

# BWNotZ

## Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg

### Herausgeber

Württembergischer Notarverein e.V.  
in Verbindung mit dem  
Badischen Notarverein e.V.

Friedrichstraße 9A  
70174 Stuttgart

### Schriftleitung

Notarassessor Dr. Gabriel Ludwig Schmidt,  
Stuttgart

Notarassessor Anton Gordon, Karlsruhe

[www.notare-wuerttemberg.de](http://www.notare-wuerttemberg.de)  
[www.badischer-notarverein.de](http://www.badischer-notarverein.de)  
ISSN-Nummer 1434-2979

## 2/2018

Juli

Seiten 17 – 34

## Inhalt

### Abhandlungen

*Notarassessor Dr. Theo Luy*

*Zum Ausschluss der Vertretungsmacht nach § 1795 BGB in Fällen  
wirtschaftlicher Identität*

..... 18

**Rechtsprechung** ..... 25

**Buchbesprechungen** ..... 32

### **BWNotZ – Inhaltsverzeichnis und Einbanddecke 2016/2017**

Das Inhaltsverzeichnis für die BWNotZ-Jahrgänge  
2016/2017 liegt diesem Heft bei.

Einbanddecken können bei der Geschäftsstelle  
des Württembergischen Notarverein e.V. bestellt  
werden.

Der Preis pro Einbanddecke beträgt 11,– EUR.



Stiftung des Fördervereins  
für krebskranke Kinder Tübingen  
**KAMPF DEM KREBS BEI KINDERN**



**Auch Sie können  
den Kindern helfen!**

Der Kampf gegen Krebserkrankungen im Kindes- und Jugendalter und die Unterstützung der Betroffenen sind wichtige Aufgaben moderner Medizinforschung und klinischer Therapie. Diesen Zielen hat sich die „Stiftung des Fördervereins für krebskranke Kinder Tübingen“ seit über 15 Jahren verschrieben.

- **Wir unterstützen die Krebsforschung.**
- **Wir verbessern die personelle und sachliche Ausstattung der Uni-Kinderklinik Tübingen.**
- **Wir vermindern die psychischen und sozialen Belastungen der Kinder und ihrer Familien.**

Ein guter Teil des Stiftungskapitals, dessen Erträge wir für die Förderung der Krebsbekämpfung einsetzen, stammt schon heute aus Erbschaften von Menschen, die sich mit Ihrem Nachlass sozial engagieren und nachhaltig helfen wollen.

Wenn Sie weiteren Informationen über die „Stiftung des Fördervereins für krebskranke Kinder Tübingen“ und ihre Arbeit haben wollen, rufen Sie uns einfach an.

Rechtsfähige Stiftung des bürgerlichen Rechts

[www.stiftung-krebskranke-kinder.de](http://www.stiftung-krebskranke-kinder.de) . [info@stiftung-krebskranke-kinder.de](mailto:info@stiftung-krebskranke-kinder.de)

**Geschäftsstelle:** Frondsbergstr. 51 . 72070 Tübingen . Tel. 07071/9468 11 . Fax 07071/9468 13

**Vorsitzender:** Prof. Dr. Hans-Werner Stahl

**Im Beirat:** Prof. Dr. Michael Bamberg . Prof. Dr. Rupert Handgretinger . Universitätsklinik Tübingen

**Bankverbindung:** Volksbank Herrenberg . Konto 41 59 00 000 . BLZ 603 913 10

IBAN DE83 6039 1310 0415 9000 00 . BIC GENODES1VBH

# Inhaltsverzeichnis

## Abhandlungen

- 1. Notarassessor Dr. Theo Luy, Ulm** **18**  
Zum Ausschluss der Vertretungsmacht nach § 1795 BGB in Fällen wirtschaftlicher Identität

## Rechtsprechung 25

- 1. Erbrecht**  
**OLG Köln, 02.01.2018 – 2 Wx 269/17**  
Bindung des deutschen Nachlassgerichts an in Österreich getroffene Feststellungen zur Erbfolge betreffend ein in Deutschland belegenes Grundstück.
- 2. Verfahrensrecht**  
**OLG Stuttgart, 29.05.2018 - 8 W 146/18**  
Zum Prüfungsumfang des Grundbuchamtes betreffend die Entgeltlichkeit im Zusammenhang mit der Löschung des Nacherbenvermerks.
- 3. Kostenrecht**  
**OLG Köln, 16.04.2018 – 2 Wx 151/18**  
Umfang der in § 30 Abs. 1 GNotKG genannten Betreuungstätigkeiten.

## Buchbesprechungen 32

- 1. Notarkosten. Systematische Darstellung zum Gerichts- und Notarkostengesetz (GNotKG)**  
von Notar Dr. Thomas Diehn, C. H. Beck Verlag  
(Prof. Walter Böhringer)

---

### Impressum

Herausgeber: Württembergischer Notarverein e.V., Stuttgart in Verbindung mit dem Badischen Notarverein e.V., Offenburg. Schriftleiter: Dr. Gabriel Schmidt (gabriel.schmidt@notarkammer-baden-wuerttemberg.de) und Anton Gordon (antonsgordon@gmail.com).  
Die BWNotZ erscheint jährlich sechsmal.

Bestellungen und Anzeigenwünsche sind an die Geschäftsstelle des Württembergischen Notarvereins e. V. in 70174 Stuttgart, Friedrichstraße 9A (Tel. 0711 2237951, Fax 0711 2237956, E-Mail: wuertt.NotV@t-online.de) zu richten.

Der Bezugspreis beträgt jährlich € 50,- einschließlich USt und Versandkosten und wird am 31.05. des Bezugsjahres in Rechnung gestellt: Einzelhefte € 8,- 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, 71384 Weinstadt-Großheppach, Tel (0 71 51) 608 609-0, siebdruck-schretzmann.de.  
Satz: h+m kommunikationswerkstatt GmbH, k-werkstatt.de

## Zum Ausschluss der Vertretungsmacht nach § 1795 BGB in Fällen wirtschaftlicher Identität

von Notarassessor Dr. Theo Luy, Ulm

Nach § 1629 Abs. 2 BGB können der Vater und die Mutter das Kind insoweit nicht vertreten, als nach § 1795 BGB ein Vormund von der Vertretung des Kindes ausgeschlossen ist.<sup>1</sup> Nach § 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB ist dies unter anderem der Fall bei einem Rechtsgeschäft zwischen dem Mündel und dem Ehegatten, Lebenspartner,<sup>2</sup> oder Verwandten in gerader Linie des Vormunds, es sei denn, dass das Rechtsgeschäft ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht.

Als ungeschriebene Ausnahme gilt wie auch bei § 181 BGB, dass der Ausschluss nicht eingreift, wenn das Rechtsgeschäft für den Minderjährigen lediglich rechtlich vorteilhaft ist.<sup>3</sup>

Im Folgenden soll der praktisch relevanten Frage nachgegangen werden, ob § 1795 BGB auch in Fällen der wirtschaftlichen Identität eingreift, also insbesondere Fälle, in welchen der Minderjährige<sup>4</sup> zwar wirtschaftlich, aber nicht rechtlich gesehen mit dem Ehegatten, Lebenspartner oder Verwandten in gerader Linie<sup>5</sup> kontrahiert, sowie unter welchen Voraussetzungen gegebenenfalls eine solche wirtschaftliche Identität angenommen werden kann.

### 1. Alleingesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH

Dabei soll zunächst die eindeutigste und wohl auch praktisch wichtigste Konstellation des Alleingesellschafter-Geschäftsführers einer GmbH untersucht werden.

Die eingangs beschriebene Problematik kann sich beispielsweise in dem Fall stellen, dass ein Großvater seiner Enkelin Wohnungseigentum schenken will, welches sich im Eigentum einer GmbH befindet,<sup>6</sup> deren Alleingesellschafter-Geschäftsführer er ist. Hier stellt sich die Frage, ob die Eltern ihre Tochter bei der Annahme der Schenkung und der Auflassung vertreten können.

#### a) Allgemeines

An dieser Stelle sei noch einmal kurz die Rechtsprechung des BGH zur Behandlung lediglich rechtlich vorteilhafter Verpflichtungsgeschäfte im Zusammenhang mit nicht lediglich rechtlich vorteilhaften Verfügungsgeschäften in Erinnerung gerufen: Bekanntermaßen wird § 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB ebenso wie § 181 BGB teleologisch reduziert, wenn das Geschäft lediglich rechtlich vorteilhaft ist.

Dies ist jedoch bei der Übertragung von Wohnungseigentum nach ständiger Rechtsprechung des BGH nicht der Fall, da mit dem Eintritt in die Wohnungseigentümergeinschaft Pflichten und Haftungsgefahren entstehen.<sup>7</sup> Zuletzt hat die Rechtsprechung auch die Schenkung einer Photovoltaikanlage wegen der damit verbundenen Pflichten als nicht lediglich rechtlich vorteilhaft angesehen.<sup>8</sup>

Das Zusammenspiel der Ausnahmen „lediglich rechtlicher Vorteil“ und „Erfüllung einer Verbindlichkeit“ würde bei unbesehener Anwendung aber dazu führen, dass letztlich beide Geschäfte allein durch den gesetzlichen Vertreter vorgenommen werden können. Dieser Folge ist der BGH bekanntermaßen zunächst durch die in dogmatischer Hinsicht von der Literatur als Durchbrechung des Trennungsprinzips kritisierte<sup>9</sup> Gesamtbetrachtung von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft entgegengetreten.<sup>10</sup> Inzwischen kommt der BGH durch eine (dogmatisch wohl stimmigere) teleologische Reduktion der Ausnahme „Erfüllung einer Verbindlichkeit“ zu ähnlichen Ergebnissen.<sup>11</sup>

1. Darüber hinaus hat § 1795 BGB neben seinem direkten Anwendungsbereich auch im Pflegschaftsrecht (§ 1915 Abs. 1 BGB) und im Betreuungsrecht (§ 1908i Abs. 1 BGB) Bedeutung, wo sich die hier diskutierten Fragen in ähnlicher Weise stellen können.
2. Zwar können nach Art. 3 Abs. 3 des Gesetzes zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts Lebenspartnerschaften seit Inkrafttreten (am 1. Oktober 2017) nicht mehr begründet werden, die Begriffsnennung hat aber insofern weiterhin Bedeutung, als bestehende Lebenspartnerschaften nicht automatisch, sondern nach § 20a LPartG nur auf Erklärung der Lebenspartner hin umgewandelt werden.
3. S. dazu zuletzt OLG Frankfurt, Beschluss v. 2.4.2012 – 20 W 57/11, FPR 2013, 397, 399. Zu § 181 BGB jedenfalls seit BGH, Urteil v. 27. 9. 1972 – IV ZR 225/69, NJW 1972, 2262, 2263 anerkannt.
4. Im Folgenden wird exemplarisch auf den Minderjährigen als den wohl praktisch wichtigsten Anwendungsbereich des § 1795 BGB abgestellt, die Ausführungen gelten jedoch entsprechend für andere Fälle (s. Fn. 1).
5. Im Folgenden wird exemplarisch nur noch der Verwandte in gerader Linie genannt.
6. Auf die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine Gesellschaft (Grund-) Eigentum verschenken kann und darf, sowie etwaige Konsequenzen im Hinblick auf die Kapitalerhaltung (vgl. dazu für die GmbH bei Zahlungen an nahe Angehörige etwa Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, 3. Aufl. 2017, § 30 GmbHG Rn. 124 ff.; MüKo-GmbHG/Ekkenga, 2. Aufl. 2015, § 30 GmbHG Rn. 162, 170 ff.) wird im Folgenden nicht näher eingegangen, da dies keine Frage des § 1795 BGB ist.
7. Dies gilt unabhängig von der konkreten Situation der WEG; erfreulich eindeutig insoweit BGH, Beschluss v. 30.9.2010 – V ZB 206/10, NJW 2010, 3643, 3644 („in jedem Fall nicht lediglich rechtlich vorteilhaft“).
8. OLG Dresden, Beschluss v. 23.12.2015 – 22 WF 1052/15, NJW 2016, 1027 f.
9. Vgl. MüKo-BGB/Koch, Band 3, 7. Aufl. 2016, § 516 BGB Rn. 17.
10. BGH, Beschluss v. 9.7.1980 – V ZB 16/79, NJW 1981, 109.
11. Wenn sich die Wirkung des Verfügungsgeschäfts nicht in der Erfüllung erschöpfe, sondern (weiteren) rechtlichen Nachteil bringe (wie einen Mietvertrag wegen § 566 BGB oder Wohnungseigentum nach WEG) soll keine „ausschließliche“ Erfüllung einer Verbindlichkeit vorliegen, vgl. zum Ganzen die Zusammenfassung bei Jänicke/Braun, NJW 2013, 2474, 2475.

Der Vertretungsbefugnis bei der Auflassung (die Schenkung als Verpflichtungsgeschäft ist nach den soeben dargestellten Grundsätzen für sich betrachtet lediglich rechtlich vorteilhaft) könnte in obigem Fall § 1629 Abs. 2 S. 1 BGB<sup>12</sup> i. V. m. § 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB entgegenstehen. § 1795 BGB wird als Ergänzung zu § 181 BGB gesehen.<sup>13</sup> Ob tatsächlich ein Interessengegensatz besteht ist daher ebenso wie bei § 181 BGB<sup>14</sup> unerheblich. Mit den Worten des BGH: *„Der Gesetzgeber hat danach die Zulässigkeit des sog. Selbstkontrahierens nicht davon abhängig gemacht, ob im Einzelfall die Gefahr einer Interessenkollision besteht oder nicht. Hätte er auf letzteres abgestellt, so würde die Wirksamkeit eines Aktes des Selbstkontrahierens von einem Moment abhängig gemacht worden sein, das durch seine Unbestimmtheit und Unerkennbarkeit für Dritte, die Verkehrssicherheit gefährdet hätte.“*<sup>15</sup>

Ein Elternteil kann die gemeinsame Tochter auch nicht alleine vertreten, wenn der andere Teil nach § 1795 BGB von der Vertretung ausgeschlossen ist. Denn der Ausschluss eines Elternteils führt in diesem Fall nicht zu einem Alleinvertretungsrecht des anderen Elternteils.<sup>16</sup> § 1678 BGB erfasst schon dem Wortlaut nach nur tatsächliche, nicht aber rechtliche Verhinderungen.

