgeändert werden. Der Gegenstand des Rechtsgeschäfts sollte ausgewechselt werden. Statt einer Vereinigung der beiden Grundstücke gem. § 890 Abs. 1 BGB sollte eine Bestandteilzuweisung gem. § 890 Abs. 2 BGB erfolgen. Hierbei handelt es sich um unterschiedliche Rechtsgeschäfte mit unterschiedlichen Rechtsfolgen, was sich schon aus §§ 1192 Abs. 1, 1131 BGB ergibt (s.o.). Eine solche Abweichung vom ursprünglich Erklärten ist von der Vollzugsvollmacht nicht gedeckt.

## Löschung eines aufgrund der Eröffnung eines ausländischen Insolvenzverfahrens im Grundbuch eingetragenen Insolvenzvermerks

*GBO §§ 15, 46, 71; EGIInsO Art. 102 § 1 EGIInsO; EGIInsO Art. 102 § 6 Abs. 2; Art. 102c § 8 Abs. 2; InsO §§ 32, 346*

1. Das Ersuchen eines Insolvenzverwalters auf Löschung eines aufgrund der Eröffnung eines ausländischen Insolvenzverfahrens im deutschen Grundbuch eingetragenen Insolvenzvermerks ist an Insolvenzgericht zu richten.
2. Das Grundbuchamt trägt die Löschung des Insolvenzvermerks nur auf entsprechendes Ersuchen des Insolvenzgerichts ein.
3. Für die Löschung eines im Grundbuch eingetragenen Insolvenzvermerks über die Eröffnung eines ausländischen Insolvenzverfahrens gilt im Anwendungsbereich der EulnsVO Art. 102 § 6 Abs. 2 EGIInsO (bzw. Art. 102c § 8 Abs. 2 EGIInsO) entsprechend. Es bedarf keines Rückgriffs auf § 346 InsO.

OLG Köln, Beschl. v. 21.10.2019 – 2 Wx 271/19;  
2 Wx 275/19 – 2 Wx 287/19

### I. Sachverhalt:

1 Die W. B.V. war Eigentümerin des im Rubrum aufgeführten Grundbesitzes. Über ihr Vermögen wurde 2015 das Insolvenzverfahren in den Niederlanden eröffnet. Die Antragsteller sind als Insolvenzverwalter (Curator) bestellt worden. Am 18.08.2015 trug das Amtsgericht – Grundbuchamt – Insolvenzvermerke in die o. a. Wohnungsgrundbücher ein.

2 Mit notariellem Kaufvertrag vom 05.07.2019 haben die Insolvenzverwalter den im Rubrum aufgeführte Grundbesitz an die Eheleute R. veräußert. In dem notariellen Vertrag haben sie u. a. auch die Löschung der in Abt. II lfd. Nr. 6 und lfd. Nr. 7 eingetragenen Rechte bewilligt. Die Eigentumsumschreibung erfolgte am 20.03.2019. Mit Schriftsatz vom 26.03.2019 hat der Verfahrensbevollmächtigte der Beteiligten zu 1) und 2) unter Bezugnahme auf den notariellen Kaufvertrag die Löschung der in Abt. II lfd. Nr. 6 und 7 der im Rubrum aufgeführten Wohnungsgrundbücher eingetragenen Insolvenzvermerke beantragt. Das Amtsgericht – Grundbuchamt – Aachen hat den Antrag mit Beschluss vom 22.08.2019 zurückgewiesen mit der Begründung, eine Löschung des Insol-

venzvermerks sei nur auf Ersuchen des deutschen Insolvenzgerichts zulässig. Gegen diesen Beschluss haben die Beteiligten zu 1) und 2) am 03.09.2019 Beschwerde eingelegt. Das Amtsgericht hat den Beschwerden mit Beschluss vom 18.09.2019 nicht abgeholfen und die Sache dem Oberlandesgericht Köln zur Entscheidung vorgelegt.

## ► II. Aus den Gründen:

**3** Die Beschwerden sind nach §§ 71 ff. GBO zulässig.

**4** Der Schriftsatz des Notars vom 03.09.2019 ist entgegen der in dem am 18.09.2019 erlassenen Nichtabhilfebeschluss zum Ausdruck kommenden Auffassung des Grundbuchamts dahin auszulegen, dass die Beschwerden nicht in eigenem, sondern im Namen der Beteiligten zu 1) und 2), die zudem entgegen der Ansicht des Grundbuchamts und der missverständlichen Formulierung des Notars in dem Schriftsatz vom 26.03.2019 „beantrage ich“, auch Antragsteller sind, erhoben werden sollen. Wenn – wie hier – der einen Antrag einreichende Notar im Rahmen der (vermuteten) Vollmacht nach § 15 GBO Beschwerde einlegt, ist grundsätzlich der Antragsberechtigte und nicht der Notar persönlich als Beschwerdeführer anzusehen, wenn sich – wie hier – nicht aus einer ausdrücklichen Angaben oder aus den Umständen etwas anderes ergibt (vgl. statt aller nur Demharter, GBO, 31. Aufl., § 15 Rn. 20). Dafür, dass der Antrag nicht in eigenem Namen des Notars gestellt worden ist, spricht bereits der in der Antragsschrift enthaltene Hinweis, dass die Kosten der Löschung der Rechte der Verkäufer, mithin vorliegend die Beteiligten zu 1) und 2) tragen. Der ausländische Insolvenzverwalter ist gem. § 71 GBO gegen die eine Löschung ablehnende Entscheidung des Grundbuchamtes auch beschwerdefähig.

**5** In der Sache haben die Beschwerden keinen Erfolg.

**6** Das Grundbuchamt hat es zu Recht abgelehnt, die in den Grundbüchern des Amtsgerichts Aachen von Forst Blättern ..... jeweils eingetragenen Insolvenzvermerke zu löschen. Hinsichtlich der in dem Grundbuch Blatt ..... und Blatt ..... jeweils eingetragenen Insolvenzvermerke fehlt es bereits an einem entsprechenden Löschantrag sowie an einer diesbezüglichen Bewilligung der Insolvenzverwalter. Der Antrag vom 26.03.2019 bezieht sich ausschließlich auf die Löschung der in Abt. II Nr. 6 bzw. Nr. 7 jeweils eingetragenen Rechte. Die Beteiligten zu 1) und 2) haben zudem unter V. Nr. 3 der notariellen Urkunde vom 5. Juli 2018 (Urkundenrollen-Nr. 1815/2018) lediglich die Löschung der in den vorgenannten Grundbüchern eingetragenen

Rechte in Abt. II Nr. 6 bzw. Nr. 7 bewilligt. Im Grundbuch des Amtsgerichts Aachen von Forst Blatt .... ist der Insolvenzvermerk indes in Abt. II Nr. 9 und im Grundbuch des Amtsgerichts Aachen von Forst Blatt .... in Abt. II Nr. 8 eingetragen.

**7** Zudem können – entgegen der in dem Vermerk der Grundbuchrichterin vom 27.05.2019 zum Ausdruck kommenden Auffassung und der Ansicht des Verfahrensbevollmächtigten der Insolvenzverwalter – die jeweils eingetragenen Insolvenzvermerke nicht auf Antrag des Insolvenzverwalters gelöscht werden.

**8** Vorliegend findet gem. Art. 84 Abs. 2 EuInsVO n.F. auf das am 27.05.2015 eröffnete Insolvenzverfahren über die in den Niederlanden ansässige Gesellschaft und damit auf das Eintragungsverfahren noch die Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates über Insolvenzverfahren vom 29.05.2000 (EuInsVO a.F.) und die auf nationaler Ebene durch Art. 102 EGIInsO näher geregelten Durchführungsbestimmungen Anwendung. Diese Vorschriften sind auch maßgebend für die im Falle der Eröffnung eines ausländischen Hauptinsolvenzverfahrens in einem Mitglied der Europäischen Union bei inländischem Grundvermögen in das deutsche Grundbuch einzutragenden Insolvenzvermerke.