## b) Zwischengeschaltete Gesellschaft

Es kommt daher darauf an, wie es sich auswirkt, dass der beispielhaft genannte Großvater nicht selbst, sondern durch seine GmbH handelt. Verwandte in gerader Linie sind nach § 1589 BGB solche Personen, deren eine von der anderen abstammt. Demnach schließt der Wortlaut des § 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB die Eltern nur hinsichtlich der Vertretung gegenüber dem Großvater selbst aus, nicht jedoch gegenüber seiner Gesellschaft.

Zwar gilt § 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB nach allgemeiner Ansicht auch (direkt) für den Fall, dass das Rechtsgeschäft darauf abzielt, Rechtswirkungen zwischen dem Minderjährigen einerseits und dem Ehegatten, Lebenspartner oder Verwandten in gerader Linie des vertretenden Elternteils andererseits auszulösen,<sup>17</sup> die vorliegende Konstellation ist davon jedoch nicht erfasst, denn es werden keine Rechtswirkungen unmittelbar zwischen der Minderjährigen und ihrem Großvater ausgelöst. Gemeint sind Fälle, in denen der Verwandte nicht selbst am Rechtsgeschäft beteiligt ist, aber unmittelbar begünstigt wird, insbesondere also bei einem Vertrag zu Gunsten Dritter im Sinne des § 328 BGB welcher den Betroffenen begünstigt, oder Erklärungen gegenüber dem Grundbuchamt,<sup>18</sup> die Rechtsänderungen zu Gunsten des Ehegatten oder Verwandten bewirken.

## c) Vergleich zu § 181 BGB

Hinsichtlich der Frage einer analogen Anwendung des § 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB mag ein Vergleich zur Behandlung eines Elternteils als Alleingesellschafter hilfreich sein. In diesem Fall stellt sich die Frage einer entsprechenden Anwendung des § 181 Alt. 1 BGB.<sup>19</sup>

Allgemein gilt die Frage, ob es bei einem formalen Verständnis des § 181 BGB sein Bewenden hat, oder ob der Anwendungsbereich in (typischen) Fällen auf vergleichbare Kollisionsfälle zu erweitern ist, als „heftig umstritten“.<sup>20</sup>

Im Speziellen wird die Frage der wirtschaftlichen Identität im Rahmen des § 181 BGB vor allem im gesellschaftsrechtlichen Kontext, in der Regel im Zusammenhang mit § 112 AktG („Vorstandsmitgliedern gegenüber vertritt der Aufsichtsrat die Gesellschaft ...“<sup>21</sup>), diskutiert.

Teils wird vertreten, es könne eine wirtschaftliche Identität, die im Einzelnen der (Personen)Identität gleichkomme, bestehen, so dass „§ 181 [BGB] bzw. § 112 AktG Anwendung“ finde.<sup>22</sup> Nicht ausdrücklich klargestellt, aber anscheinend vorausgesetzt wird damit, dass die Voraussetzungen für eine analoge Anwendbarkeit bei § 181 BGB und bei § 112 AktG insofern als gleichlaufend anzusehen sind. Dies widerspricht allerdings der wohl überwiegenden Ansicht: Denn soweit die Frage explizit diskutiert wird, wird ein Gleichlauf der Voraussetzungen überwiegend abgelehnt und eine (im Vergleich zu § 181 BGB) extensivere Auslegung von § 112 AktG befürwortet,<sup>23</sup> während bei § 181 BGB mehr die formale Betrachtungsweise betont wird.<sup>24</sup>

Dieser Unterschied wird damit begründet, dass der Schutzbereich des § 112 AktG auf tatbestandlich nicht ausdrücklich erfasste Fälle erweitert werden könne, ohne dessen Schutzzrichtung „entscheidend“ zu verändern.<sup>25</sup>

12 Die Vorschrift ist im Folgenden jeweils mitzudenken.

13 BeckOK-BGB/Veit, 43. Ed. 15.6.2017, § 1629 BGB Rn. 26.

14 S. dazu Stenzel, GmbHR 2011, 1129.

15 So schon BGH, Beschluss v. 9.7.1956 - V BLw 11/56, NJW 1956, 1433.

In diesem Sinne ausdrücklich auch zu § 1795 BGB BayObLG, Beschluss v. 27.6.1974 - 2 Z 38/74, MittBayNot 1974, 155.

16 S. dazu zuletzt OLG Oldenburg, Beschluss v. 27.11.2012 – 13 UF 128/12, NJW 2013, 397.

17 Kölmel, RNotZ 2010, 1, 13; MüKo-BGB/Spickhoff, Band 9, 7. Aufl. 2017, § 1795 BGB Rn. 25.

18 Verfahrenshandlungen wie etwa die Anmeldung zum Handelsregister fallen zwar grundsätzlich nicht unter § 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB, anderes gilt aber, wenn diese materiell-rechtliche Wirkungen haben, wie etwa die Bewilligung nach § 19 GBO, vgl. dazu näher Kölmel, a.a.O.

19 § 181 Alt. 2 BGB würde bei einer Vertretung sowohl des Kindes als auch der Gesellschaft ohnehin unmittelbar eingreifen, so dass die Frage nur im Falle des Alleingesellschafters, der nicht zugleich auch alleiniges Vertretungsorgan der Gesellschaft ist, relevant wird.

20 Staudinger/Schilken (2014), § 181 BGB Rn. 4.

21 Soweit das Selbstkontrahieren eines Vorstandsmitglied danach von vornherein ausgeschlossen wird, geht § 112 AktG dem § 181 BGB als lex specialis vor, im Übrigen bleibt aber § 181 BGB anwendbar, s. dazu näher Baetzen, RNotZ 2005, 193, 214; Spindler/Stilz AktG, 3. Aufl. 2015, § 112 AktG Rn. 2.

22 MüKo-BGB/Schubert, Band 1, 7. Aufl. 2015, § 181 BGB Rn. 46.

23 Vgl. dazu näher Schindeldecker, RNotZ 2015, 533, 544. Zu § 112 AktG wird es als „herrschende Meinung“ bezeichnet, dass dieser auch auf Fälle wirtschaftlicher Identität anzuwenden sei, s. etwa Schindeldecker, a.a.O.; Stenzel, GmbHR 2011, 1129, 1132. Freilich ist dann im Einzelnen umstritten, wann eine solche wirtschaftliche Identität vorliegt (s. dazu noch im Folgenden unter 2.). A.A. im Hinblick auf die damit angeblich verbundene „erhebliche Rechtsunsicherheit“: Fischer, ZNotP 2002, 297, 301.

24 Baetzen, RNotZ 2005, 193, 215 f.

25 Baetzen, a.a.O., S. 216.

Nach anderer Ansicht soll aus den gleichen Gründen wie im Aktienrecht das Verbot des Selbstkontrahierens in analoger Anwendung des § 181 Alt. 1 BGB auch auf den Fall erstreckt werden, in dem an dem Rechtsgeschäft eine von dem Vertreter beherrschte Gesellschaft als Vertragspartei und damit der Vertreter selbst mittelbar beteiligt ist.<sup>26</sup>

Die Frage der Beherrschung sei dabei eine solche, die sich generell abstrakt nach objektiven und einwandfrei feststellbaren Merkmalen beantworten lasse. Dies rechtfertige eine analoge Anwendung des § 181 Alt. 1 BGB.

Allgemein wird aber auch von den Stimmen, die vor allem den formalen Charakter des § 181 BGB betonen, eine Analogie nicht generell ausgeschlossen. So ist es inzwischen zu § 181 BGB überwiegende Ansicht, allzu naheliegende Umgehungskonstellationen, wie etwa die Untervertretung,<sup>27</sup> analog zu erfassen. Das „Ausmaß der Abwendung vom Wortlaut des § 181 BGB“ ist in der Literatur allerdings sehr unterschiedlich.<sup>28</sup>

Nach formalerer Ansicht gebe der Interessengleichlauf von Alleingesellschafter und „seiner“ GmbH zwar Anlass zur Diskussion, der für § 181 BGB typische Interessenkonflikt liege aber trotz der zwischen dem Vertreter und der Drittgesellschaft bestehenden Interesseneinheit mangels Personenidentität nicht vor.<sup>29</sup>

Nach anderer Ansicht bedürfe es einer analogen Anwendung des § 181 BGB, wenn zwar formal keine Personenidentität vorliege, materiell betrachtet aber eine Personenidentität bestehe, die „lediglich nach außen verdeckt“ sei.<sup>30</sup> § 181 BGB müsse daher zumindest Anwendung finden, wenn hinter beiden juristischen Personen derselbe Alleingesellschafter stehe.<sup>31</sup> Durch einfache Beseitigung der Personenidentität soll die Norm nicht umgangen werden können.<sup>32</sup>

Auch wenn der hier diskutierte Fall nicht ausdrücklich behandelt wird, legen die genannten Äußerungen doch nahe, dass die Vertreter der formaleren Ansicht dem Elternteil die Vertretung gegenüber „seiner“ Gesellschaft ohne weiteres gestatten würden, während die Stimmen, die von einer „materiellen“ Personenidentität sprechen, für diesen Fall wohl zu einer analogen Anwendung des § 181 Alt. 1 BGB gelangen würden. Dies hat für die folgende Diskussion insofern Bedeutung, als nach hier vertretener Ansicht im Rahmen des § 1795 BGB zumindest das gleiche (abstrakte) Schutzniveau wie bei § 181 BGB anzusetzen ist.<sup>33</sup>

#### d) Entsprechende Anwendung des § 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB

Betrachtet man die abstrakte Gefahr des Interessenkonflikts, vor dem § 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB den Minderjährigen schützen will, wenn sein gesetzlicher Vertreter für ihn mit einem Verwandten in gerader Linie kontrahiert, stellt sich die Frage einer analogen Anwendung auf obige Konstellation. Denn der Großvater ist bei der im Rahmen des § 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB gebotenen abstrakt-typisierenden Betrachtung wirtschaftlich auf Grund seiner 100%-Beteiligung ebenso berechtigt, wie wenn

er selbst auf der anderen Seite stünde. Auch seine rechtlichen Einflussnahmemöglichkeiten als Alleingesellschafter-Geschäftsführer der GmbH sind entsprechend weitreichend. Es liegt daher eine vergleichbare Interessenlage vor wie in dem Fall, den § 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB dem Wortlaut nach erfasst.<sup>34</sup>

Freilich ist weitere Voraussetzung für eine Analogie bzw. teleologische Extension<sup>35</sup> das Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke. Die Motive äußern sich soweit ersichtlich nicht explizit zu der vorliegenden Frage.<sup>36</sup> Daraus kann nicht automatisch auf eine planwidrige Lücke geschlossen werden. Möglich ist auch, dass der Gesetzgeber im Interesse der Rechtssicherheit bewusst auf die Erweiterung des § 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB auf vergleichbare Fallkonstellationen verzichtet hat. Wie gezeigt wird zu § 181 BGB wohl überwiegend vertreten, dass eine Erweiterung der Norm über ihren Wortlaut hinaus im Interesse der Rechtssicherheit nur zurückhaltend erfolgen kann.

Auch hierzu äußern sich die Motive nicht explizit. Zum Verbot des Selbstkontrahierens wird klargestellt, dass es „die Gefahr eines Konfliktes der Interessen und einer Schädigung des einen oder anderen Theiles mit sich bringe und deshalb, soweit nicht durch das Gesetz oder durch die Vollmacht (ausdrücklich oder stillschweigend) dem Vertreter ein Anderes gestattet sei, verboten werden müsse“<sup>37</sup>.

Zum Ausschluss der Vertretungsmacht bei der Vertretung des Mündels wird angeführt, die „ratio, nämlich der Schutz des Mündels gegen die Verfolgung eigennütziger Interessen des Vormundes, es indessen als ratsam und angemessen

26 Stenzel, GmbHR 2011, 1129, 1132.

27 BeckOK-BGB/Schäfer, 43. Ed. 15.6.2017, § 181 BGB Rn. 22; MüKo-BGB/Schubert, Band 1, 7. Aufl. 2015, § 181 BGB Rn. 43 f.; Schindeldecker, RNotZ 2015, 533, 553. Aufgrund streng formaler Auslegung für zulässig erachtet aber durch das RG, Urteil v. 27.9.1924 – V 376/23, RGZ 108, 405 – dazu kritisch BGH, Urteil v. 6.3.1975 – II ZR 80/73, NJW 1975, 1117, 1118. Vgl. dazu auch MüKo-BGB/Spickhoff, Band 9, 7. Auflage 2017, § 1795 BGB Rn. 16.

28 Staudinger/Schilken (2014) § 181 BGB, Rn. 6.

29 Baetzgen, RNotZ 2005, 193, 215.

30 MüKo-BGB/Schubert, 7. Aufl. 2015, § 181 BGB Rn. 41. Ähnlich Staudinger/Schilken (2014) § 181 BGB, Rn. 34: analoge Anwendung, wenn ein Interessenkonflikt drohe und die in § 181 vorausgesetzte Personenidentität nur formal nicht gegeben sei.

31 Schubert, a.a.O. Rn. 47.

32 HK-BGB/Dörner, 9. Aufl. 2016, § 181 BGB Rn. 15, welcher sich dabei konkret aber nur auf den Fall der Untervertretung bezieht.

33 S. dazu näher im Folgenden.

34 Sofern man nicht von einer Analogie spricht, sondern darauf abstellt, dass im Beispielsfall wertungsmäßig keine Schenkung der GmbH an die Minderjährige, sondern eine Auszahlung der GmbH an den Gesellschafter und eine Schenkung des Gesellschafters selbst an die Minderjährige vorliege, weshalb § 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB in letzterem Verhältnis unmittelbar eingreife, liegt dem letztlich der gleiche Wertungsgesichtspunkt zu Grunde, wie der Begründung der Analogie.

35 Je nachdem, ob man diese als eigenständige Figur anerkennt oder als Unterfall der Analogie ansieht. Für Ersteres: Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Studienausgabe, 3. Auflage Berlin 1995, S. 216; für Letzteres: Rütters/Fischer/Birk, Rechtstheorie, 6. Auflage München 2011 Rn. 904; (wohl) vermittelnd: Röhl/Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 3. Auflage, Köln 2008, S. 621 („... läuft auf analoge Anwendung ... hinaus“).

36 Mugdan, Materialien Band 4, S. 577.

37 Mugdan, Materialien Band 1, S. 759.

erscheinen [lasse], die Vertretungsmacht des Vormundes auch in dem im § 1651 Nr. 1 BGB<sup>38</sup> bestimmten weiteren Umfang auszuschließen<sup>39</sup>. Diese Formulierung lässt sich jedenfalls nicht so verstehen, dass der historische Gesetzgeber eine Erweiterung im Hinblick auf den Schutzzweck in vergleichbaren Konstellationen von vornherein ausschließen wollte. Zwar wird an anderer Stelle hinsichtlich von Umgehungsmöglichkeiten des böswilligen Vormunds auf § 266 StGB verwiesen,<sup>40</sup> andererseits wird aber auch die Schutzbedürftigkeit des Mündels hervorgehoben.<sup>41</sup>

Im Spannungsfeld zwischen der Verwirklichung des Schutzzwecks und der Wahrung der Rechtssicherheit erscheint jedenfalls die Ausgangskonstellation des Verwandten als Alleingesellschafter-Geschäftsführer klar genug abgrenzbar, dass einer analogen Anwendung des § 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB keine erheblichen Bedenken aus Gründen der Rechtssicherheit entgegenstehen. Insofern können die Erwägungen des OLG Saarbrücken zu § 112 AktG, dass „der Gesichtspunkt der Rechtssicherheit nicht gegen eine Erstreckung (...) auf die Fälle der wirtschaftlichen Identität“<sup>42</sup> spricht, entsprechend herangezogen werden. Denn „ob eine Ein-Personen-Gesellschaft gegeben ist, wird sich regelmäßig unschwer feststellen lassen“.<sup>43</sup>

Folgt man dem, könnten die Eltern ihre Tochter in obigem Fall nicht bei der Auffassung vertreten.

Aus der abstrakten Natur der Regelung wird gefolgert, dass der gesetzliche Ausschluss der §§ 1629 Abs. 2 S. 1, 1795 BGB nicht auf diejenigen Fälle erstreckt werden kann, die unter keine der dort genannten Fallgruppen fallen, und zwar selbst dann nicht, wenn im konkreten Fall eine tatsächliche Gefährdung der Interessen des Kindes gegeben ist.<sup>44</sup> Dies ist aber wohl nur als Hinweis auf die *abstrakt-typisierende* Betrachtungsweise der Norm zu verstehen, nicht als Ausschluss jeglicher Erweiterung der genannten Fallgruppen auf Grund ihres Schutzzwecks auf weitere Fälle der Gefährdung bei *abstrakt-typisierender* Betrachtung. Denn auch zu § 181 BGB ist weitgehend anerkannt, dass eine Ausweitung oder Einschränkung möglich ist, wenn dies an ein objektiv einwandfrei feststellbares Merkmal anknüpft und eine generell-typische Bewertung für eine in sich geschlossene Fallgruppe ermöglicht.<sup>45</sup>

Gleiches muss letztlich auch für § 1795 BGB gelten, denn es handelt sich ebenso um eine Norm, die bei abstrakt-typisierender Betrachtung den Vertretenen vor Interessenkonflikten des Stellvertreters schützen will.<sup>46</sup>

## e) Zwischenergebnis

Nach hier vertretener Ansicht ist daher eine Anwendung des § 1795 BGB auf Fälle wirtschaftlicher Identität grundsätzlich möglich. Ein solcher Fall ist jedenfalls für den Alleingesellschafter-Geschäftsführer anzunehmen. Hierdurch entsteht auch keine den Rechtsverkehr beeinträchtigende Rechtsunsicherheit.

## 2. Weitere Fallgruppen

Folgt man dieser Auslegung stellt sich die Frage, ob eine analoge Anwendung auch bei weiteren Fallkonstellationen der Beteiligung des Verwandten in gerader Linie an Gesellschaften angezeigt ist.

Wie bereits oben (unter 1.c) ) dargestellt wird auch zu § 181 BGB insbesondere in Konzernkonstellationen und § 112 AktG<sup>47</sup> vertreten, dass eine analoge Anwendung auf Grund wirtschaftlicher Identität<sup>48</sup> unter Umständen angebracht sein kann. Die Kriterien für eine solche wirtschaftliche Identität sind jedoch noch wenig geklärt und umstritten (die Praxis behilft sich daher im Rahmen des § 112 AktG damit, dass der Vertrag sowohl vom Vorstand als auch vom Aufsichtsrat unterschrieben wird<sup>49</sup>). Unter anderem wird vertreten, dass diese vorliegt bei:

- einer mehrheitlichen oder maßgeblichen Beteiligung;<sup>50</sup>
- bei einem Alleingesellschafter;<sup>51</sup>
- bei einem Alleingesellschafter, welcher auch Geschäftsführer ist.<sup>52</sup>

38 Vorgängernorm des heutigen § 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB – Anm. d. Verf.

39 Mugdan, Materialien Band 4, S. 578.

40 Mugdan, Materialien Band 4, S. 580.

41 Mugdan, Materialien Band 4, S. 578 f.

42 OLG Saarbrücken, Urteil v. 22.1.2014 – 2 U 69/13, NZG 2014, 343, 344.

43 OLG Saarbrücken, a.a.O. In diesem Sinne auch schon Urteil v.

11.10.2012 – 8 U 22/11-6, NZG 2012, 1348, 1349 f. („jedenfalls dann“).

44 MüKo-BGB/Huber, Band 9, 7. Aufl. 2017, § 1629 BGB Rn. 49.

45 Stenzel, GmbHR 2011, 1129, 1132, unter Verweis auf BGH, Urteil v. 13.6.1984 – VIII ZR 125/83, NJW 1984, 2085; der BGH stellt an dieser Stelle u.a. klar, dass § 181 BGB „nicht mehr ohne Einschränkung als formale Ordnungsvorschrift verstanden [wird]“.

46 Mit der Besonderheit, dass § 1795 BGB Fälle der gesetzlichen Stellvertretung im Auge hat, in denen der Vertretene, worauf Jänicke/Braun, NJW 2013, 2474 zu Recht hinweisen, im Unterschied zur rechtsgeschäftlichen Vertretungsmacht regelmäßig in einer Art Abhängigkeitsverhältnis zum Stellvertreter steht. Dies spricht vergleichsweise erst Recht für die Möglichkeit einer Erweiterung aus Schutzzweckgesichtspunkten.

47 S. zum Streitstand bei § 112 AktG MüKo-AktG/Habersack, Band 2, 4. Aufl. 2014, § 112 AktG Rn. 9; Schindeldecker, RNotZ 2015, 533, 544 f. sowie zuletzt Fuhrmann, NZG 2017, 291, 293 jew. m.w.N.

48 Vgl. zu den (umstrittenen) Voraussetzungen für die Annahme einer solchen MüKo-BGB/Schubert, Band 1, 7. Aufl. 2015, § 181 BGB Rn. 46 f. Der BGH bezeichnet die Frage der Vertretung nach § 112 AktG bei Verträgen mit von einem Vorstandsmitglied beherrschten Gesellschaften als „nicht geklärt“, BGH Urteil v. 28.4.2015 – II ZR 63/14, NZG 2015, 792, 795 (offen gelassen auch in BGH Urteil v. 12.3.2013 – II ZR 179/12, NJW 2013, 1742). Die Vorinstanz teilte noch die „herrschende Auffassung in Rechtsprechung und Schrifttum“, dass eine Anwendung auf die wirtschaftlich identische Ein-Personen-Gesellschaft geboten sei, s. OLG Saarbrücken, Urteil v. 22.1.2014 – 2 U 69/13, NZG 2014, 343 f. m.w.N.

49 Fischer, ZNotP 2002, 297, 303; Fuhrmann, NZG 2017, 291, 293; Mosel, GWR 2012, 538.

50 KG Berlin, Urteil v. 28.6.2011 – 19 U 11/11, NZG 2011, 865 (60 % Beteiligung ausreichend); Stenzel GmbHR 2011, 1129, 1132; Spindler/Stilz AktG, 3. Aufl. 2015, § 112 AktG Rn. 9 (bejahend bei einer „ganz maßgeblichen, unternehmerischen Einfluss verleihenden Beteiligung“); noch weitergehender Rupietta NZG 2007, 801, 804 (ggf. auch unterhalb qualifizierter Mehrheit). „Grundsätzlich ablehnend“ aber OLG München, Urteil v. 9.2.2009 – 21 U 4853/08, EWIR 2009, 397 f.; dem folgend, aber zurückhaltender in Urteil v. 10.5.2012 – 14 U 2175/11, NZG 2012, 706 („mag diskussionswürdig sein“).

51 Nach OLG Saarbrücken, Urteil v. 11.10.2012 – 8 U 22/11-6, NZG 2012, 1348, 1350, liegt jedenfalls die Erfassung des Alleingesellschafters „auf der Hand“. In diesem Sinne auch LG Koblenz, Urteil vom 28.9.2001 – 3 HO 127/01; Bachmann ZIP 1999, 85, 91; KK-AktG/Mertens/Cahn, Band 2, 3. Aufl. 2012, § 112 AktG Rn. 18.

52 Zumindest für diesen Fall eine Interessenkollision wie bei einem Vertrag mit dem Betroffenen selbst bejahend: OLG Brandenburg, Urteil v. 14.1.2015 – 7 U 68/13, DStR 2015, 1877, 1878.

Da § 181 BGB ebenso wie § 1795 Abs. 1 BGB abstrakt-typisierend Fälle regelt, in denen nach Ansicht des Gesetzgebers eine Interessenkollision des Vertreters auftreten kann, können insofern Parallelen gezogen werden.<sup>53</sup> Freilich dürfen die Ansichten zu § 181 BGB und zu § 112 AktG, der (im Vergleich) teils als weniger formale Vorschrift verstanden wird,<sup>54</sup> aber nicht unbesehen übertragen werden, sondern sind jeweils vor dem Hintergrund des Schutzzwecks der jeweiligen Norm zu verstehen. Auf Grund der Äußerung des historischen Gesetzgebers, dass Zweck der „Schutz des Mündels gegen die Verfolgung eigennütziger Interessen des Vormundes“ ist und das Mündel des Schutzes bedürfe,<sup>55</sup> kann jedoch davon ausgegangen werden, dass bei § 1795 BGB zum Schutz des Minderjährigen mindestens das Gleiche (abstrakte) Schutzniveau anzusetzen ist, wie bei § 181 BGB, nicht zwingend jedoch ein darüber hinausgehendes. Mit anderen Worten: Es erscheint kaum vertretbar, bei einem Alleingesellschafter § 181 BGB, aber nicht § 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB anzuwenden.

Nicht erfordert durch den Schutzzweck und mit Blick auf die Rechtssicherheit auch kaum vertretbar ist aber eine entsprechende Anwendung auch auf Fälle der Minderheitsbeteiligung<sup>56</sup> des Verwandten in gerader Linie an der Gesellschaft. Insbesondere ist auch eine Sperrminorität von 25 %<sup>57</sup> nicht ausreichend.

### a) Denkbare Abgrenzungskriterien

Im Übrigen besteht jedoch ein breites Feld an möglichen Abgrenzungskriterien. Mit Blick auf die zu § 181 BGB vertretenen Ansichten (s.o.) könnte es beispielsweise zur Vermeidung eines Vertretungsausschlusses bereits ausreichen, wenn der Verwandte in gerader Linie in obigem Beispiel (unter 1.) nicht mehr Geschäftsführer der schenkenden Gesellschaft, sondern nur noch Alleingesellschafter wäre.

Stellt man dagegen auf das Maß der Beteiligung ab (s.o.) sind verschiedene Schwellenwerte denkbar, bei der GmbH z.B. 75 % (s. § 53 Abs. 2 S. 1 GmbHG), oder eine einfache Mehrheitsbeteiligung, also mehr als 50 %. Weitere Differenzierungen könnten dann vorgenommen werden, wenn ein Gesellschafter zwar 51 % des Kapitals hält, der Gesellschaftsvertrag aber so ausgestaltet ist, dass ein anderer Gesellschafter bestimmte Vetorechte hat.

Allgemein wirft dieses Beispiel die Frage auf, ob es maßgeblich eher auf die Gewinnbeteiligung oder auf die Einflussnahmemöglichkeiten ankommt. Relevant könnte dies beispielsweise bei Vorzugsaktien ohne Stimmrecht (diese dürfen nach § 139 Abs. 2 AktG bis zur Hälfte des Grundkapitals ausgegeben werden) sein, wenn der Verwandte in gerader Linie z.B. ganz erheblich am Gewinn der AG beteiligt ist, aber nur in Höhe einer Minderheitsbeteiligung Stimmrechte hat. Da der maßgebliche Schutzzweckgedanke ist, dass der Vertreter des Minderjährigen möglicherweise die Interessen des Verwandten über die des Minderjährigen stellt, ist jedenfalls ein ausreichendes wirtschaftliches Interesse erforderlich.<sup>58</sup> Stimmrechte oder Organmitgliedschaften können demgegenüber nur ergänzende Gesichtspunkte darstellen.

### b) Rechtssicherheit

Letztlich muss wie auch bei § 181 BGB davon ausgegangen werden, dass dem Gesetzgeber bewusst war, dass ähnliche Fallkonstellationen mit gleicher abstrakter Gefährdung der Interessen des Vertretenen auftreten können, er aber im Interesse der Rechtssicherheit auf eine Regelung verzichtet hat. Eine analoge Anwendung dieser Bestimmung über den Tatbestand hinaus ist daher nur in Ausnahmefällen zulässig.<sup>59</sup>

Dennoch ist es wie bereits dargestellt zu § 181 BGB überwiegende Ansicht, allzu naheliegende Umgehungskonstellationen, wie etwa die Untervertretung,<sup>60</sup> analog zu erfassen. Die Zurückhaltung des Gesetzgebers muss aber für den Rechtsanwender insofern bindende Leitlinie sein, als dieser sich nicht aus gut gemeinten Schutzzweckerwägungen unter erheblicher Ausweitung des Wortlauts der betreffenden Vorschriften zum Ersatzgesetzgeber aufschwingen kann um möglichst alle Konstellationen zu erfassen, in denen vielleicht aus irgendeinem Grunde der Vertreter nicht nur die Interessen des Vertretenen im Auge haben könnte. Insofern denke man nur an die Situation, dass die Eltern für den Minderjährigen ein Rechtsgeschäft mit dem Bruder oder der Schwester eines Elternteils schließen. Diese Konstellation ist von § 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB nicht erfasst und eine Analogie scheidet bereits mangels planwidriger Regelungslücke aus,<sup>61</sup> da der Gesetzgeber bewusst nur Verwandte in gerader Linie und nicht auch in Seitenlinie erfasst hat, obwohl sich kaum bestreiten lässt, dass auch insofern (wenn auch nicht in vergleichbarem Maße) die *abstrakte* Gefahr einer Interessenkollision gegeben ist.