**9** Art. 102 § 6 Abs. 2 EGIInsO sieht für den Anwendungsbereich der EuInsVO eine Eintragung der Eröffnung des Insolvenzverfahrens im Grundbuch durch das Grundbuchamt auf Antrag eines ausländischen Insolvenzverwalters nur unter Zwischenschaltung des örtlich zuständigen Insolvenzgerichts vor (vgl. nur K/P/B/Kemper, InsO, Stand August 2019, EGIInsO Art. 102 § 6 Rn. 2; Pannen/Riedeman, NZI 2004, 301, 304). Entsprechend trägt das Grundbuchamt den Insolvenzvermerk nur auf Ersuchen des Insolvenzgerichts ein. Der von einem ausländischen Gericht bestellte Insolvenzverwalter hat seinen Antrag an das nach Art. 102 § 1 InsO zuständige Insolvenzgericht zu richten. Dieses ist gem. Art. 102 § 1 Abs. 3 S. 1 EGIInsO das Insolvenzgericht, in dessen Bezirk Vermögen des Schuldners belegen ist (K/P/B/Kemper, InsO, Stand August 2019, EGIInsO Art. 102 § 6 Rn. 3). Die gesamte Prüfung der kollisions- und insolvenzrechtlichen Voraussetzungen des Insolvenzvermerks, insbesondere der rechtlichen Qualifikation und Anerkennungsfähigkeit des ausländischen Verfahrens sowie seiner Auswirkungen auf die Verfügungsbefugnis des Schuldners obliegt allein dem Insolvenzgericht, dessen Entscheidung für das Grundbuchamt bindend ist (AG Duisburg, NZI 2010, 199)

**10** Dies dient der Entlastung der Registergerichte und damit auch des Grundbuchamts vor der Prüfung der Anerkennung des im Bereich der Europäischen Union eröffneten Insolvenzverfahrens (Regierungsentwurf

zu Art. 102 § 6, BT-Drs. 15/16, S. 16). Der Gesetzgeber geht davon aus, dass sich bei den Insolvenzgerichten ein gewisser Sachverstand über grenzüberschreitende Insolvenzverfahren bildet und diese Gerichte deshalb besonders in der Lage sind, die Voraussetzungen für die Eintragung des Insolvenzvermerks zu prüfen (BT-Drs. 15/16, S. 15 f.). Für den ausländischen Insolvenzverwalter ist diese Konzeption insofern vorteilhaft, als er sich lediglich an eine Stelle wenden muss, die alle Registereintragungen veranlasst. Widersprechende Entscheidung über die Eintragung werden so vermieden (BT-Drs. 15/16, S. 16; *Pannen/Riedemann*, NZI 2004, 301, 304). Entsprechend schließt Art. 102 § 6 Abs. 1 S. 3 EGlInsO die Anwendung des § 32 Abs. 2 S. 2 InsO und damit die Möglichkeit einer unmittelbaren Antragstellung durch den Insolvenzverwalter ausdrücklich aus.

**11** Diese Grundsätze gelten nach Auffassung des Senats nicht nur für die Eintragung eines Insolvenzvermerks, sondern auch für dessen Löschung. Die Löschung des Insolvenzvermerks im Grundbuch erfolgt nach Maßgabe des § 46 Abs. 1 GBO durch Eintragung eines Vermerks unter der Rubrik „Löschungen“ in derselben Abteilung wie der zu löschende Insolvenzvermerk. (vgl. *Jaeger/Schilken*, InsO, 2004, § 32 Rn. 43; *MüKolInsO/Busch*, 4. Auflage 2019, § 32 Rn. 87). Für das Verfahren des Grundbuchamtes gelten die Regeln zur Eintragung des Insolvenzvermerks entsprechend (vgl. *MüKolInsO/Busch*, 4. Auflage 2019, § 32 Rn. 88 für § 32 InsO). Damit bedarf es keines Rückgriffs auf eine entsprechende Anwendung des § 346 Abs. 2 S. 3 InsO. Vielmehr folgt die Notwendigkeit, den Löschantrag an das deutsche Insolvenzgericht zu richten, damit dieses das Grundbuchamt um eine entsprechende Löschung ersucht, unmittelbar aus Art. 102 § 6 EGlInsO.

**12** Geht man mit dem Grundbuchamt davon aus, dass Art. 102 § 6 EGlInsO keine ausdrückliche Regelung enthält, wie zu verfahren ist, wenn die Eintragungsvoraussetzungen entfallen sind, ist entsprechend den Ausführungen des OLG Dresden (ZIP 2010, 2108 mit Anmerkung *Cranshaw*, jurisPR-InsR 21/2010 Anm. 2) § 346 Abs. 2 S. 3 InsO heranzuziehen (aA *Vallender*, EulnsVO, Art. 102c § 8 EGlInsO, der auf eine entsprechende Anwendung von § 32 Abs. 3 S. 1 InsO abstellt). Die §§ 343 ff. InsO finden ergänzende Anwendung, soweit weder die EulnsVO noch die Ausführungsbestimmungen in Art. 102 EGlInsO Sondervorschriften enthalten (BT-Drs. 15/15, S. 12; *Pannen/Riedemann*, NZI 2004, 321). Auch bei Anwendung des § 346 Abs. 2 S. 3 InsO bedarf es zur Löschung des Insolvenzvermerks eines diesbezüglichen Ersuchens des Insolvenzgerichts.

**13** Unerheblich ist es, dass vorliegend das Grundbuchamt bei der Eintragung des Insolvenzvermerks diese

Grundsätze nicht beachtet und den Vermerk unter Verstoß gegen die gesetzliche Regelung eingetragen hat. Auf jeden Fall muss im Rahmen der Löschung der Weg über das Insolvenzgericht beschritten werden.

## Zur Genehmigung eines Grundstückskaufvertrages nach dem ASVG

§ 32 Abs. 1 ASVG, §§ 31, 41 LVwVfG, § 3 LVwZG, § 180 ZPO

- 1. Die Frist zur Stellung des Antrags auf gerichtliche Entscheidung (hier gemäß § 32 Abs. 1 S. 1 ASVG) beginnt bei einer förmlichen Zustellung in Form einer Ersatzzustellung durch Einlegen in den Briefkasten gemäß § 180 S. 2 ZPO mit der Einlegung in den Briefkasten.**
- 2. Die Wirksamkeit einer Ersatzzustellung an eine Kommune wird nicht dadurch beeinträchtigt, dass der Zusteller auf der Zustellungsurkunde vermerkt, er habe das Schriftstück in den „zur Wohnung“ gehörenden Briefkasten eingelegt, sofern sich an der angegebenen Anschrift der Sitz der Kommune befindet und keine sonstigen Umstände auf eine fehlerhafte Zustellung hindeuten.**
- 3. Für den Fristbeginn ist unerheblich, ob die Zustellung zu einem Zeitpunkt erfolgt, in dem die Geschäfts- oder Verwaltungsräume noch besetzt sind. Die Frist kann daher auch an einem Samstag beginnen.**

OLG Stuttgart (Senat für Landwirtschaftssachen),  
Beschluss vom 11.07.2019 – 101 W 3/19

### I. Sachverhalt:

**1** Die Beteiligte 1, eine Kommune, begehrt die Genehmigung eines notariellen Kaufvertrags über zwei landwirtschaftliche Grundstücke auf der Gemarkung von S.

**2** Mit notariellem Kaufvertrag vom 21. August 2017 erwarb die Beteiligte 1 von der aus den Beteiligten 2 bis 6 bestehenden Erbengemeinschaft zwei Flurstücke mit einer Fläche von 12.559 m<sup>2</sup> und 1.123 m<sup>2</sup>.

Das Landwirtschaftsamt versagte am 19. Oktober 2017 die Genehmigung nach dem ASVG. Den gegen die Versagung gerichteten Antrag der Beteiligten 1 auf gerichtliche Genehmigung wies das Amtsgericht – Landwirtschaftsgericht – Heilbronn mit Beschluss vom 12. Dezember 2018 zurück.

**3** Zur Begründung führt das Landwirtschaftsgericht aus, das Veräußerungsgeschäft unterliege insgesamt dem Anwendungsbereich des ASVG. Es sei nicht genehmigungsfähig nach § 4 Nr. 5 ASVG. Eine Pflicht zur Genehmigung gemäß § 6 Nr. 6 ASVG bestehe nicht. Auch sollten die Grundstücke nicht als Ersatzland zur alsbaldigen Verpachtung oder Veräußerung an einen bestimmten von der Beteiligten 1 verdrängten Landwirt dienen.

**4** Die Veräußerung an die Beteiligte 1 stelle eine agrarstrukturell nachteilige Verteilung des Grund und Bodens im Sinne von § 7 Abs. 1 Nr. 1 ASVG dar. Es erfolge eine Veräußerung an einen Nichtlandwirt. Vier Landwirte seien an den Grundstücken interessiert und hätten gegenüber dem Landwirtschaftsamt nachgewiesen, dass sie weitere Eigentumsflächen benötigten.

Der Versagungsgrund könne auch nicht durch eine Auflage im Sinne von § 8 ASVG ausgeräumt werden, namentlich nicht durch eine Verpachtungsaufgabe.

**5** Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Entscheidungsgründe des angegriffenen Beschlusses verwiesen.

**6** Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Beteiligten 1. Das Flurstück [1] liege unter der Mindestgröße gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 1b ASVG. Ein Anwendungsfall des § 1 Abs. 6 ASVG liege nicht vor. Eine Teilung von Vertrag und Genehmigungsantrag sei nicht ausgeschlossen. Das Gesetz sei daher auf das Flurstück [1] nicht anwendbar.

Auch hinsichtlich des Flurstücks [2] lägen die Voraussetzungen für eine Versagung nicht vor. Vielmehr lägen die Voraussetzungen des § 6 Nr. 6 c ASVG vor. In der Gemeinde herrsche sehr große Wohnknappheit. In den letzten Jahren seien durch innerörtliche Nachverdichtung Leerstände beseitigt und Baulücken geschlossen worden. Dadurch sei der Außenbereich soweit wie möglich geschont worden. Allerdings müsse die Gemeinde neue Wohnflächen unter anderem für den (sozialen) Wohnungsbau ausweisen. Konkrete Projekte befänden sich in verschiedenen Vorbereitungs- und Planungsphasen nach dem BauGB. Zudem würden für eine Erweiterung eines X-Marktes, dafür erforderliche Verkehrsanbindungen und eine Abbiegespur Tauschflächen und Ausgleichsflächen benötigt, ebenso für die Erstellung des zweiten Ohrs der B xxx. Die Kommune habe also konkrete Verfahren nach dem BauGB eingeleitet, um ihrer Verpflichtung zur Schaffung ausreichenden Wohnraums für die Bevölkerung nachzukommen. Dabei sei es notwendig, dass sie den verdrängten Landwirten Ersatzland zur Verfügung stelle. Es liege insbesondere im Interesse der Landwirte, dass ihnen keine Geldentschädigung, sondern Ersatzland zur Verfügung gestellt werde. Da die Kommune jedoch über derartige Tauschflächen derzeit nicht verfüge, sei

erforderlich, dass sie landwirtschaftliche Grundstücke für konkret anstehende Grundstücksverhandlungen erhalte. Sobald der Gemeinderat den Geltungsbereich des künftigen Bebauungsplans durch Beschluss festgelegt habe, müsse die Gemeinde in der Lage sein, für die im Plangebiet liegenden landwirtschaftlich genutzten Flächen Ersatzland anbieten zu können.

Unberechtigt sei die Befürchtung, durch den Ankauf würden Grundstücke der Landwirtschaft entzogen. Die Gemeinde solle nur für den kurzen Zeitraum zwischen der Auflassung an sie und der Weiterveräußerung an die verdrängten Landwirte und ausschließlich zu diesem Zwecke Eigentum erwerben.

**7** Die Versagung der Genehmigung verstoße auch gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Die Landwirtschaftsbehörde hätte nach § 8 und § 9 ASVG prüfen müssen, ob die Erteilung der Genehmigung unter Auflagen und/oder Bedingungen möglich sei. Hierzu seien aber keine konkreten Überlegungen angestellt worden. Möglich gewesen wären beispielsweise eine Auflage nach § 8 Abs. 1 ASVG (Verpachtung an einen Landwirt) oder eine Nebenbestimmung, nach der das Grundstück innerhalb eines angemessenen Zeitrahmens, der dem Verfahren der Bauleitplanung nach BauGB entspreche, an einen Landwirt abzugeben sei. Dabei fehle es nicht an einer absehbaren Übergangszeit. Die Gemeinde sei bereit zuzusichern, dass die Grundstücke zu jeder Zeit landwirtschaftlich genutzt werden.

**8** Der Antrag auf gerichtliche Entscheidung sei rechtzeitig eingelegt worden. Zwar sei die Einlegung der Entscheidung des Landwirtschaftsamts in den Briefkasten an einem Samstag erfolgt. Der Samstag gehöre aber nicht zu den üblichen Arbeitstagen der Gemeindeverwaltung. Zugewandten sei die Entscheidung daher erst am darauffolgenden Montag, den 23. Oktober 2017. An diesem Tag habe die Beschwerdeführerin unter normalen Umständen erstmals von der Sendung Kenntnis nehmen können. Für den Zeitpunkt der Bekanntgabe nach § 41 LVwVfG komme es darauf an, wann der Betroffene üblicherweise Kenntnis von der Sendung nehmen könne.

**9** Die Beteiligte 1 beantragt:

1. Auf die Beschwerde des Antragstellers wird der Beschluss des Amtsgerichts Heilbronn vom 12. Dezember 2018 (XV 7/17) aufgehoben. Der Grundstückskaufvertrag, geschlossen vor dem Notariat ..., Notar ..., Urkundenrolle ... vom 21. August 2017 wird nach dem ASVG genehmigt.
2. Die außergerichtlichen Auslagen des Antragstellers und Beschwerdeführers werden erstattet.

Das Landwirtschaftsamt verteidigt den angefochtenen Beschluss und beantragt, die Beschwerde zurückzuweisen.

## ▶ II. Aus den Gründen:

**10** Die Beschwerde der Beteiligten 1 gegen den Beschluss des Amtsgerichts – Landwirtschaftsgericht – Heilbronn vom 12. Dezember 2018 ist zulässig, hat in der Sache aber keinen Erfolg, sondern ist mit der Maßgabe zurückzuweisen, dass der Antrag auf gerichtliche Entscheidung als unzulässig zurückgewiesen wird.

**11** Gemäß § 32 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 ASVG handelt es sich bei einer Streitigkeit über die Versagung der Genehmigung nach § 7 ASVG um eine Landwirtschaftssache der freiwilligen Gerichtsbarkeit, die den nach dem LwVG zuständigen Landwirtschaftsgerichten zugewiesen sind. Die Vorschriften des ersten und zweiten Abschnitts des LwVG finden entsprechende Anwendung.

Gemäß § 9 LwVG sind die Vorschriften des FamFG sinn gemäß anzuwenden, soweit das LwVG nichts anderes bestimmt. Gemäß § 58 Abs. 1 FamFG findet die Beschwerde gegen die im ersten Rechtszug ergangenen Entscheidungen statt. Die Beschwerdefrist beträgt gemäß § 63 Abs. 2 Nr. 2 FamFG zwei Wochen, sofern sich die Beschwerde gegen Entscheidungen über Anträge auf Genehmigung eines Rechtsgeschäfts richtet; andernfalls beträgt die Beschwerdefrist gemäß § 63 Abs. 1 FamFG einen Monat. Gemäß § 64 Abs. 1 S. 1 FamFG ist die Beschwerde bei dem Gericht einzulegen, dessen Beschluss angefochten wird.