Rechtspolitisch erscheint dies überzeugend, da die Vertretung nicht in jeder Konstellation einer solchen *abstrakten* Gefahr ausgeschlossen werden kann, will man sie nicht praktisch unverhältnismäßig erschweren.

### c) Zwischenergebnis

Mithin erscheint eine einfache Mehrheitsbeteiligung nicht ausreichend für eine analoge Anwendung des § 1795 Abs. 1 BGB. Ein Schwellenwert beispielsweise von 51% erfüllt anders als

53 In diesem Sinne auch *Kölmel*, RNotZ 2010, 1, 12.

54 S. dazu schon o. 1.c).

55 Mugdan, Materialien Band 4, S. 578.

56 In diesem Sinne zu § 112 AktG auch *Fuhrmann*, NZG 2017, 291, 293.

57 Einen maßgeblichen Einfluss und wirtschaftliche Identität hat der BGH bei einer Beteiligung von 24,99 % ausdrücklich abgelehnt, BGH Urteil v. 12.3.2013 - II ZR 179/12, DNotZ 2013, 789, 790 (zu § 112 AktG).

58 Auch zu § 112 AktG wird vertreten, dass die reine Organmitgliedschaft nicht entscheidend sein kann, anders soll dies aber z.B. sein, wenn der Betroffene in der Gesellschaft über Stock Options verfügt, *Spindler*/Stilz Aktiengesetz, 3. Aufl. 2015, § 112 AktG Rn. 9 (dort Fn. 33). Letzteres erscheint im Hinblick auf die Rechtssicherheit zweifelhaft; selbst wenn man dies bei § 112 AktG anerkennen sollte, ist eine solche Auslegung im Rahmen des § 1795 BGB abzulehnen.

59 BayObLG, Beschluss v. 1.10.1997 - 3Z BR 352/97, BayObLGZ 288, 291.

60 S.o. 1.c) (Fn. 27).

61 S. dazu ausdrücklich BayObLG, Beschluss v. 1.10.1997 - 3Z BR 352/97, BayObLGZ 288, 29: Eine erweiternde Auslegung auf andere Verwandte sei nicht zulässig. Für Geschäfte mit Verwandten der Seitenlinie oder mit Verschwägerten bestehe kein gesetzlicher Ausschluss.

Vgl. dazu auch *Kölmel*, RNotZ 2010, 1, 13.



die Erfassung des Alleingesellschafters nicht die Anforderungen an eine vergleichbare Interessenlage, da im Rahmen der abstrakt-typisierenden Betrachtung nicht von einem ähnlich starken Interessenkonflikt ausgegangen werden kann.

#### d) Qualifizierte Mehrheit

Fraglich ist allerdings, ob bei einer qualifizierten Mehrheit anders zu entscheiden ist, im Extremfall etwa hinsichtlich einer Beteiligung von 99 %, beziehungsweise bei der nicht seltenen Aufteilung eines Stammkapitals von 25.000,-€ in 25.000 Geschäftsanteile zu je einem Euro von 99,996 %, wenn der Verwandte einen Geschäftsanteil übertragen würde.

Im Interesse der Rechtssicherheit ist jedoch jeglicher Schwellenwert abzulehnen.<sup>62</sup> Der Gesetzgeber hat gerade eine abstrakt-typisierende Regelung gewählt und nicht auf einen konkreten Interessenkonflikt abgestellt, um solche Rechtsunsicherheit zu vermeiden. Nur der Fall des Alleingesellschafters bietet hinreichend klare Abgrenzungskriterien für die erforderliche wirtschaftliche Identität, selbst wenn man die Beteiligung eines weiteren Gesellschafters von unter einem Prozent für vernachlässigbar hält.<sup>63</sup>

#### e) Konzernsachverhalte

Auch wenn man nur den Alleingesellschafter in den Blick nimmt, stellt sich die Frage, wie in Konzernsachverhalten zu entscheiden ist, wenn also beispielsweise die Anteile der veräußernden GmbH von einer Holding-GmbH gehalten werden, deren Anteile wiederum vollständig von dem Verwandten in gerader Linie gehalten werden.

In diesem Fall liegt letztlich ebenso wie im Ausgangsfall eine 100%-Beteiligung des Verwandten vor, was die Interessenlage vergleichbar macht. Die Tatsache, dass diese durch eine weitere Gesellschaft vermittelt wird, kann insofern im Ergebnis keinen Unterschied machen, denn die wirtschaftliche Identität wird dadurch nicht berührt, solange auf keiner Ebene weitere Gesellschafter vorhanden sind. Dadurch entsteht auch keine Rechtsunsicherheit, da weiterhin nur an das formale Kriterium der 100%-Beteiligung angeknüpft wird.

Gleiches muss konsequenterweise unabhängig von der Zahl der vermittelnden Gesellschaften gelten, solange letztlich alles wieder auf den Verwandten in gerader Linie hinausläuft, beispielsweise in dem Fall, dass Anteile der betreffenden Gesellschaft oder diverser Holdinggesellschaften von verschiedenen Gesellschaften gehalten werden, an der Spitze des Konzerns aber wieder der Verwandte steht.

#### f) Treuhandverhältnisse

Fraglich ist aber, wie vor diesem Hintergrund Treuhandverhältnisse zu behandeln sind. Auch bei einer Treuhandgesellschaft, an welcher besagter Verwandter keine Anteile hält, die aber ausschließlich für seine Rechnung handelt, stellt sich

die Frage der wirtschaftlichen Identität. Wirtschaftlich gesehen könnte eine vergleichbare Interessenkollision wie bei einer Gesellschaft des Verwandten selbst zu bejahen sein. Nicht umsonst hat sich der Gesetzgeber im Zusammenhang mit der Einführung des Transparenzregisters und den erhöhten Anforderungen an die Gesellschafterliste nach § 40 GmbHG, um schneller den wirtschaftlich Berechtigten feststellen zu können,<sup>64</sup> verstärkt mit solchen Treuhandverhältnissen beschäftigt. Dadurch ließe sich nun auch eine derartige wirtschaftliche Identität einfacher feststellen.<sup>65</sup>

Dennoch ist die Interessenlage nicht mehr der Situation vergleichbar, dass der Verwandte selbst (gegebenenfalls durch weitere Gesellschaften vermittelt) eine 100%-Beteiligung hält. Ein Treuhandverhältnis stellt kein in gleichem Maße objektiv einwandfrei feststellbares Merkmal (s. dazu o. unter 1.d) dar. Dies gilt auch für den Fall, dass „dauerhafte und rechtsbeständige Regelungen“<sup>66</sup> vorliegen. Auch im Hinblick auf die Rechtssicherheit im Rahmen der abstrakt-typisierenden Betrachtung erscheint eine Einbeziehung von Treuhandkonstellationen nicht angebracht.<sup>67</sup>

### 3. Sonderfall der Interessenkollision

Abschließend soll eine weitere Konstellation im Zusammenhang von § 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB und § 181 BGB die praktisch auftretenden Fragen im Zusammenhang mit dem (möglichen) Ausschluss der Vertretungsmacht verdeutlichen:

Ändert man obigen Beispielsfall (unter 1.) dahingehend ab, dass an der GmbH (gegebenenfalls über Beteiligungsgesellschaften) letztlich nicht mehr nur der Großvater, der wie oben alleine vertretungsberechtigt sein soll, sondern auch der Vater der Minderjährigen beteiligt ist, stellt sich die Frage, ob auch in diesem Fall der Ausschluss der Vertretungsmacht eingreift.

62 Im Ergebnis ebenso zu § 112 AktG *Schindeldecker*, RNotZ 2015, 533, 544: Der mögliche Missbrauch durch eine bloße Bagatellobeteiligung anderer Gesellschafter sei im Sinne der Rechtssicherheit hinzunehmen.

63 Wie die Entscheidung des OLG Nürnberg, Beschluss v. 23.11.2017 – 12 W 1866/17, NZG 2018, 61-63 zeigt, ist der Rechtsprechung auch eine Beteiligung von 0,001 % noch so wichtig, dass dies in der Gesellschafterliste nicht mit < 1 % angegeben werden dürfe. S. dazu nun aber § 4 Abs. 4 der Verordnung über die Ausgestaltung der Gesellschafterliste (Gesellschafterlistenverordnung - GesLV) vom 20. Juni 2018, wonach bei Beträgen von weniger als ein Prozent diese Angabe genügt.

64 BT-Drs. 18/11555, S. 173 f.

65 Das OLG Saarbrücken, Urteil v. 22.1.2014 – 2 U 69/13, NZG 2014, 343 f. führte 2014 noch aus, dass sich eine Ein-Personen-Gesellschaft regelmäßig unschwer feststellen lassen werde. Soweit das in besonders gelagerten Fällen, etwa „bei einem treuhänderischen Halten von Geschäftsanteilen anders sein mag“, handele es sich um eng begrenzte Ausnahmefälle.

66 Zumindest diese wird man mit dem OLG München, Urteil v. 10.5.2012 – 14 U 2175/11, NZG 2012, 706, 707 f. (zu § 112 AktG) fordern müssen.

67 Wirtschaftliche Identität bei einem Treuhandverhältnis in Bezug auf § 112 AktG ablehnend auch OLG München, Urteil v. 9.2.2009 – 21 U 4853/08, EWIR 2009, 397 f. (im Fall hielt der Betroffene 40 % an einer GmbH selbst und die restlichen 60 % über ein Treuhandverhältnis).

Vertritt man die dargestellte Auffassung, dass eine einfache Mehrheitsbeteiligung nicht ausreichend ist, um eine analoge Anwendung der §§ 181, 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB auszulösen, ist in der vorliegenden Konstellation fraglich, ob dann bei einer unterstellten Beteiligung des Großvaters und des Vaters von jeweils 50 % beide Vorschriften nicht eingreifen, oder ob in diesem Fall die Anteile aus Schutzzweckgesichtspunkten zu addieren sind.

Betrachtet man den Zweck der Vorschriften erscheint dies insbesondere in Bezug auf § 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB geboten, denn der abstrakte Interessenkonflikt des Vaters liegt in dieser Konstellation in vergleichbarer Weise vor. Dies veranschaulicht folgende Überlegung: Wenn der Großvater zu 100 % beteiligt wäre, dann wäre der Vater nach hier vertretener Ansicht gemäß § 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB von der Vertretung ausgeschlossen. Es wäre wertungswidersprüchlich, wenn er nun durch seine eigene Beteiligung, die nicht weniger die Gefahr der Interessenkollision verursachen kann als die Beteiligung seines Vaters, doch die Möglichkeit zur Vertretung hätte. Es kann auch davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber diese Konstellation nicht bewusst ungeregelt gelassen hat, da es sich um eine (in der Praxis aber durchaus vorkommende) Sonderkonstellation handelt.

Mithin sind die §§ 181, 1795 BGB zusammen<sup>68</sup> dahingehend auszulegen, dass die Beteiligungen des gesetzlichen Vertreters und des Verwandten in gerader Linie zu addieren sind. Dies führt nach hier vertretener Auffassung dazu, dass die Vertretung ausgeschlossen ist, wenn die Betroffenen gemeinsam 100 % halten. Hält man dagegen einen Schwellenwert der Beteiligung (etwa mehr als 50 % oder 75 %<sup>69</sup>) für maßgeblich, müsste es konsequenterweise für die Addition<sup>70</sup> auf diesen Schwellenwert ankommen. Im Ergebnis ist daher nach hier vertretener Ansicht § 181 BGB jedenfalls in den Fällen gesetzlicher Stellvertretung des § 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB<sup>71</sup> in gleichem Maße entsprechend anzuwenden.

## 4. Zusammenfassung und Folgen für die Praxis

Nach hier vertretener Ansicht gilt also im Ergebnis Folgendes:

1. § 1795 BGB ist entsprechend anzuwenden, wenn wirtschaftliche Identität aufgrund einer Alleinbeteiligung des Betroffenen vorliegt.
2. Dies gilt auch, wenn diese Alleinbeteiligung über Beteiligungsgesellschaften vermittelt wird, selbst wenn diese im Einzelnen an der handelnden oder vermittelnden Gesellschaften keine 100 %-Beteiligung halten, solange im Ergebnis alle Anteile von dem Betroffenen gehalten werden, also keine weiteren Personen am Konzern beteiligt sind.
3. Jeglicher Schwellenwert unter 100 % ist jedenfalls aus Gründen der Rechtssicherheit im Rahmen der abstrakt-typisierenden Betrachtung abzulehnen. Dies gilt auch für Treuhandverhältnisse.

4. Eine Zusammenrechnung der Beteiligungen ist jedoch aufgrund einer Gesamtschau der §§ 181, 1795 BGB bei einer Beteiligung sowohl des Vertreters als auch des anderen Teils an der handelnden Gesellschaft geboten. Auch hierfür gilt gegebenenfalls die Zurechnung der Beteiligungen nach Ziffer 2.

Da die beschriebenen Konstellationen durch die Rechtsprechung nicht zweifelsfrei geklärt sind, ist in der Praxis Vorsicht geboten. Besonders bei Konzernsachverhalten ist sorgfältig zu prüfen, ob sich über Beteiligungsgesellschaften eine maßgebliche Beteiligung ergibt. Insbesondere in letztgenanntem Fall, dass neben dem anderen Teil auch der Vertreter selbst am (Familien-)Konzern beteiligt ist und Fremddorganschaft vorliegt, besteht die Gefahr, die Folgen etwaiger wirtschaftliche Identität zu übersehen. Jedenfalls bei 100 %-Beteiligungen des Ehegatten, Lebenspartners, oder Verwandten in gerader Linie an der beteiligten Gesellschaft sollte im Hinblick auf das Gebot des sichersten Weges vorsorglich ein Ergänzungspfleger bestellt werden.