**12** Der angefochtene Beschluss des Landwirtschaftsgerichts, der das Datum vom 12. Dezember 2018 trägt, wurde den Bevollmächtigten der Beteiligten 1 am 1. Februar 2019 zugestellt. Am 13. Februar 2019 ging die Beschwerde beim Landwirtschaftsgericht. Die Beschwerde wurde als form- und fristgerecht eingelegt.

Mit Schriftsatz vom 27. März 2019, eingegangen am selben Tag, also innerhalb der mit Verfügung vom 27. Februar 2019 gesetzten Frist, wurde die Beschwerde begründet.

**13** Der Senat entscheidet über die Beschwerde gemäß § 15 Abs. 1 LwVG, § 68 Abs. 3 FamFG ohne mündliche Verhandlung. Eine mündliche Verhandlung hat in erster Instanz stattgefunden. Ein Antrag auf mündliche Verhandlung in der Beschwerdeinstanz wurde nicht gestellt. Die Beteiligte 1 hat mit Schriftsatz vom 4. Juli 2019 um eine Entscheidung ohne mündliche Verhandlung gebeten. Eine mündliche Verhandlung ist auch nicht geboten, weil zusätzliche Erkenntnisse zu erwarten wären.

**14** Die Beschwerde ist zurückzuweisen, weil der Antrag auf gerichtliche Entscheidung verfristet und damit unzulässig war. Einer Auseinandersetzung mit der Frage, ob die Voraussetzungen für eine Genehmigung des Grundstückskaufvertrags vorliegen, bedarf es daher nicht.

**15** Der Antrag auf gerichtliche Entscheidung ist am Mittwoch, dem 22. November 2017 beim Amtsgericht – Landwirtschaftsgericht – Heilbronn eingegangen.

**16** Zu diesem Zeitpunkt war die Monatsfrist gemäß § 32 Abs. 1 ASVG bereits abgelaufen.

Der Antrag auf gerichtliche Entscheidung gegen die Versagung der Genehmigung nach § 7 ASVG ist gemäß § 32 Abs. 1 ASVG innerhalb von einem Monat nach Bekanntgabe der Entscheidung der Landwirtschaftsbehörde beim zuständigen Landwirtschaftsgericht zu stellen.

**17** § 31 Abs. 1 ASVG verlangt – anders als § 20 GrdstVG – keine förmliche Zustellung der Entscheidung über den Genehmigungsantrag. Die Entscheidungen sollen nach § 41 LVwVfG bekannt gegeben werden (vgl. LT-Drucks. 14/5140 S. 59). Nach § 41 Abs. 1 S. 1 LVwVfG ist der Verwaltungsakt demjenigen Beteiligten bekannt zu geben, für den er bestimmt ist oder der von ihm betroffen ist. Nach § 41 Abs. 5 LwVfG bleiben die Vorschriften über die Bekanntgabe eines Verwaltungsaktes mittels Zustellung unberührt. Die Bekanntgabeart liegt, soweit fachrechtlich nichts anderes bestimmt ist, im Ermessen der Behörde. Aus § 1 Abs. 2 Landesverwaltungszustellungsgesetz (LVwZG) ergibt sich, dass eine Zustellung nicht nur durch Rechtsvorschrift, sondern auch durch behördliche Anordnung bestimmt werden kann. Vorliegend hat das Landwirtschaftsamt die Zustellung an die Beschwerdeführerin angeordnet.

**18** Die Zustellung richtet sich nach den Vorschriften des LVwZG. Für die Ausführung der Zustellung gelten gemäß § 3 LVwZG die §§ 177 bis 182 ZPO entsprechend. Gemäß § 31 Abs. 1 LVwVfG gelten für die Berechnung von Fristen und für die Bestimmung von Terminen die §§ 187 bis 193 BGB entsprechend.

**19** Der Versagungsbescheid des Landwirtschaftsamts ist der Beteiligten 1 am 21. Oktober 2017 zugestellt worden, wie sich aus der Postzustellungsurkunde ergibt, die sich in der Beiakte befindet. Soweit im Tatbestand des Beschlusses des Landwirtschaftsgerichts davon die Rede ist, dass der Bescheid vom 19. Oktober 2017 am 23. Oktober 2017 bei der Beteiligten 1 eingegangen sei, ergibt sich dies nicht aus der Beiakte des Landwirtschaftsamts.

**20** Ausweislich der Zustellungsurkunde hat der Zusteller, ein Postbediensteter, die Sendung zu übergeben versucht. Weil die Übergabe des Schriftstücks nicht möglich war, habe er das Schriftstück in den „zur Wohnung“ gehörenden Briefkasten oder in eine ähnliche Vorrichtung eingelegt. Als Kommune verfügt die Beteiligte 1 nicht über eine „Wohnung“. Unter der Adresse H. Str. 1 in Y. befindet sich vielmehr ihr Rathaus. Der Zusteller hätte daher in der Zustellungsurkunde unter Punkt 10.2

ein Kreuz bei „zum Geschäftsraum“ setzen müssen. Dieser Fehler ändert aber nichts an der Wirksamkeit der Zustellung. Insbesondere ergibt sich daraus kein Indiz dafür, dass das Zustelldatum fehlerhaft ist. Die Beteiligte 1 stellt auch nicht in Abrede, dass der Bescheid am 21. Oktober 2017 in ihren Briefkasten eingelegt wurde, sondern hat dies im Schriftsatz vom 17. Mai 2019 selber eingeräumt.

**21** Gemäß § 180 S. 2 ZPO gilt bei einer Ersatzzustellung durch Einlegen in den Briefkasten das Schriftstück mit der Einlegung als zugestellt. Dies gilt unabhängig davon, ob die Einlegung in einen zu einer Wohnung oder in einen zu einem Geschäftsraum gehörenden Briefkasten erfolgt. Für die Wirksamkeit der Zustellung kommt es nicht darauf an, ob und wann der Empfänger das Dokument seiner Empfangsvorrichtung entnommen und ob er es tatsächlich zu Kenntnis genommen hat (vgl. BGH, Urteil vom 10. November 2005 – III ZR 104/05 Rn. 12 m.w.N.; Schultzy in Zöller, ZPO, 32. Aufl., § 180 Rn. 8). Ob Geschäftsräume zu dieser Zeit noch besetzt sind, ist für den Zugangszeitpunkt irrelevant (vgl. BFH, Beschluss vom 28. Dezember 2010 – III B 178/09, juris Rn. 7 f. für den Fristbeginn bei Zustellung in einer Kanzlei freitags um 16:00 Uhr; s.a. VGH München, Beschluss vom 28. November 2011 – 11 CS 11.2413, juris Rn. 22 zur Zustellung in einer Kanzlei an einem Samstag durch Einlegung in den Briefkasten; ebenso OVG Magdeburg, Beschluss vom 17. Januar 2012 – 1 L 150/11, juris Rn. 5). Unerheblich ist daher das Datum, das der Eingangsstempel trägt, den die Beteiligte 1 auf dem Bescheid des Landwirtschaftsamts angebracht hat.

**22** Der Umstand, dass der 21. Oktober 2017 ein Samstag war, ändert deshalb nichts daran, dass die Monatsfrist gemäß § 32 Abs. 1 ASVG an diesem Tag zu laufen begonnen hat.

**23** Für den Fristablauf ist in § 222 Abs. 1 ZPO oder § 31 Abs. 3 S. 1 LVwVfG geregelt, dass eine Frist mit Ablauf des nächsten Werktages endet, wenn das Ende einer Frist auf einen Sonntag, einen allgemeinen Feiertag oder einen Sonnabend fällt. Eine vergleichbare Regelung findet sich in § 193 BGB für den Fall, dass an einem bestimmten Tag oder innerhalb einer Frist eine Willenserklärung abzugeben oder eine Leistung zu bewirken ist und der bestimmte Tag oder der letzte Tag der Frist auf einen Sonn- oder Feiertag oder einen Sonnabend fällt. Dies gilt aber nicht für den Fristbeginn. Eine Frist kann daher auch an einem Sonn- oder Feiertag oder Samstag beginnen (so ausdrücklich Jaspersen in BeckOK ZPO, Stand: 1.12.2018, § 222 ZPO Rn. 2).