Aber auch wenn die Beteiligten mit der hier vertretenen Ansicht in Fällen geringerer Beteiligung im Hinblick auf den damit verbundenen Kosten- und vor allem Zeitaufwand darauf verzichten wollen, muss jedenfalls eindeutig darauf hingewiesen werden, dass im Hinblick auf die nicht restlos geklärte Rechtslage ein Risiko verbleibt,<sup>72</sup> dass beispielsweise die Auffassung nicht wirksam erklärt wurde. Dies gilt insbesondere in dem Fall, dass auch das Grundbuchamt die Vertretungsmacht nicht bemängelt, denn durch die Eintragung tritt insofern (selbstverständlich) keine Heilung ein.

**Ein entsprechender Belehrungshinweis könnte lauten:**  
**Der Notar hat darauf hingewiesen, dass die entsprechende Anwendung des § 1795 BGB in der Rechtsprechung nicht höchstrichterlich geklärt ist und bei wirtschaftlicher Identität der [...GmbH/AG/...] mit [Frau/Herrn ...] ein Ausschluss der Vertretungsmacht in Betracht kommt, was die Unwirksamkeit der heutigen Erklärungen zur Folge haben kann. Über die Folgen wurde vom Notar belehrt.**

68 Nach dem BGH „hat die Auslegung darauf bedacht zu sein, dass sich die Gesamtheit der gesetzlichen Bestimmungen tunlichst zu einem widerspruchsfreien Ganzen zusammenfügt.“, Urteil v. 21.04.1959 – 1 StR 504/58, BGHSt 13, 102, 117. Anders formuliert: Die einzelne Gesetzesvorschrift ist kein in sich abgeschlossenes „autonomes Territorium“, sondern Teil eines normübergreifenden Ganzen, s. MüKo-BGB/Säcker, Band 1, 7. Aufl. 2015, Einl. Rn. 113.

69 S.o. unter 2. zu möglichen Schwellenwerten.

70 Die Addition könnte hier im Ergebnis ähnlich wie beim sog. „acting in concert“ nach § 34 Abs. 2 (bis 2. Januar 2018: § 22 Abs. 2) WpHG stattfinden.

71 S. zu den bei der Auslegung (des § 1795 BGB) zu berücksichtigenden Besonderheiten der gesetzlichen Vertretungsmacht o. unter 1.d) (Fn. 46).

72 In anderem Zusammenhang hielt das KG Berlin, a.a.O. (Fn. 50) wie dargestellt eine Beteiligung von 60 % für maßgeblich. Auch wenn dies zweifelhaft erscheint und ohnehin in dieser Form nicht auf § 1795 BGB übertragen werden kann, kann nicht vorhergesagt werden, wie die Rechtsprechung insofern entscheiden würde.

## Erbrecht

**FamFG §§ 26, 36; EGBGB aF Art. 4,  
Art. 25; öster. IPRG aF § 28 Abs. 1;  
öster. ABGB aF §§ 716, 1248 S. 2**

OLG Köln, Beschl. v. 2.1.2018 – 2 Wx 269/17

- 1. Einigen sich die Erbprätendenten in einem österreichischen Außerstreitverfahren über die Erbquoten, bindet dies ein deutsches Nachlassgericht nicht. Vielmehr ist für den in Deutschland beantragten Erbschein die Erbenstellung von Amts (§ 26 FamFG) zu ermitteln.**
- 2. Ein deutsches Nachlassgericht ist hinsichtlich der Feststellung der Erbfolge für ein in Deutschland belegenes Grundstück nicht an den Einantwortungsbeschluss eines österreichischen Gerichts gebunden.**

## I.

Am 01.12.2010 verstarb Frau J. W. (Erblasserin) mit letztem Wohnsitz in Zell am See in Österreich. Die Erblasserin war seit dem Jahr 2000 österreichische Staatsangehörige. Sie war verwitwet und hatte keine Kinder. Ihre Eltern sind vorverstorben. Geschwister hatte die Erblasserin nicht. Die Beteiligten zu 1) und 2) sind Kinder ihres vorverstorbenen Ehemannes. Die Erblasserin hinterließ Vermögen in Österreich und Deutschland.

Am 24.01.1992 hatte sie gemeinsam mit ihrem im Jahre 2008 vorverstorbenen Ehemann O. W. ein gemeinschaftliches notarielles Testament – UR.Nr. 215/1992 des Notars Adenauer in Köln – errichtet, in dem sich die Eheleute gegenseitig als Alleinerben und als Schlusserven (widerruflich) den im Vereinsregister des Amtsgerichts Köln unter der Nummer VR 8579 eingetragenen gemeinnützigen Verein O. e.V. eingesetzt haben (Bl. 20 ff. d. Beiakte 39 IV 451/16). Es sind weitere in Österreich errichtete Testamente vom 27.06.2008, 03.09.2008, 20.02.2010 und 06.11.2010 zur Akte gereicht worden (Bl. 60, 152, 153, 154 d. Beiakte 39 IV 451/16). Im gemeinsam mit ihrem Ehemann errichteten gemeinschaftlichen Testament vom 27.06.2008 hat die Erblasserin ihren Ehemann als Alleinerben eingesetzt und für den Fall, dass sie nach ihrem Ehemann versterben sollte, die Beteiligte zu 3) als alleinige Ersatzerin. In den Einzeltestamenten vom 03.09.2008 und 20.02.2010 ist jeweils die Beteiligte zu 3) als Alleinerbin benannt worden. Nach dem Inhalt des Testaments vom 06.11.2010 sind die Beteiligten zu 1) und 2) Erben zu je ½-Anteil.

Im Erbenfeststellungsverfahren vor dem Bezirksgericht in Zell am See in Österreich (44 A 263/10m) war zwischen den Beteiligten zunächst streitig, ob es sich bei dem Testament vom 06.11.2010, ein sog. fremdhändiges Testament nach österreichischem Recht, um eine Fälschung handelt. Auf Initiative der Beteiligten zu 3) ist diesbezüglich zunächst ein Strafverfahren bei der Staatsanwaltschaft Salzburg eingeleitet worden (18 St 357/10z). In der Folgezeit ist zwischen den Beteiligten eine Einigung über die Erbquoten und die Auseinandersetzung des Nachlasses zustande gekommen. Das Strafverfahren vor der Staatsanwaltschaft Salzburg ist daraufhin eingestellt worden. Am 12.11.2014 haben die Beteiligten vor dem

Bezirksgericht Zell am See / Österreich (44 A 263/10m) die jeweiligen Erbquoten der Beteiligten zu 3) in Höhe von ½ und der Beteiligten zu 1) und 2) in Höhe von je ¼ wechselseitig anerkannt (Bl. 156 ff. d. Beiakte 39 IV 451/16). Durch Einantwortungsbeschluss des Bezirksgerichts Zell am See vom 16.07.2015 (44 A 263/10m – 161) ist der Nachlass der Erblasserin den Beteiligten zu 1) und 2) zu je ¼-Anteil und der Beteiligten zu 3) zu ½-Anteil eingewantwortet worden (Bl. 15 ff. d.A.).

Mit notarieller Urkunde vom 02.03.2016 – UR.Nr. 286/2016 des Notars Kückelhaus in Euskirchen – haben die Beteiligten die Erteilung eines gemeinschaftlichen Erbscheins für den in Deutschland befindlichen Grundbesitz beantragt, der die Beteiligten zu 1) und 2) als Erben zu je ¼-Anteil und die Beteiligte zu 3) als Erbin zu ½-Anteil ausweist (Bl. 1 ff. d.A.).

Mit Schreiben vom 19.07.2016 hat das Nachlassgericht die Beteiligten darauf hingewiesen, dass der Einantwortungsbeschluss des Bezirksgerichts Zell am See für das Nachlassgericht nicht bindend sei, weil sich die österreichische Gerichtsbarkeit nicht auf im Ausland belegenes Vermögen erstrecke (Bl. 46 d.A.). Mit weiterem Schreiben vom 14.11.2016 hat das Nachlassgericht darauf hingewiesen, dass die wechselseitige Anerkennung des Erbrechts der Beteiligten keine materiellrechtliche Bedeutung habe und ein Erbrecht nicht begründen könne. Die beantragte Erbquote ergebe sich nach keinem der vorgelegten Testamente, so dass der Antrag keinen Erfolg haben könne (Bl. 51 d.A.).

Mit notarieller Urkunde vom 12.01.2017 – UR.Nr. 42/2017 des Notars Kückelhaus in Euskirchen – hat der Beteiligte zu 1) daraufhin beantragt, einen gemeinschaftlichen Erbschein zu erteilen, der ihn und die Beteiligte zu 2) als Miterben zu je ½-Anteil ausweist (Bl. 56 ff. d.A.).

Durch am 10.07.2017 erlassenen Beschluss vom 05.07.2017, auf dessen Inhalt Bezug genommen wird, hat das Nachlassgericht die Tatsachen, die zur Begründung des Antrags des Beteiligten zu 1) erforderlich sind, für festgestellt erachtet (Bl. 78 ff. d.A.).

Gegen diesen Beschluss hat die Beteiligte zu 3) mit am 08.08.2017 beim Amtsgericht Köln eingegangenen Schriftsatz vom selben Tag Beschwerde eingelegt (Bl. 92 d.A.) und mit weiterem Schriftsatz vom 27.10.2017, auf dessen Inhalt Bezug genommen wird (Bl. 104 ff. d.A.), begründet. Sie hat im Wesentlichen vorgetragen, dass der Verdacht der Fälschung des Testaments vom 06.11.2010 nicht ausgeräumt sei und die Vermutung bestehe, dass die Erblasserin zum Zeitpunkt der Errichtung des Testaments nicht mehr testierfähig gewesen sei. Im Übrigen sei das Nachlassgericht an den Einantwortungsbeschluss des Bezirksgerichts Zell am See gebunden gewesen.

Durch am 06.12.2017 erlassenen Beschluss vom 05.12.2017 hat das Nachlassgericht die tatsächlichen Feststellungen im am 10.07.2017 erlassenen Beschluss dahingehend berichtet, dass der Antragsteller einen auf den in Deutschland gelegenen Grundbesitz beschränkten Erbschein beantragt, der ihn

und die Beteiligte zu 2) je hälftig als Erben ausweist. Zugleich hat es der Beschwerde der Beteiligten zu 3) gegen den am 10.07.2017 erlassenen Beschluss nicht abgeholfen und die Sache dem Oberlandesgericht Köln zur Entscheidung vorgelegt (Bl. 115 ff. d.A.).

## II.

Die Sache wird in entsprechender Anwendung von § 69 Abs. 3 S. 2 FamFG zur erneuten Entscheidung über die Abhilfe an das Nachlassgericht zurückzugeben, weil das Abhilfeverfahren nicht ordnungsgemäß durchgeführt worden ist.

Zwar führt die Fehlerhaftigkeit des Nichtabhilfeverfahrens in aller Regel nicht dazu, die Sache zur erneuten Entscheidung über die Abhilfe an das Amtsgericht zurückzugeben, da Gegenstand des Beschwerdeverfahrens allein der angefochtene Beschluss ist. Etwas anderes gilt aber dann, wenn das Nichtabhilfeverfahren mit groben Verstößen belastet ist, die dazu führen, dass von der Durchführung eines Abhilfeverfahrens nicht die Rede sein kann. Solche groben, zu einer Zurückverweisung berechtigenden Verfahrensverstöße liegen insbesondere dann vor, wenn das Amtsgericht seiner Amtspflicht zur Überprüfung der angefochtenen Entscheidung und des Beschwerdevorbringens nicht nachgekommen ist (OLG Brandenburg FGPrax 2010, 45; OLG Düsseldorf FamRZ 2012, 653; Keidel/Sternal, FamFG, 19. Aufl. 2017, § 68 Rn. 34 m.w.N.), so wie hier.

Ein grober Verfahrensverstoß ist hier darin zu sehen, dass das Nachlassgericht dem Vorbringen der Beschwerdeführerin, bei dem Testament vom 06.11.2010 habe es sich um eine Fälschung gehandelt, im Nichtabhilfeverfahren deshalb nicht nachgegangen ist, weil dieses Vorbringen der Beschwerdeführerin nicht hinreichend substantiiert gewesen sein soll. Auf die Substantiierung des Vortrags der Beschwerdeführerin kann es im Verfahren auf Erteilung eines Erbscheins aber schon deshalb nicht ankommen, weil das Nachlassgericht den Sachverhalt gem. § 26 FamFG grundsätzlich von Amtswegen zu ermitteln hat. Zwar geht die Amtsermittlungspflicht gem. § 26 FamFG nicht so weit, dass Ermittlungen „ins Blaue“ hinein zu erfolgen haben (vgl. Keidel/Sternal, FamFG, 19. Aufl. 2017, § 26 Rn. 17).

Hier bestand indes ein konkreter Anlass, dem Einwand der Fälschung nachzugehen. Denn wie sich aus der vorgelegten schriftlichen Vereinbarung der Beteiligten vom 12.11.2014, 12.12.2014 und 16.01.2015 ergibt (Bl. 161 ff. d.A.), war bei der Staatsanwaltschaft Salzburg diesbezüglich bereits ein Ermittlungsverfahren eingeleitet worden. Ob dieses Ermittlungsverfahren dann mangels hinreichenden Tatverdachts oder nur deshalb eingestellt worden ist, weil sich die Beteiligten im Außerstreitverfahren über die Erbquoten geeinigt haben und das Bezirksgericht Zell am See deshalb die entsprechende Einantwortung beschlossen hat, ist indes im vorliegenden Verfahren ungeklärt geblieben. Im vorliegenden Verfahren sind daher weiterhin konkrete Anhaltspunkte für eine Fälschung des Testaments vom 06.11.2010 gegeben, denen das Nachlassgericht schon im Rahmen der Ausgangsentscheidung, erst recht aber nach Einlegung der Beschwerde und dem er-

neuten Hinweis der Beschwerdeführerin auf eine mögliche Fälschung hätte nachgehen müssen. Da es sich bei dem Testament vom 06.11.2010 offenbar um ein sogenanntes fremdhändiges Testament nach österreichischem Recht (§ 579 ABGB) handelt, wären zumindest die 4 Testamentszeugen, die dieses Testament vom 06.11.2010 unterschrieben haben sollen, zur ordnungsgemäßen Errichtung zu hören gewesen.

Eine Beweiserhebung zu der Frage, ob die Erblasserin zum Zeitpunkt der Errichtung des Testaments vom 06.11.2010 testierunfähig war (Art. 26 Abs. 5 S. 1 EGBGB a.F., § 566 ABGB), ist dagegen entbehrlich, da für eine etwaige Testierunfähigkeit keinerlei Anhaltspunkte ersichtlich sind.

Auf die Wirksamkeit des Testaments vom 06.11.2010 kommt es aus folgenden Gründen auch an:

Die Erbfolge richtet sich zunächst nach österreichischem Erbrecht. Da die EuErbVO gem. Art. 83 Abs. 1 EuErbVO auf den vorliegenden Erbfall noch nicht zur Anwendung kommt, vorrangige Staatsverträge im Verhältnis zu Österreich im Bereich des anwendbaren materiellen Erbrechts nicht vorhanden sind und eine Rechtswahl gem. Art. 25 Abs. 2 EGBGB in der bis zum 16.08.2015 geltenden Fassung (im Folgenden: a.F.) nicht getroffen wurde, richtet sich die Erbfolge gem. Art. 25 Abs. 1 EGBGB a.F. nach der Staatsangehörigkeit des Erblassers zum Zeitpunkt seines Todes. Diese Gesamtverweisung nimmt das gem. Art. 4 Abs. 1 S. 1 EGBGB berufene österreichische Kollisionsrecht gem. § 28 Abs. 1 öster. IPRG a.F. an, da es ebenfalls auf die letzte Staatsangehörigkeit des Erblassers abstellt. Es kommt daher österreichisches Nachlassrecht zur Anwendung.

Dies gilt für den gesamten Nachlass, also auch für den in Deutschland gelegenen Grundbesitz. Einer Einantwortung nach österreichischem Recht bedarf es für den in Deutschland befindlichen Grundbesitz, auf den sich der vorliegende Antrag vom 12.01.2017 auf Erteilung eines Erbscheins – gem. § 2369 Abs. 1 BGB a.F. zulässigerweise – allein erstreckt, indes nicht. Denn bei der Erforderlichkeit einer Einantwortung handelt es sich nicht um eine erbrechtliche, sondern um eine sachenrechtliche Frage, die sich nach österreichischem Verständnis nach der „lex rei sitae“ richtet (vgl. OGH, Beschl. vom 08.10.1991 – 4 Ob 522/91, IPRax 1992, 328, 329; Senat, Beschluss vom 25.03.2015 – 2 Wx 63/15, FGPrax 2015, 177, 178 m.w.N.; Staudinger/Hausmann, EGBGB, 2013, Anh. zu Art. 4 Rn. 296, 311 "Österreich"), so dass es bezüglich des in Deutschland befindlichen Grundbesitzes gem. Art. 4 Abs. 1 S. 2 EGBGB zu einer partiellen Rückverweisung auf deutsches Recht kommt (vgl.: Senat, Beschluss vom 25.03.2015 – 2 Wx 63/15, FGPrax 2015, 177, 178 m.w.N.; Staudinger/Hausmann, EGBGB, 2013, Anh. zu Art. 4 Rn. 296, 311 "Österreich").

Das bedeutet, dass sich der sachenrechtliche Erwerb des in Deutschland gelegenen Grundbesitzes kraft Gesetzes gem. § 1922 Abs. 1 BGB vollzieht und es einer Einantwortung nicht bedarf.

Die Erbquoten bezüglich des in Deutschland gelegenen Grundbesitzes richten sich nicht nach dem im Einantwortungsbeschluss des Bezirksgerichts Zell am See vom 16.07.2015 von den Beteiligten anerkannten Erbquoten.

Denn dieses Verfahren betraf nicht den in Deutschland gelegenen Grundbesitz, weil es insoweit einer Einantwortung nach österreichischem Recht nicht bedarf (s.o.). Die Einantwortung konnte den im Deutschland gelegenen Grundbesitz daher gar nicht erfassen. Unabhängig davon ist davon auszugehen, dass die Einantwortung nur die Gestaltung des Erwerbs regelt, nicht aber eine rechtskräftige Feststellung der Erbberufung (MüKo-FamFG/Rauscher, 2. Aufl. 2013, § 108 Rn. 19 Fn. 54; Ferid/Firsching/Dörner/Hausmann/Verschraegen, Internationales Erbrecht, Österreich, Stand 15.04.2011, Rn. 504). Auf die Anerkennungsfähigkeit des Einantwortungsbeschlusses des Bezirksgerichts Zell am See kommt es daher nicht an.

Die Erbfolge richtet sich auch nicht nach dem im Außerstreitverfahren vor dem Bezirksgericht Zell am See in Österreich geschlossenen Vergleich der Beteiligten. Denn im Erbscheinsverfahren ist eine Einigung über die Erbenstellung selbst gem. § 36 Abs. 1 S. 1 FamFG nicht zulässig, weil die Erbprätendenten hierüber nicht verfügen können (Keidel/Meyer-Holz, FamFG, 19. Aufl. 2017, § 36 Rn. 18 m.w.N.). Denn wer Erbe ist, bestimmt allein der Erblasser. § 36 FamFG ist auch anwendbar.

Da deutsche Gerichte für das vorliegende Erbscheinsverfahren betreffend den in Deutschland gelegenen Grundbesitz gem. § 105 FamFG international zuständig sind, hat das zuständige Amtsgericht Köln nach dem Grundsatz des „lex fori“ auch deutsches Verfahrensrecht anzuwenden (vgl. hierzu: BGH NJW 1985, 552, 553).

Nach dem auf die materielle Erbfolge anwendbaren österreichischen Recht geht die gewillkürte Erbfolge der gesetzlichen Erbfolge vor (Burandt/Rojahn/Solomon, Erbrecht, 2. Aufl. 2014, Länderbericht Österreich, Rn. 32).

Die Wirksamkeit des am 24.01.1992 errichteten gemeinschaftlichen Testament richtet sich gem. Art. 26 Abs. 5 S. 1 EGBGB a.F. im Allgemeinen und bezüglich seiner Form gem. Art. 1 Abs. 1 Ziff. a) bis d), Art. 4 des Haager Übereinkommens über das auf die Form letztwilliger Verfügungen anzuwendende Recht nach deutschem Recht, weil die Erblasserin und ihr Ehemann zu diesem Zeitpunkt Deutsche waren, in Deutschland ihren Wohnsitz bzw. gewöhnlichen Aufenthalt hatten und das Testament in Deutschland errichtet haben. Wirksamkeitsbedenken bestehen nach dem anwendbaren deutschen Recht nicht.

Die Bindungswirkung der Verfügungen in diesem Testament beurteilt sich gem. Art. 26 Abs. 5 S. 1 EGBGB a.F. ebenfalls nach deutschem Recht. Danach ist die (ersatzweise) Einsetzung des Vereins O. e.V. durch die Erblasserin frei widerruflich, weil eine bindende Einsetzung ausdrücklich nicht gewollt war.

Die Einsetzung dieses Vereins ist durch das weitere gemeinschaftliche Testament der Erblasserin und ihres Ehemannes vom 27.06.2008 ausdrücklich widerrufen worden. Dieses Testament unterliegt, da die Erblasserin und ihr Ehemann nun österreichische Staatsangehörige waren, in Österreich lebten und das Testament in Österreich errichtet haben bezüglich der materiellen Wirksamkeit, Formwirksamkeit und inhaltlichen Auslegung österreichischem Recht. Nach österreichischem Recht bestehen keine Wirksamkeitsbedenken bezüglich dieses fremdhändigen Testaments im Sinne von § 579 ABGB. In diesem Testament hat die Erblasserin die Beteiligte zu 3) als Ersatzerben ihres vorverstorbenen Ehemannes eingesetzt. Eine Bindungswirkung hat diese Einsetzung der Beteiligten zu 3) aber nicht. Denn unabhängig von der Frage, ob diese Einsetzung wechselbezüglich gewollt war, sind auch wechselbezügliche Verfügungen in gemeinschaftlichen Testamenten gem. §§ 716, 1248 S. 2 (in der Fassung bis 31.12.2016) ABGB frei widerruflich (Burandt/Rojahn/Solomon, Erbrecht, 2. Aufl. 2014, Länderbericht Österreich, Rn. 94, 105). Durch die Einzeltestamente vom 03.09.2008 und 20.02.2010, auf die aus vorgenannten Gründen auch österreichisches Recht Anwendung findet und die mangels anderweitiger Anhaltspunkte wirksam errichtet worden sind, hat sich an der Erbfolge nichts geändert, da jeweils die Beteiligte zu 3) als Alleinerbin eingesetzt worden ist.

Es kommt daher maßgeblich darauf an, ob das fremdhändige Testament vom 06.11.2010, in dem die Beteiligten zu 1) und 2) als Erben zu gleichen Teilen eingesetzt worden sind, von der Erblasserin wirksam errichtet worden ist. Denn in diesem Fall wären die zuvor errichteten Testamente wirksam widerrufen worden. Die Erbfolge würde sich dann allein nach dem Testament vom 06.11.2010 richten.

### III.

Die Entscheidung über die Nichterhebung von Kosten für das Verfahren vor dem Oberlandesgericht beruht auf § 81 Abs. 1 S. 2 FamFG. Eine Entscheidung über die Erstattung außergerichtlicher Kosten ist derzeit nicht veranlasst.

*Eingesendet von*

*Vors. Richter OLG Werner Sternal*

## Verfahrensrecht

**GBO § 51; BGB § 2113**

OLG Stuttgart, Beschluss vom 29.05.2018 - 8 W 146/18

**Zum Prüfungsumfang des Grundbuchamtes betreffend die Entgeltlichkeit im Zusammenhang mit der Löschung des Nacherbenvermerks.**

Das Grundbuchamt muss sich bei der Prüfung der Entgeltlichkeit im Rahmen des § 2113 BGB auf eine freie Würdigung des aus den vorgelegten Urkunden ersichtlichen Sachverhalts beschränken. Es ist weder berechtigt noch verpflichtet, Ermittlungen und Beweiserhebungen eigenhändig anzustellen. Dabei hat es die Regeln der Lebenserfahrung und der Wahrscheinlichkeit anzuwenden. (Leitsatz der Redaktion)

**Gründe****I.**

Die Beteiligten Ziff. 1 und 2 sind die Eltern der am 17./18.08.2007 verstorbenen XXX. Diese hatte mit ihrem Ehemann, dem Beteiligten Ziff. 3, am 15.04.1999 einen Ehe- und Erbvertrag geschlossen, in welchem sie für den Fall, dass sie vor dem Ehemann stirbt, diesen zu ihrem Alleinerben hinsichtlich ihres gesamten Vermögens einsetzte. Der überlebende Ehemann wurde jedoch nur als – befreiter – Vorerbe eingesetzt. Zum Nacherben hinsichtlich des zum Zeitpunkt des Todes des überlebenden Ehemanns übrigen Nachlasses hat die Ehefrau diejenigen Personen bestimmt, die ihre gesetzlichen Erben wären, wenn sie im Zeitpunkt des Nacherbfalles (Tod des überlebenden Ehemanns) unverheiratet gestorben wäre, unter sich beteiligt gemäß der gesetzlichen Erbfolge in diesem Zeitpunkt.

In den Nachlass der XXX fiel unter anderem der im Rubrum näher bezeichnete Grundbesitz XXX (Gebäude- und Freifläche). Am 06.03.2008 wurde im Grundbuch ein Nacherbenvermerk eingetragen. Über dieses Grundstück schloss der Beteiligte Ziff. 3 als Verkäufer mit dem Beteiligten Ziff. 4 als Käufer am 16.08.2017 einen Kaufvertrag, in dem ein Kaufpreis in Höhe von € 485.000,00 vereinbart worden ist. Auf Antrag der Kaufvertragsparteien wurde in der Folge nach schriftlicher Anhörung der Beteiligten Ziff. 1 und 2 am 13.04.2018 der Nacherbenvermerk im Grundbuch gelöscht.

Im Rahmen des Erledigungsprotokolls vom 13.04.2018 hat das Grundbuchamt – ausgeführt, begründete Zweifel an der Vollentgeltlichkeit des Kaufvertrages bestünden nicht. Selbst wenn der Beteiligte Ziff. 3 als Vorerbe bei dem Verkauf nicht den vielleicht optimal erzielbaren Verkaufspreis erzielt hätte, würde dies nur dann zu einer teilweisen Unentgeltlichkeit des abgeschlossenen Rechtsgeschäfts führen, wenn der Verkäufer dies gewusst habe oder habe wissen müssen und auch subjektiv aus Sicht beider Vertragsparteien eine Teilunentgeltlichkeit mit Begünstigungsabsicht zugunsten des Käufers gewollt gewesen sei. Nach Überzeugung des Grundbuchamts sei dieser subjektive Tatbestand für keine der beiden Vertragsparteien erfüllt.

Gegen die Löschung des Nacherbenvermerks wenden sich die Beteiligten Ziff. 1 und 2 mit ihrer Beschwerde vom 04.05.2018. Sie beantragen im Beschwerdeverfahren, im Wege der einstweiligen Anordnung die aufschiebende Wirkung gemäß § 76 GBO anzuordnen, das Grundbuchamt anzuweisen, einen Amtswiderspruch im Grundbuch einzutragen.

Zur Begründung tragen die Beteiligten Ziff. 1 und 2 vor, der Verkehrswert der in Rede stehenden Immobilie betrage mindestens € 700.000,00. Der vereinbarte Kaufpreis von € 485.000,00 bleibe erheblich hinter dem tatsächlichen Verkehrswert zurück. Das eingeholte Verkehrswertgutachten mit dem darin ermittelten Wert von € 472.000,00 sei unzutreffend.

Selbst wenn in Zusammenhang mit dem zugleich abgeschlossenen Mietvertrag angesichts des möglichen Mietzeitraums von 5 Jahren eine weitere Gegenleistung in Form einer Mietreduzierung in Höhe von insgesamt € 60.000,00 berücksichtigt werden sollte, ergäbe sich lediglich ein Kaufpreis von € 555.500,00. Es sei nicht maßgebend, ob eine Benachteiligungsabsicht des Vorerben gegenüber den Nacherben gegeben gewesen sei. Eines subjektiven Elements bedürfe es im Hinblick auf die Regelung des § 2113 BGB nicht. Die Entscheidung stehe auch nicht dem Grundbuchamt zu, wenn – wie vorliegend – Teilunentgeltlichkeit feststehe. In diesem Fall obliege es allein dem Vorerben, die Zustimmung des Nacherben zur Löschung des Nacherbenvermerks einzuholen, gegebenenfalls über eine von ihm zu erhebende Klage.