**24** Zwar bestimmt § 41 Abs. 2 LVwVfG, dass ein schriftlicher Verwaltungsakt, der im Inland durch die Post übermittelt wird, am dritten Tag nach der Aufgabe zur Post als bekannt gegeben gilt. Gemäß § 41 Abs. 5 LVwVfG bleiben die Vorschriften über die Bekanntgabe eines Verwaltungsaktes mittels Zustellung unberührt. Eine analoge Anwendung des § 41 LVwVfG auf förmliche Zustellungen kommt daher nicht in Betracht (Tiedemann in BeckOK-VwVfG, Stand: 1.10.2018, § 41 Rn. 128).

**25** Die Monatsfrist gemäß § 32 Abs. 1 S. 1 ASVG begann daher mit der Zustellung am 21. Oktober 2017 und endete gemäß § 188 Abs. 2 BGB mit Ablauf des 21. November 2017. Der Antrag auf gerichtliche Entscheidung ist aber erst am 22. November 2017 und damit nach Ablauf der Monatsfrist beim Amtsgericht – Landwirtschaftsgericht – Heilbronn eingegangen. Die Beschwerde ist daher mit der Maßgabe zurückzuweisen, dass der Antrag auf gerichtliche Entscheidung als unzulässig zurückgewiesen wird. [...]

# BUCHBESPRECHUNGEN



## Grundbuchverfahrensrecht

Prof. Dieter Eickmann und Prof. Roland Böttcher unter Mitarbeit von Dipl. Rpfleger Alexander Dressler-Berlin. 5., Auflage 2019. Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 502 S., 59 €, ISBN 978-3-7694-1219-2.

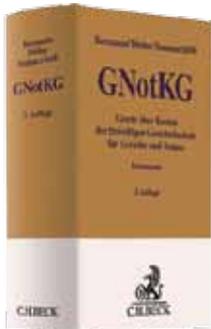
*Besprechung von Professor Walter Böhringer, Notar a.D., Heidenheim/Brenz*

Dieter Eickmann als Ursprungsautor des Werks ist vor zwei Jahren verstorben. Seine Systematisierung der Verfahrensvoraussetzungen und der Verfahrensstruktur liegen dem Buch selbstverständlich weiter zugrunde und werden von Roland Böttcher und Alexander Dressler-Berlin fortgeführt. Das Werk strukturiert das grundbuchamtliche Verfahren in hervorragender Weise. Es stellt präzise die Verfahrensabläufe dar. Das Werk besticht durch viele neue Passagen. Hervorzuheben sind z. B. notarielle Prüfung der Eintragungsfähigkeit, Gesellschaft bürgerlichen Rechts, Vertretung von Beteiligten, Voreintragung der Betroffenen (z. B. Erben bei Finanzierungsgrundschuld), Wirksamwerden und Rücknahme der Bewilligung, Prüfungspflicht des Grundbuchamts. Eingehend, prägnant und übersichtlich werden die Themen erläutert.

Von den 12 Kapiteln des Buchs ist die Darstellung der Voraussetzungen des Eintragsverfahrens im 5. Kapitel das Herzstück (220 Seiten). Auch im deutschen Grundbuchverfahren kommt es aufgrund der zunehmenden Internationalisierung zu immer häufigeren Fragen zum

Ablauf des Grundbuchverfahrens. Das völlig neue Kapitel „Auslandsbezug im Grundbuchverfahren“ geht auf die Probleme ein mit den Abschnitten „Die ausländische Urkunde im Grundbuchverfahren“, „Die ausländische Urkunde in fremder Sprache – Erfordernis der Übersetzung“, „Ausländischer Güterstand im Grundbuchverfahren“ und „Ausländische Erbnachweise im Grundbuchverfahren“. Abschließend wird kurz der elektronische Rechtsverkehr im Grundbuchverfahren behandelt. Zahlreiche Muster und Beispiele geben weitere Einblicke in den komplexen Ablauf eines Grundbuchverfahrens.

Wer das Grundbuchverfahrensrecht studieren will, kommt an diesem vorzüglichen Werk nicht vorbei, nimmt es mit sehr großem Gewinn in die Hand. Die für die Abwicklung von Grundstücksgeschäften eminent wichtigen Bereiche sind praxisgerecht aufgearbeitet. Dieses Lehr- und Praxisbuch ist eine Qualität für sich – ein Werk erster Güte. Es ist ideal zur Vorbereitung für die Rechtspfleger- und notarielle Fachprüfung.



## GNotKG – Gerichts- und Notarkostengesetz

von J. Bormann / T. Diehn / K. Sommerfeldt (Hrsg.)

3. Auflage – München, C.H. Beck 2019, 1168 S., 139 €, ISBN 978-3-406-72423-7.

Besprechung von Notarassessorin Maxi-Madelaine Liebholz, Eppingen

Notarkosten begleiten uns im Alltag ständig; alle Regelungen, Berechnungsvorschriften und Anwendungshinweise im Kopf zu haben, ist bei der Fülle an notariellen Tätigkeitsfeldern gar nicht so einfach. Zum Glück gibt es daher das kompakte Nachschlagewerk von *Bormann, Diehn* und *Sommerfeldt* zum GNotKG in nunmehr dritter Auflage. Einer weiteren Vorstellung bedarf der Kommentar sicherlich nicht; handelt es sich doch um das Standardwerk der notariellen Kosten. Diese Position sichert sich das Werk durch den außergewöhnlichen Autorenkreis und die Praxisnähe – handelt es sich doch gerade um keine wissenschaftliche Darstellung des Kostenrechts, sondern um einen Kommentar für jeden Tag. Dieser praxisorientierte Ansatz mindert die Qualität des Werks jedoch in keiner Weise. Der Autorenkreis ist insofern zur Voraufgabe unverändert.

Der Kommentar umfasst dabei alle Vorschriften des GNotKG und das Kostenverzeichnis und hat dennoch einen handlichen Umfang.

Eine gute Übersicht und einen Start in das Werk bietet die Bewertung der notariellen Tätigkeitsfelder von A-Z unter § 36, kommentiert von *Diehn*. Hier findet man überblicksartig alle nur denkbaren Beurkundungsgegenstände und eine direkte Angabe zu deren Bewertung bzw. einen Verweis, wo dies im Werk zu finden ist.

Die hohe praktische Auslegung des Werkes zeigt sich an vielerlei Stellen: durch praktische Übersichten und Berechnungsformeln, wie bei der Bewertung von Geschäftsanteilen (S. 218) oder der Gebührenberechnung bei mehreren Rechtsverhältnissen. Hier findet sich auf S. 366 sogar eine Prüfungsreihenfolge von *Bormann* zum kostenrechtlichen Umgang mit identischen und unterschiedlichen Beurkundungsgegenständen. So gelingt der Umgang mit den §§ 109, 110 GNotKG sicher. Ergänzt wird dieses Prüfungsschema durch die Kommentierung

im Rahmen von §§ 109, 110 GNotKG und die wirklich hilfreiche Aufzählung dort mit vielen Beispielen.

Hilfreich sind auch die konkreten Formulierungshilfen, zum Beispiel im Rahmen der Kostenerhebung und Beitreibung von Kosten und Zinsen (S. 333 ff.) oder zum öffentlich-rechtlichen Kostenvertrag auf S. 519. So entfällt das langwierige Hin- und Her auf der Suche nach geeigneten Formulierungen.

Auf aktuelle Entscheidungen wird ebenfalls in ausreichendem Maße eingegangen; so zum Beispiel in Bezug auf die Diskussion um die Vollzugstätigkeit des Erstellens der Gesellschafterliste (S. 954). Auf die inzwischen ergangene Entscheidung des BGH konnte natürlich noch nicht eingegangen werden.

Sehr übersichtlich wird von *Diehn* auch das etwas unliebsame Thema der Auslagen kommentiert. Innerhalb nur weniger Seiten kann man sich in kurzer Zeit dieses Thema mithilfe der Kommentierung aneignen.

Ein kleiner Wehrmutstropfen bleibt gleichwohl aus meiner Sicht: gerade für Kostenrechtsanfänger wie mich dürfte das Werk mehr Beispielsrechnungen enthalten. Dies erleichtert die konkrete Anwendung der Vorschriften erheblich. Das Lehrbuch von *Diehn* zum Notarkostenrecht benutze ich daher in der täglichen Anwendung meist parallel zum Kommentar. Auch im Kommentar selbst ließen sich sicher an der ein oder anderen Stelle Beispielsrechnungen integrieren, ohne den Umfang des Werkes zu sprengen, aber die Verständlichkeit des Werks zu erhöhen.

Insbesondere *Diehn* selbst verweist durchaus an der ein oder anderen Stelle auf seine Lehrbücher. Das erschwert die Handhabung zum Teil, wie beispielsweise bei dem schwierigen Thema der Hinzurechnungen (§ 47 GNotKG)

im Rahmen von dinglich abgesicherten Nutzungsvorbehalten (S. 192 des Kommentars). An anderer Stelle finden sich dagegen wieder hilfreiche konkrete Berechnungen, so z.B. bei § 100 GNotKG zum Thema Ehevertrag. Es wäre schön, diese künftig noch mehr in der Kommentierung zu finden.

Insgesamt lohnt sich dennoch die Anschaffung des Kommentars. Die 139 € für das Werk sind insofern gut

eingesetzt, der Kommentar ist in seiner Größe so handlich, dass er locker auf jedem Schreibtisch Platz finden kann. Er ist aufgrund der vielen Beispiele, Formulierungshilfen und Übersichten insbesondere auch uneingeschränkt für Kostenrechtsneulinge empfehlenswert, welche ein Nachschlagewerk für den Alltag suchen. Der Kommentar bietet hierbei eine preiswerte Unterstützung für die tägliche Arbeit im Notarbüro.



## Handbuch Erbgemeinschaft

Dr. Hans-Peter Wetzel / Dr. Felix Odersky / Dr. Hellmut Götz (Hrsg.)  
Verlag C.H. Beck 2019, 723 S., geb. Euro 149,-. ISBN 978 3 406 72320 9

Besprechung von Notarassessor Dr. Tobias Steber, LL.M. (Cambridge), Bietigheim-Bissingen

Die im Verlag C.H. Beck erscheinenden Handbücher zum Erbrecht sind seit Jahrzehnten etabliert, die Bände zur Testamentsvollstreckung und zur Testamentsgestaltung dürften zur Standardausstattung jeder Notarbibliothek gehören. Ein entsprechendes Werk zum Thema „Erbengemeinschaft“ gab es bisher hingegen nicht, obwohl das Thema für die erbrechtliche Beratung erhebliche Relevanz hat. Diese Lücke ist nun mit dem von *Wetzel, Odersky* und *Götz* herausgegebenen Band geschlossen worden. Die Herausgeber konnten dafür ein Team von Autoren gewinnen, das ausschließlich aus Praktikern aus Anwaltschaft und Notariat besteht, dem insgesamt eine umfassende, für den Beratungsalltag gut brauchbare Darstellung gelungen ist.

Dies gilt zunächst für die Ausführungen von *Götz* zum Steuerrecht, die den unterschiedlichen Themenblöcken jeweils hintangestellt sind (vgl. §§ 5, 7, 8, 12, 22, 32, 41). Auch wenn man es als Notar in aller Regel tunlichst vermeiden wird, zum Steuerrecht zu beraten, ist das Wissen um die wesentlichen steuerlichen Grundlagen für eine sinnvolle Bearbeitung des erbrechtlichen Mandats doch stets hilfreich, wenn nicht im Einzelfall sogar erforderlich. In diesem Zusammenhang ist *Götz* eine für den rechtlichen Berater sehr gut lesbare Darstellung gelungen.

Der Schwerpunkt der Bearbeitung liegt aber selbstverständlich auf dem Erbrecht. Jeweils eigene Teile befassen sich mit den zentralen Themen Haftung und Haftungsbegrenzung (Teil B - §§ 6 bis 8), Verfügungen der Miterben (Teil C - §§ 9 bis 12), Verwaltung der Erbengemeinschaft (Teil F - §§ 23 bis 32) und Auseinandersetzung (Teil G - §§ 33 bis 42). Hierbei ist insbesondere *Ulshöfer* in § 9 zur Erbteilsübertragung eine Bearbeitung mit einigem dogmatischen Tiefgang, aber gleichwohl gutem Praxisbezug gelungen. Den bei weitem breitesten Raum nehmen in diesem zentralen Bereich des Handbuchs die Ausführungen zur Auseinandersetzung ein, aus Sicht der notariellen

Praxis natürlich zu Recht. Äußerst knapp geraten ist hingegen die Darstellung der mit § 2038 BGB zusammenhängenden Fragen (§§ 23 bis 26 in Teil F).

Daneben werden einige „Spezialthemen“ herausgehoben bearbeitet. So befasst sich *Bernauer* in Teil D (§§ 13 bis 17) ausführlich mit Minderjährigen und Betreuten in der Erbengemeinschaft. Leider bleiben dessen Ausführungen zur Beschlussfassung im Innenverhältnis bei der ordnungsgemäßen Verwaltung (§ 15 Rn. 28 bis 30) aus Sicht des Rezensenten etwas vage; man mag dem Punkt freilich für die notarielle Praxis nur geringe Bedeutung beimessen. An weiteren Spezialthemen werden behandelt: das unternehmerische Vermögen in der Erbengemeinschaft (Teil E - §§ 18 bis 22), Erbengemeinschaft und ausländisches Recht (Teil H - §§ 43 und 44) sowie landwirtschaftliches Erbrecht (Teil I - § 45). Abgerundet wird das Handbuch durch ein Kapitel, das Instrumente zur Vermeidung der Erbengemeinschaft und der streitigen Auseinandersetzung darstellt (Teil J - §§ 46 bis 53), die freilich die altbekannten sind, wie z.B. lebzeitige Übertragung, Vertrag zu Gunsten Dritter auf den Todesfall oder Testamentsvollstreckung.

Positiv hervorzuheben sind die zahlreichen, durch das gesamte Werk hindurch praxistauglichen Muster. Leider sind diese nicht elektronisch verfügbar. Eine Aufgabe für die Folgeauflage mag es sein, die Abstimmung zwischen den einzelnen, von unterschiedlichen Autoren verfassten Kapitel zu verbessern. So fehlt es weitgehend an Verweisen innerhalb des Werks. Und während bei einer Querschnittsdarstellung wie der vorliegenden gewisse Doppelungen wohl unvermeidbar sind, scheint doch fraglich, ob etwa zwei jeweils eigenständige Kapitel zum Thema Testamentsvollstreckung (in § 31 einerseits, in § 52 andererseits) in einem Handbuch zur Erbengemeinschaft wirklich ihre Berechtigung haben. Alles in allem ist das Handbuch Erbengemeinschaft aber gewiss eine sinnvolle Ergänzung für jede Notarbibliothek.



## Aktien- und GmbH-Konzernrecht

Prof. Dr. Volker Emmerich / Prof. Dr. Mathias Habersack (Hrsg.) Verlag C.H. Beck 2019, 9. Auflage 2019, 1069 S., geb. Euro 169,-. ISBN 978-3-406-71953-0

Besprechung von Notarassessor Dr. Theo Luy, Berlin

Die Neuauflage des renommierten Standardwerks zum Konzernrecht ist an sich ein Grund zur Freude für alle mit dem Konzernrecht befassten Wissenschaftlerinnen und Praktiker. Leider wird die Neuauflage jedoch dadurch überschattet, dass der Mitautor der Voraufgabe *Jan Schürnbrand* (weiland Professor an der Universität Tübingen) völlig unerwartet am 22. Oktober 2016 im Alter von nur 44 Jahren verstorben ist (s. dazu NZG 2016, 1416). Seine Kommentierung der Vorschriften des WpHG über die Beteiligungstransparenz wird in der Neuauflage von *Habersack* fortgeführt.