Das Grundbuchamt hat der Beschwerde nicht abgeholfen und die Akten dem Oberlandesgericht zur Entscheidung vorgelegt.

**II.**

Die mit dem Ziel der Eintragung eines Amtswiderspruchs gemäß §§ 71 Abs. 2, 53 Abs. 1 Satz 1 GBO statthafte und auch im Übrigen zulässige Beschwerde der Beteiligten Ziff. 1 und 2 hat in der Sache keinen Erfolg. Die Löschung des in Rede stehenden Nacherbenvermerks ist nicht zu beanstanden.

**1.**

Die entgeltliche Verfügung eines befreiten Vorerben über ein Nachlassgrundstück ist auch dem Nacherben gegenüber wirksam (§ 2113 BGB). Eine Zustimmung des Nacherben ist nicht erforderlich. Hat der befreite Vorerbe entgeltlich verfügt, so scheidet der Nachlassgegenstand aus dem Nachlass aus (Meikel/Böhringer, Grundbuchordnung, 11. Auflage 2015, § 51 GBO, Rdnr. 44 m.w.N.). Der Nacherbenvermerk wird nachträglich gegenstandslos, wenn der Vorerbe endgültig wirksam im Sinne von § 2113 BGB verfügt hat. Mit Grundbuchvollzug ist der Nacherbenvermerk unrichtig (Meikel/Böhringer, a.a.O., § 51 GBO, Rdnr. 184 mit Fußnote 447).

Zur Löschung eines Nacherbenvermerks ist entweder eine Bewilligung des Nacherbens (oder im Falle des § 2222 BGB des Testamentsvollstreckers) oder der Unrichtigkeitsnachweis erforderlich (vgl. Demharter, Grundbuchordnung, 30. Auflage 2016, § 51 GBO, Rdnr. 37). Der Unrichtigkeitsnachweis ist auch in diesen Fällen grundsätzlich in der Form des § 29 GBO zu führen.

Dies stößt bezüglich der Entgeltlichkeit der Verfügungen des befreiten Vorerben auf praktische Schwierigkeiten, ein rechnerisch genauer Nachweis ist in aller Regel nicht möglich.

Deshalb ist in der Rechtsprechung bereits seit langem anerkannt, dass das Grundbuchamt berechtigt und verpflichtet ist, bei der Prüfung dieser Frage die Regeln der Lebenserfahrung und der Wahrscheinlichkeit anzuwenden (Meikel/Böhringer, a.a.O., § 51 GBO, Rdnr. 156 m.w.N.). Unter Berücksichtigung der natürlichen Gegebenheiten sind die gesamten Umstände des Falles unter dem Gesichtspunkt zu prüfen, ob die Entgeltlichkeit im Sinne des § 29 Abs. 1 Satz 2 GBO offenkundig ist (OLG Rostock NotBZ 2017, 72). Die Rechtsprechung hat den allgemeinen Satz aufgestellt, dass eine entgeltliche Verfügung anzunehmen ist, wenn die dafür maßgeblichen Beweggründe im Einzelnen angegeben werden, verständlich und der Wirklichkeit gerecht werdend erscheinen und begründete Zweifel an der Pflichtmäßigkeit nicht ersichtlich sind (OLG München ZErB 2012, 45 m.w.N.). Ein allgemeiner Erfahrungssatz besagt, dass ein Kaufvertrag mit einem unbeteiligten Dritten ein entgeltlicher Vertrag und keine Schenkung ist, wenn die Gegenleistung an den Vorerben beziehungsweise Testamentsvollstrecker erbracht wird (OLG München ZErB 2012, 45 m.w.N.).

Eine Verfügung ist hingegen unentgeltlich im Sinne des § 2113 Abs. 2 BGB, wenn der Vorerbe – objektiv betrachtet – ohne gleichwertige Gegenleistung ein Opfer aus der Erbschaftsmasse bringt und – subjektiv betrachtet – weiß, dass für dieses Opfer keine gleichwertige Gegenleistung zufließt, oder er die Unzulänglichkeit der Gegenleistung hätte erkennen müssen (BayObLG DNotZ 1989, 182; OLG Frankfurt ZEV 2012, 672). Von – auch nur teilweiser – Unentgeltlichkeit kann deshalb nicht schon dann ausgegangen werden, wenn ein besserer Preis zu erzielen gewesen wäre oder wenn Leistung und Gegenleistung nicht völlig ausgeglichen sind. Es muss vielmehr zusätzlich das subjektive Element vorliegen, dass der Vorerbe bei ordnungsgemäßer Verwaltung die Unzulänglichkeit der Gegenleistung hätte erkennen müssen (BayObLG DNotZ 1989, 182; OLG Frankfurt ZEV 2012, 672; vgl. auch BGH ZEV 2012, 110). Dabei ist dem Vorerben bei der Abwägung von Leistung und Gegenleistung ein bestimmter Ermessensspielraum zuzubilligen (OLG Frankfurt ZEV 2012,

672; zum Ganzen vgl. Schaub in: Bauer/von Oefele, Grundbuchordnung, 3. Auflage 2013, § 51 GBO, Rdnr. 142 m.w.N.).

In der Rechtsprechung wurde je nach den Umständen des Einzelfalles von Entgeltlichkeit auch dann noch ausgegangen, wenn sich die Parteien auf einen Kaufpreis von 80 % des durch ein Gutachten ermittelten Verkehrswertes geeinigt haben (KG MDR 2012, 654 – allerdings mit betreuungsgerichtlicher Genehmigung).

Das Grundbuchamt muss sich bei der Prüfung der Entgeltlichkeit auf eine freie Würdigung des aus den vorgelegten Urkunden ersichtlichen Sachverhalts beschränken. Das Grundbuchamt ist weder berechtigt noch verpflichtet, Ermittlungen und Beweiserhebungen eigenhändig anzustellen (Meikel/Böhringer, a.a.O., § 51 GBO, Rdnr. 158 m.w.N.).

## 2.

Im vorliegenden Fall hat das Grundbuchamt nach Würdigung aller Umstände zu Recht eine entgeltliche Verfügung angenommen, weshalb der Nacherbenvermerk zu Recht gelöscht worden ist.

Der Beteiligte Ziff. 4 als Käufer der verfahrensgegenständlichen Immobilie ist ein unbeteiligter Dritter im Sinne der oben zitierten Rechtsprechung. Insbesondere bestehen auch keine verwandtschaftlichen Beziehungen zwischen ihm und dem Beteiligten Ziff. 3 als befreitem Vorerben und Verkäufer. Demgemäß kann im Ausgangspunkt nach der allgemeinen Lebenserfahrung davon ausgegangen werden, dass die getroffene Verfügung voll entgeltlich ist.

Das Verkehrswertgutachten der Gemeinde vom 03.05.2016 weist bezogen auf den Wertermittlungstichtag 26.04.2016 einen Verkehrswert von € 472.000,00 aus. In dem zwischen dem Beteiligten Ziff. 3 und dem Beteiligten Ziff. 4 am 16.08.2017 geschlossenen notariellen Kaufvertrag wurde ein Kaufpreis von € 485.000,00 vereinbart. Nimmt man den im notariellen Kaufvertrag unter § 5 Abs. 4 genannten Mietvertrag und einen damit für – einschließlich Optionsrecht – 5 Jahre ermöglichten Mietvorteil hinzu, so läge die Gegenleistung entsprechend höher (nach einer zwischenzeitlichen Berechnung der Beteiligten Ziff. 1 und 2 in der Größenordnung

Loslegen leicht gemacht:

**Ganz einfach zum neuen Notariatsauftritt!**

Sie kümmern sich um Ihr neues Notariat, wir um Ihren Auftritt nach außen:

**Logo, Briefbogen, Firmenanzeige, Webseite**

Prompte Beratung. Fixe Lösung. Fester Preis.

Jetzt informieren und einfach loslegen ..... [www.loslegen.jetzt](http://www.loslegen.jetzt)

Ihr direkter Draht zu unserem Ansprechpartner Alexander Menzel: 07171 9059894 | [am@loslegen.jetzt](mailto:am@loslegen.jetzt)

von € 60.000,00 bis € 78.000,00), wobei es beim befreiten Vorerben ausreichend ist, wenn die Leistung ihm zugutekommt (vgl. Schaub in: Bauer/von Oefele, a.a.O., § 51 GBO, Rdnr. 145 m.w.N.; Palandt/Bürgerliches Gesetzbuch, 7. Auflage 2018, § 2113 BGB, Rdnr. 13 m.w.N.).

Die Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit der Verfügung des Vorerben ist nach dem Zeitpunkt ihrer Vornahme zu beurteilen (Schaub in: Bauer/von Oefele, a.a.O., § 51 GBO, Rdnr. 143). Deshalb kommt es auf die von den Beteiligten Ziff. 1 und 2 thematisierte Frage, ob der Beteiligte Ziff. 3 die Mietzeit von 5 Jahren tatsächlich ausnutzt, nicht an.

Die Beteiligten Ziff. 1 und 2 widersprechen sich im Übrigen zu einem gewissen Grad selbst, wenn sie hinsichtlich der Frage eines möglichen Mietvorteils relativierend auf einen schlechten Zustand der Immobilie verweisen, gleichzeitig aber den im Wertgutachten angesichts der verbliebenen Restnutzungsdauer vorgenommenen Wertabschlag von 71% beim Sachwert als überhöht beanstanden und insoweit insbesondere auf eine – allerdings in den Achzigerjahren erfolgte und damit weit zurückliegende – Kernsanierung verweisen.

Inwieweit dem Verkehrswertgutachten in diesem und den anderen von den Beteiligten Ziff. 1 und 2 angesprochenen Punkten (insbesondere zur Ausstattung) letztlich im Einzelnen zu folgen ist oder auch eine andere Bewertung möglich ist, ist im vorliegenden Rahmen unerheblich. Denn die Beteiligten Ziff. 3 und 4 durften sich grundsätzlich – wie offenbar auch geschehen – in der Preisfindung an dem Wertgutachten des Gutachterausschusses orientieren. Dass sie von einer etwaigen unzureichenden Gegenleistung wußten oder wissen mussten, ist nicht ersichtlich.

Letzteres gilt auch für die Frage des Bodenrichtwertes. Soweit sich dieser zwischen Gutachtenerstattung und Kaufvertragsschluss erhöht hat, ergibt sich zwar beim Bodenwert – ohne Marktanpassung – eine rechnerische Differenz von € 84.690,00. Daraus lässt sich aber noch keine Teilunentgeltlichkeit der in Rede stehenden Verfügung folgern. Dem befreiten Vorerben wird wie ausgeführt ein bestimmter Ermessensspielraum zugebilligt. Der vereinbarte Kaufpreis liegt über dem vom Gutachterausschuss ermittelten Verkehrswert, hinzu kommt in Zusammenhang mit dem zugehörigen Mietvertrag der Umstand, dass die Immobilie potentiell für 5 Jahre nicht selbst genutzt werden kann, sowie ein Mietvorteil der vorgenannten Art. Es gibt im Übrigen keinerlei konkrete Hinweise darauf, dass höhere Gebote für das mit einer Maklerin vermarktete Haus zu erzielen gewesen wären, weshalb der Beteiligte Ziff. 4 trotz zwischenzeitlicher Absage zum Zuge kam. Es kann daher nicht davon ausgegangen werden, dass der Beteiligte Ziff. 3 dem Beteiligten Ziff. 4 vorliegend teilweise ein verdecktes Geschenk zukommen lassen wollte. Vielmehr verbleibt es hier letztlich bei dem Erfahrungssatz, dass bei einem zweiseitigen Rechtsgeschäft des befreiten Vorerben mit einem unbeteiligten Dritten grundsätzlich von Entgeltlichkeit ausgegangen werden kann.

*Eingesendet von der Geschäftsstelle des OLG Stuttgart*

## Kostenrecht

### **GNotKG §§ 30 Abs. 1, 32; GNotKG KV Nr. 22201**

#### **Umfang der in § 30 Abs. 1 GNotKG genannten Betreuungstätigkeiten**

OLG Köln, Beschl. v. 16.4.2018 – 2 Wx 151/18

- 1. Die in § 30 Abs. 1 GNotKG genannten Betreuungstätigkeiten umfasst auch die Treuhandgebühr nach Nr. 22201 KV GNotKG, die bei Beauftragung des Notars durch einen nicht am Beurkundungsverfahren beteiligten Dritten entsteht.**
- 2. Die nach § 30 Abs. 1 GNotKG Haftenden treten als weitere Kostenschuldner neben die Kostenschuldner nach § 15 des notariellen Vertrages und haften gemäß § 32 GNotKG als Gesamtschuldner für die Treuhandgebühr.**

## Gründe

### I.

Mit Urkunde vom 28.12.2015 hat der Beteiligte zu 3) einen Wohnkaufvertrag zwischen den Beteiligten zu 1) und 2) als Käufer und Herrn F. als Verkäufer beurkundet. In dem notariellen Kaufvertrag ist unter § 15 folgende Kostenregelung getroffen:

*„15.1 Der Käufer trägt alle mit dem Abschluss und der Durchführung dieses Vertrages zusammenhängenden Grundbuch- und Notarkosten sowie die Grunderwerbsteuer. Der Verkäufer trägt die Mehrkosten, welche seine Gläubiger sowie das Grundbuchamt für die Löschung nicht übernommener Belastungen in Rechnung stellen, sowie die Eintragungskosten für die nach dieser Urkunde zu bestellenden Dienstbarkeiten.“*

Der Beteiligte zu 3) übersandte den Beschwerdeführern die streitgegenständliche Kostenrechnung, die unter anderem eine Treuhandgebühr i.H.v. 507,50 € netto (603,92 € brutto) enthält. Auf Nachfrage hat der Beteiligte zu 3) den Beschwerdeführern mit Schreiben vom 28.04.2016 erläutert, dass die in Rechnung gestellte Treuhandgebühr dafür angefallen sei, dass er die für die Lastenfreistellung des Kaufobjektes und Durchführung der lastenfreien Eigentumsübertragung erforderliche Pfandfreigabeerklärung der D.-Bank angefordert habe. Mit der Pfandfreigabeerklärung sei ein Treuhandauftrag erteilt worden.