Bekannt und bewährt ist der Aufbau des Kommentars, anhand der sich im Wesentlichen im AktG befindlichen lückenhaften gesetzlichen Regelungen zum Konzernrecht nicht nur das Konzernrecht der AG, sondern auch das der GmbH zu erläutern. Dieses hat bekanntlich eine enorme praktische Bedeutung, dürften doch die allermeisten Konzerngesellschaften in Deutschland GmbHs sein. Dennoch ist das Konzernrecht der GmbH nach wie vor nicht geregelt, was „auf den ersten Blick die Frage einer analogen Anwendung der aktienrechtlichen Vorschriften“ (*Habersack*, Einl. Rn. 14) nahe legt. *Habersack* (a.a.O.) weist jedoch bereits eingangs darauf hin, dass insofern zu differenzieren ist. Diese Differenzierung gelingt auch in der neuesten Auflage wieder einmal vortrefflich (hervorzuheben ist z.B. der Anh. § 318: Abhängige GmbH und „faktischer GmbH Konzern“).

Beispielhaft können hierzu die Ausführungen zu dem inzwischen schon als klassisch zu bezeichnenden Problemkreis des „Cash-pooling“ angeführt werden. Hierzu wird mit der herrschenden Meinung festgestellt, dass die Einbindung der abhängigen Gesellschaft in ein zentrales Cash-Management nicht per se nachteilig ist (*Habersack*, § 311 Rn. 48). Zu Recht wird jedoch herausgestellt, dass es auch im Cash-Pool bei dem Erfordernis der Vollwertigkeit des Rückzahlungsanspruchs bleibt.

Aus Praktikersicht erfreulich ist, dass soweit notwendig auch steuerrechtliche Fragen nicht ausgeblendet werden. So sind die Ausführungen zur steuerlichen Wirksamkeit von Gewinnabführungsverträgen (*Emmerich*, § 291 Rn. 66a ff.) auch für den „nur“ zivilrechtlich beratenden Notar von hoher Relevanz, ist diese doch oft die wesentliche Motivation zum Abschluss eines Gewinnabführungsvertrags. Bekanntlich ist hier vor allem die zwingende Mindestlaufzeit von fünf Jahren im Blick zu behalten.

Der Praxisbezug zeigt sich auch an der (freilich etwas knappen) Erörterung der Thematik von Stiftungen als herrschende Unternehmen. *Emmerich* (Vor § 291 Rn. 16) betont zu Recht, dass in der Praxis von dieser, im Gegensatz zum Fall der Stiftung als abhängigem Unternehmen zweifellos zulässigen Möglichkeit, in wachsendem Maß Gebrauch gemacht wird.

Erfreulich ist, dass der Kommentar bereits den Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der zweiten Aktionärsrechterichtlinie (ARUG II) berücksichtigt und die vorgesehenen neuen §§ 111a ff. AktG mit der Thematik der sogenannten „Related Party Transactions“ im Kontext des bestehenden Konzernrechts einordnen.

Kann der Kommentar damit jeder Notarin und jedem Notar zur Anschaffung empfohlen werden? Grundsätzlich ja. Wer auf Grund der Mandantenstruktur jedoch kaum mit konzernrechtlichen Fragestellungen befasst ist, für den dürfte sich die Anschaffung nicht lohnen. Für alle, die auch nur gelegentlich mit konzernrechtlichen Fragen befasst sind (insbesondere mit Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträgen), kann der Kommentar aber klar zur Anschaffung empfohlen werden. An diesem Ergebnis dürften auch Zweifel, ob es das vom vorliegenden Kommentar behandelte Rechtsgebiet überhaupt gibt (vgl. Windbichler, NZG 2018, 1241: „Konzernrecht: Gibt es das?“), so schnell nichts ändern.

## Standesnachrichten

### **Ausgeschieden aus dem Notaramt:**

1. Mit Ablauf des 31. Juli 2019 ist Herr Notar Dieter Ekkernkamp, Freiburg aus dem Notaramt ausgeschieden.
2. Mit Ablauf des 31. August 2019 ist Herr Rechtsanwalt und Notar Karl-Eugen Kolb, Heilbronn aus dem Notaramt ausgeschieden.
3. Mit Ablauf des 30. September 2019 ist Herr Dr. Rainer Laux, Stuttgart aus dem Notaramt ausgeschieden.
4. Mit Ablauf des 30. September 2019 ist Herr Notar a.D. Alfons Veit, Emmendingen aus dem Notaramt ausgeschieden.
5. Mit Ablauf des 27. Oktober 2019 ist Herr Dr. Hagen Krzywon, Stuttgart aus dem Notaramt ausgeschieden.

### **Ernennungen:**

1. Herr Dr. Johannes Weber, LL.M. (Cambridge) wurde mit Wirkung vom 1. August 2019 zum Notar mit dem Amtssitz in Freiburg ernannt.
2. Frau Christiane Stoye-Benk wurde mit Wirkung vom 15. August 2019 zur Notarin mit dem Amtssitz in Stuttgart ernannt.
3. Herr Steffen Seybold wurde mit Wirkung vom 1. September 2019 zum Notar mit dem Amtssitz in Heilbronn ernannt.
4. Frau Bettina Schübel mit dem Amtssitz in Neckarsulm wurde mit Wirkung vom 1. Oktober 2019 zur Notarin bestellt.
5. Herr Dr. Roman Link mit dem Amtssitz in Emmendingen wurde mit Wirkung vom 1. Oktober 2019 zum Notar bestellt
6. Herr Dr. Carsten Walter mit dem Amtssitz in Esslingen wurde mit Wirkung vom 1. Oktober 2019 zum Notar bestellt
7. Herr Dr. Stephan Sünner mit dem Amtssitz in Stuttgart wurde mit Wirkung vom 28. Oktober 2019 zum Notar ernannt.
8. Herr Dr. Dr. Matthias Damm mit dem Amtssitz in Ludwigsburg wurde mit Wirkung vom 1. November 2019 zum Notar ernannt.



# Notar in München

Notar in München sucht ab sofort (Voll- oder Teilzeit)

## Notarfachangestellte (m/w) und/oder Notarassistenten (m/w) und/oder Auszubildende (m/w)

### Ihre Aufgaben

- Eigenverantwortliche Vorbereitung und Abwicklung von Urkunden
- Tätigkeit im Immobilien-, Gesellschafts-, Erb- und Familienrecht
- Besprechung mit Mandanten

### Ihr Profil

- Kenntnisse und Erfahrungen im Notariat
- Interesse an der Mitarbeit in einem jungen Team
- Organisationsgeschick und Kommunikationstalent

### Ihre Perspektiven

- Abwechslungsreicher Beruf im Herzen von München
- Modernes Büro und geregelte Arbeitszeiten
- Attraktive Aufstiegsmöglichkeiten

Ich freue mich auf Ihre Bewerbung:

**Dr. Thomas Wachter**

**Notar in München**

**Theatinerstraße 38 / III · 80333 München · Telefon (089) 99 89 01 10**

**Email: [info@notar-thomas-wachter.de](mailto:info@notar-thomas-wachter.de)**

### Fachliteratur günstig abzugeben:

|   |  |        |
|---|--|--------|
| <b>FamFG</b><br>Autoren: Schulte/Bunert/Weindrich   | Verlag: Luchterhand, 2. Auflage, 2010                | 39,- € |
| <b>FamFG für Notare</b><br>Autor: Heinemann   | Verlag: Carl-Heymann, 1. Auflage, 2009               | 19,- € |
| <b>Nachlassrecht - HRP Handbuch der Rechtspraxis</b><br>Autoren: Firsching/Graf                                       | Verlag: C.H. Beck, 10. Auflage, 2013                 | 19,- € |
| <b>HGB</b><br>Autoren: Heidel/Schall  | Verlag: NOMOS, 2. Auflage, 2015                      | 29,- € |
| <b>GmbHG</b><br>Autoren: Saenger/Inhester   | Verlag: NOMOS, 2. Auflage, 2013                      | 29,- € |
| <b>ZPO</b><br>Autor: Thomas/Putzo   | Verlag: C.H. Beck, 36. Auflage, 2015                 | 19,- € |
| <b>BGB</b><br>Autor: Jauernig   | Verlag: C.H. Beck, 15. Auflage, 2014                 | 19,- € |
| <b>Europäische Güterrechtsverordnungen</b><br>Autor: Weber  | Verlag: DNotI, 1. Auflage, 2017                      | 19,- € |
| <b>Würzburger Notarhandbuch</b><br>Autoren: Limmer/Hertel/Frenz/Mayer   | Verlag: Heymanns ZNotP ZAP, 3. Auflage, 2012, CD-Rom | 59,- € |
| <b>Überlassungsverträge</b><br>Autor: Krauß   | Verlag: Heymanns ZNotP ZAP, 2. Auflage, 2010, CD-Rom | 29,- € |
| <b>Teilungserklärung + Gemeinschaftsordnung</b><br>Autor: Munzig  | Verlag: C.H. Beck, 2. Auflage, 2008                  | 9,- €  |
| <b>Immobilienkaufverträge</b><br>Autor: Krauß   | Verlag: Heymanns ZNotP ZAP, 3. Auflage, 2006, CD-Rom | 19,- € |
| <b>Münchn. Vertragshandb. Bd.1 Gesellschaftsrecht</b><br>Verlag: C.H. Beck, 6. Auflage, 2005                          |  | 49,- € |
| <b>Beck'sches Notarhandbuch</b><br>Verlag: C.H. Beck, 2. Auflage, 1997  |  | 19,- € |
| <b>Partnerschaftsverträge nichtehele Lebensgem.</b><br>Autor: Grziwotz  | Verlag: C.H. Beck                                    | 9,- €  |
| <b>Beck'sches Formularbuch zum Bürgerl. Recht Handels- u. Wirtschaftsrecht</b><br>Verlag: C.H. Beck, 7. Auflage, 1998 |  | 19,- € |

Preis jew. zzgl. Versand. Die Werke sind über 2 Jahre alt. Gewährleistungsansprüche werden ausgeschlossen.  
Bei Kauf aller Werke en bloc ermäßigter **Gesamtpreis 300,- €** (zzgl. Versand).

**Angebote unter 06294/6961 ab 20 Uhr.**

PETER WANDEL · DR. CARSTEN WALTER  
N O T A R E

Wir suchen für zur Verstärkung unseres Teams

**eine / n Württ. Notariatsassessor / in, Notar / in a.D. (m/w/d)**

**eine / n Rechtsassessor / in, Rechtspfleger / in (m/w/d)**

Wir sind eine Notarsozietät mit Tradition in Esslingen am Neckar und betreuen eine anspruchsvolle mittelständische Mandantschaft mit Schwerpunkten im Immobilienrecht, Gesellschaftsrecht und Familien- und Erbrecht.

Sie haben überdurchschnittliches Interesse an notariatsrelevanten Themen, Verständnis für komplexe rechtliche und wirtschaftliche Zusammenhänge.

Sie verfügen über die juristische Qualifikation zu deren Umsetzung sowie über eine aufgeschlossene Persönlichkeit mit Teamgeist.

Wir bieten eine verantwortungsvolle und abwechslungsreiche Tätigkeit mit einem hohen Maß an Selbstständigkeit, einen modern eingerichteten Arbeitsplatz in guter kollegialer Arbeitsumgebung und -atmosphäre sowie eine leistungsgerechte Bezahlung.

Ihre Bewerbungsunterlagen senden Sie bitte an:

**Notare Wandel und Dr. Walter**

Küferstraße 1

73728 Esslingen

info@notare-ww.de

## Notar Paul Schönert in Fellbach

Ich suche einen

**Württ. Notariatsassessor / Volljuristen (m/w/d)**

**in Voll- oder Teilzeit.**

Die Kanzlei befindet sich in einen Neubau direkt am Fellbacher S-Bahnhof.

Neben einer Tätigkeit in neuen Räumlichkeiten mit moderner Ausstattung und angenehmen Arbeitsklima biete ich eine attraktive Bezahlung bei flexiblen Arbeitszeiten und ausdrücklich die Vereinbarkeit von Familie und Beruf.

Ihre Bewerbung wird streng vertraulich behandelt.

**Diese richten Sie bitte an:**

Notar Paul Schönert

Eisenbahnstraße 23

70736 Fellbach

0711/95161-0

oder gerne per Mail an: paul.schoenert@notar-schoenert.de



notare  
IN BIETIGHEIM-BISSINGEN  
schaal | rößle

Wir, die Notare Daniel Schaal und Moritz Rößle in Bietigheim-Bissingen, suchen zum nächstmöglichen oder auch späteren Zeitpunkt einen

**Bürovorsteher (m/w/d)**

in Vollzeit. Die Tätigkeit als Bürovorsteher umfasst die Führung und Organisation der Notariatskanzlei einschließlich der Regelung von Personalangelegenheiten. Ihr Profil: Abgeschlossenes juristisches Studium und Berufserfahrung oder eine langjährige Tätigkeit als Sachbearbeiter in einem Notariat.

Wir suchen ferner einen

**Württ. Notariatsassessor (m/w/d)**

**Notar a.D. (m/w/d)**

**Diplom-Rechtspfleger (m/w/d)**

**Notarfachwirt (m/w/d)**

**Notarfachassistenten (m/w/d)**

**Notarfachangestellten (m/w/d)**

in Vollzeit oder Teilzeit zur Verstärkung unseres Teams. Die Tätigkeit umfasst das gesamte Spektrum der notariellen Tätigkeit, insbesondere die Vorbereitung und die Abwicklung von Urkundsgeschäften. Für Württ. Notariatsassessoren und Notare a.D. umfasst die Tätigkeit daneben auch die Vertretung der Notare bei Beurkundungen.

Zur Unterstützung der Notare und des Bürovorstehers suchen wir außerdem einen

**Assistenten der Geschäftsleitung (m/w/d)**

in Vollzeit oder Teilzeit. Ihr Profil: Abgeschlossene kaufmännische Ausbildung, idealerweise mit Berufserfahrung.

Wir bieten Ihnen einen modernen Arbeitsplatz in unmittelbarer Nähe des Bahnhofs Bietigheim-Bissingen, eine selbstständige und verantwortungsvolle Tätigkeit, eingebunden in ein größeres und motiviertes Team, eine unbefristete Anstellung, eine betriebliche Krankenzusatzversorgung, Zuschüsse zur betrieblichen Altersversorgung, wöchentliche Gesundheitskurse und ein leistungsgerechtes, überdurchschnittliches Gehalt. Eine Beteiligung an Umzugs- und/oder Fahrtkosten ist möglich.

Bitte senden Sie Ihre aussagekräftigen Bewerbungsunterlagen, die wir natürlich streng vertraulich behandeln, an

**Notare Schaal und Rößle – persönlich/vertraulich –,  
Borsigstraße 4 (Sky-Hochhaus), 74321 Bietigheim-Bissingen,  
oder per E-Mail an: bueroleitung@schaal-roessle.de.**

Selbstverständlich führen wir gerne ein persönliches Gespräch mit Ihnen.

Wir freuen uns auf Ihre Bewerbung. Für Rückfragen stehen wir Ihnen gerne auch telefonisch zur Verfügung, Tel.: 07142/46996-00 (Herr Schaal oder Herr Rößle persönlich).