Die Beschwerdeführer zahlten den in Rechnung gestellten Betrag unter Vorbehalt.

Sie haben die Auffassung vertreten, die Treuhandgebühr nicht zu schulden, da der Treuhandauftrag nicht von ihnen erteilt worden sei. Vielmehr stehe der Auftrag im direkten Zusammenhang mit der Löschung nicht übernommener Belastungen. Somit handele es sich um Mehrkosten, die nach der Kostenregelung in dem notariellen Kaufvertrag vom Verkäufer zu tragen seien. Im Übrigen haben sie die Wirksamkeit der Klausel wegen Verstoßes gegen §§ 309, 310 BGB angezweifelt.



Der Beteiligte zu 3) hat demgegenüber geltend gemacht, die Überwachung des lastenfreien Eigentumsübergangs habe im Interesse der Käufer gelegen. Diese hätten zwar zutreffend darauf hingewiesen, dass der Treuhandauftrag von der abzulösenden Gläubigerin erteilt worden sei. Die Haftung der Beschwerdeführer als Auftraggeber und die des Übernahme-schuldners bestünden aber nebeneinander. Insofern sei die Inanspruchnahme der Beschwerdeführer sachgerecht, da letztendlich die Antragsteller ohnehin mit der Treuhandgebühr belastet würden.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Sachverhaltsdarstellung im angefochtenen Beschluss der Kammer Bezug genommen.

Das Landgericht hat nach Einholung einer Stellungnahme des Bezirksrevisors die Einwendungen der Beteiligten zu 1) und 2) durch Beschluss vom 24.01.2018 zurückgewiesen (Bl. 74 ff.). Dagegen richtet sich die fristgerecht eingelegte Beschwerde der Beteiligten zu 1) und 2) vom 26.02.2018 (Bl. 78 ff.), mit der die Beschwerdeführer weiter geltend machen, die Treuhandgebühr nach dem Wortlaut der im notariellen Vertrag vereinbarten Kostenregelung nicht tragen zu müssen. Darüber hinaus berufen sich erneut darauf, diese Regelung sei überraschend und intransparent.

Das Landgericht hat der Beschwerde nicht abgeholfen und die Sache dem Oberlandesgericht zur Entscheidung vorgelegt.

## II.

Die gemäß § 129 Abs. 1 GNotKG statthafte und auch im Übrigen zulässige, insbesondere in rechter Form und Frist eingelegte Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg.

Die streitbefangene Kostenrechnung begegnet keinen durchgreifenden formellen Bedenken; insoweit nimmt der Senat zunächst auf die zutreffenden Ausführungen in dem angefochtenen Beschluss sowie dem Nichtabhilfebeschluss Bezug.

Das Landgericht ist mit Recht davon ausgegangen, dass der Beteiligte zu 3) berechtigt war, auch die Treuhandgebühr i.H.v. 603,92 € brutto von den Beschwerdeführern zu verlangen.

Die Kammer hat dabei insbesondere zu Recht auf § 30 Abs. 1 GNotKG verwiesen. Danach haften die Beschwerdeführer für die Notarkosten, weil es zur Beurkundung gekommen ist und auch ihre Erklärungen beurkundet worden sind. Dabei erfassen die in § 30 Abs. 1 GNotKG genannten Betreuungstätigkeiten auch die Treuhandgebühr nach Nr. 22201 KV, die bei Beauftragung des Notars durch einen nicht am Beurkundungsverfahren beteiligten Dritten entsteht (vgl. Korintenberg/Tiedtke, GNotKG, 20. Aufl. 2017, Nr. 22201 KV Rn. 2; Wudy, NotBZ 2013, 201, 231).

Die nach § 30 Abs. 1 GNotKG Haftenden treten als weitere Kostenschuldner neben die Kostenschuldner nach § 15 des notariellen Vertrages und haften gemäß § 32 GNotKG als Gesamtschuldner (vgl. LG Dresden, Beschluss v. 22.03.2016, 2 OH 110/14). Es ist daher nicht zu beanstanden, dass der Beteiligte zu 3) die Beschwerdeführer in Anspruch nimmt, da er zwischen den Kostenschuldnern frei wählen kann. Zutreffend hat das Landgericht darauf verwiesen, dass bei der Inanspruchnahme von Gesamtschuldnern zwar die Grenze des Rechtsmissbrauchs gemäß § 242 BGB gilt. Ein Rechtsmissbrauch kann indes nur bei krassen Ausnahmefällen angenommen werden. Ein solcher krasser Ausnahmefall ist indes von den Beschwerdeführern ebenso wenig aufgezeigt worden, wie ein Fehler bei der Ermessensausübung.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 130 Abs. 3 Satz 1 GNotKG, 84 FamFG.

Es besteht kein Anlass, nach §§ 130 Abs. 3 Satz 1 GNotKG, 70 Abs. 2 FamFG die Rechtsbeschwerde zuzulassen; die Entscheidung beruht ausschließlich auf einer Würdigung der Umstände des konkreten Einzelfalls. Gegen diese Entscheidung des Senats ist damit kein Rechtsmittel gegeben.

*Eingesendet von*

*Vors. Richter OLG Werner Sternal*

## Buchbesprechungen

**Notar Dr. Thomas Diehn**

### **Notarkosten. Systematische Darstellung zum Gerichts- und Notarkostengesetz (GNotKG)**

**Verlag C.H. Beck, München**

297 Seiten, 34,90 Euro

**Das neue Werk „Notarkosten“ soll als systematische Darstellung das bisherige Buch „Notarkostenberechnungen“ des Autors ergänzen. Es versteht sich als Lehrbuch und Nachschlagewerk gleichermaßen. Die gut verständlichen Erläuterungen sind mit vielen Beispielen illustriert. Rechenwege werden dabei aber bewusst nicht in der gleichen Ausführlichkeit wie in den „Notarkostenberechnungen“ geführt, aber stets angedeutet.**

Im Kapitel „Grundlagen“ stellt der Autor fest, dass grundsätzlich keine Pflicht des Notars besteht, auf Notarkosten hinzuweisen, unter mehreren gleich sicheren Wegen den kostengünstigsten zu wählen und eine vorsätzliche Erhebung zu hoher Gebühren nach § 352 StGB strafbar sei.

Sodann wird die Kostenerhebung samt Umsatzsteuer beleuchtet und bei Entwürfen des Notars die Problemlagen erörtert. Eine wahre Fundgrube sind die Ausführungen zu Kosten zu Urkunden im Immobilienrecht, weil in diesem Rechtsgebiet alle Form der notariellen Tätigkeit anzutreffen sind: von Beurkundungen über Entwurfsfertigungen bis hin zur Unterschriftsbeglaubigung ohne Entwurf.

Auch das ganze Spektrum von Vollzugs-/Betreuungs-/XML- und Treuhandtätigkeiten wird von dem Autor beleuchtet. Auch auf besondere Situationen wird eingegangen: beim Landwirtschaftsprivileg müsse der Erwerber selbst die unmittelbare Fortführung des Betriebs beabsichtigen (Rn. 471; a. A. OLG Nürnberg MittBayNot 2017, 422 m. abl. Anm. Tiedtke); bei der nachträglichen Bildung von Sondernutzungsrechten ist fraglich, ob das Sondereigentum oder das Gemeinschaftseigentum betroffen ist, ob also überhaupt Nr. 14160 Nr. 5 KV GNotKG zur Anwendung kommt, was der Autor verneint (Rn. 531; ebenso OLG Hamburg v. 13.3.2018 – 13 W 76/17; bejahend OLG München NJW-RR 2015, 1162 = Rpfleger 2015, 601).

Über 70 Seiten werden dem Handels- und Gesellschaftsrecht gewidmet, selbst das Umwandlungsrecht einschließlich grenzüberschreitender Umwandlungen behandelt. Nicht mehr berücksichtigen konnte der Autor die Entscheidung des BGH (NJW-RR 2018, 103) zur kostenrechtlichen Behandlung der Beurkundung der Gesellschafterversammlungen zweier GmbHs in einer Niederschrift.

Für die Prüfung der Eintragungsfähigkeit nach § 15 Abs. 3 GBO bzw. § 378 Abs. 3 FamFG entstehen keine gesonderten Kosten (Rn. 1670 ff., dort auch zur Frage, wann überhaupt ein notarieller Prüfvermerk notwendig, vgl. auch OLG Celle NotBZ 2018, 63 m. Anm. Otto; Stellungnahme der Ländernotarkasse NotBZ 2017, 302 und 456).

Selbstverständlich werden auch notarielle Vorgänge im Familien- und Erbrecht dargestellt sowie auch auf Vollmachten, Zustimmungen, Verzeichnisse, Verlosungen und Eide eingegangen.

Ins Staunen kommt man, wenn man die Zusammenstellung des Autors zu diversen Bescheinigung und die Kostenfolge liest (Rn. 1710 ff.). In eigenen Kapiteln wird die Rechtslage für sonstige Gebühren und Auslagen systematisch erläutert. Bestimmte Kostenschuldner im Bereich der öffentlichen Hand werden nach § 91 GNotKG gebührenprivilegiert, wenn die Angelegenheit nicht deren wirtschaftliche Unternehmen betrifft; so ist § 91 GNotKG anwendbar für Einrichtungen des Erziehungs- und Bildungswesens (Rn. 1992, 1995; BGH NotBZ 2017, 426).

Das Werk bietet jedem, der sich systematisch, schnell und zuverlässig im Notarkostenrecht informieren will, eine gute Arbeitshilfe.

---

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

## NOTAR

---

### Markus Ettwein

Suche zum nächst möglichen Zeitpunkt einen

## Württ. Notariatsassessor/ Notar i. R./Volljuristen (m/w)

in Voll- oder Teilzeit zur eigenverantwortlichen und selbstständigen Mitarbeit.

Sie erwartet:

- eine angenehme Arbeitsatmosphäre in einem kollegialen Team
- ein attraktives Arbeitsumfeld in einem neu errichteten Notariat
- eine angemessene Bezahlung mit weiteren Leistungen
- flexible Arbeitszeiten
- eine abwechslungsreiche Tätigkeit.

Bitte richten Sie Ihre Bewerbung, die selbstverständlich vertraulich behandelt wird, an:

**Notar Markus Ettwein**

Rauher Grund 13/1  
72160 Horb a.N.  
[www.notar-ettwein.de](http://www.notar-ettwein.de)

Für Fragen oder eine erste Kontaktaufnahme:  
07451/5209750



Notarin  
**Colleen Brüssel LL.M.**

Seit dem 01.01.2018 sind wir, ein hoch motiviertes und engagiertes Notarkanzleiteam, in der Metzinger Innenstadt tätig. Zur Verstärkung suche ich eine/n engagierte/n und motivierte/n sowie verantwortungsvolle/n und teamfähige/n

## Württembergische/n Notariatsassessor/in oder Notar/in a.D. oder Volljuristin/ Volljuristen mit vergleichbare Qualifikation jeweils in Voll- oder Teilzeit

Geboten wird neben einer interessanten und abwechslungsreichen Tätigkeit in einer neu gegründeten Notarkanzlei, ein unbefristetes Arbeitsverhältnis sowie eine leistungsgerechte und angemessene Bezahlung.

Habe ich Ihr Interesse geweckt? Dann freue ich mich von Ihnen zu hören. Bitte senden Sie Ihre aussagekräftigen Bewerbungsunterlagen unter Angabe Ihrer Gehaltsvorstellung online an folgende Emailadresse: [colleen.bruessel@notarin-bruessel.de](mailto:colleen.bruessel@notarin-bruessel.de)

Sämtliche Kontaktaufnahmen und Bewerbungen werden selbstverständlich vertraulich behandelt.

Für Rückfragen stehe ich Ihnen sehr gerne, auch telefonisch, zur Verfügung.

**Notarin Colleen Brüssel, LL.M.**

Schreiberei Nr. 1  
72555 Metzingen  
Telefon: 07123 / 20 40 60  
[www.notarin-bruessel.de](http://www.notarin-bruessel.de)



**Inklusive Info-Dienst mit  
Nachweis-Dokumentation!**

# Die beste Rechtsquelle für Notare

Als Notar/in haben Sie im Rahmen Ihrer Tätigkeit Auskunftsbefugnis zu unterschiedlichen Themengebieten wie Grundstücksrecht, Erbrecht, Familienrecht oder Gesellschaftsrecht.

Mit juris nutzen Sie ein unschlagbares und rechtsverbindliches juristisches Recherchesystem, ganz aktuell und exklusiv für Baden-Württemberg als spezielles Paketangebot zu Sonderkonditionen. Die jurisAllianz bündelt die relevanten Rechtsinformationen der renommiertesten juristischen Fachverlage und verknüpft diese mit der juris Datenbank.

## Inhalte:

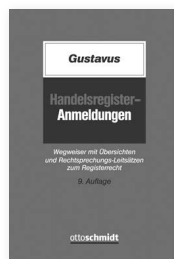
- Beurkundungsgesetz, Lerch
- Grundbuchrecht Kommentar, Keller/Munzig
- Handelsregister-Anmeldungen, Gustavus
- Leipziger Kostenspiegel, Ländernotarkasse
- NotBZ, Zeitschrift für die notarielle Beratungs- und Beurkundungspraxis
- Testamentsgestaltung, Langenfeld/Fröhler
- und viele weitere Titel sowie
- **Das komplette Landesrecht Baden-Württemberg**
- **Verkündungsblätter für Baden-Württemberg**
- **BGBI I und II**
- **Rechtsprechung, Gesetze und Literaturnachweise von juris**

## juris Info-Dienst mit Dokumentation

Mit Hilfe des Push-Verfahrens erhalten Sie überall und sofort die aktuellen Ausgaben der Verkündungsblätter sowie neue Nachrichten direkt in Ihr Postfach.

### Ihr Vorteil:

Mit nur einem Klick bestätigen Sie den Erhalt. Außerdem erhalten Sie zweimal jährlich einen Nachweis über die von Ihnen bezogenen Verkündungsblätter. So werden Sie ohne Mehraufwand Ihrer Nachweispflicht gerecht.



Jetzt gratis testen unter [www.juris.de/notar-bw](http://www.juris.de/notar-bw)

**juris®** Das Rechtsportal