

Herausgegeben im Auftrag der Bundesnotarkammer von  
RA und Notar Manfred Blank, Lüneburg,  
Notar a. D. Prof. Dr. Günter Brambring, Köln,  
Notar Christian Hertel, Weilheim i. OB

2 | 2024

Heft 2, Februar 2024  
Seite 81–160

---

## MITTEILUNGEN

### **Gesetz zur Förderung geordneter Kreditweitmärkte und zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2021/2167 über Kreditdienstleister und Kreditkäufer sowie zur Änderung weiterer finanzmarktrechtlicher Bestimmungen (Kreditweitmärkteförderungs-gesetz)**

Am 29.12.2023 ist das Gesetz zur Förderung geordneter Kreditweitmärkte und zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2021/2167 über Kreditdienstleister und Kreditkäufer sowie zur Änderung weiterer finanzmarktrechtlicher Bestimmungen (Kreditweitmärkteförderungs-gesetz) vom 22.12.2023 verkündet worden (BGBl. 2023 I Nr. 411).

Das Kreditweitmärkteförderungs-gesetz sieht Änderungen in zahlreichen Gesetzen vor. Hervorzuheben sind dabei die kurzfristig aufgenommenen Änderungen im Grunderwerbsteuer- sowie im Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz, welche die steuerliche Behandlung von Personengesellschaften nach Inkrafttreten des MoPeG zum 1.1.2024 regeln.

Im Bereich der Grunderwerbsteuer wird übergangsweise – bis zum 31.12.2026 – ein § 24 GrEStG eingeführt, nach dem rechtsfähige Personengesellschaften für Zwecke der Grunderwerbsteuer als Gesamthand und deren Vermögen als Gesamthandsvermögen gelten. Die im Bereich der Grunderwerbsteuer bislang geltenden Regelungen werden also zunächst für drei Jahre aufrechterhalten. Bis dahin wollen Bund und Länder eine rechts-sichere gesetzliche Neuregelung erarbeiten.

Im Bereich der Erbschaft- und Schenkungsteuer wird dauerhaft ein § 2a ErbStG geschaffen, nach dem die Gesamthandsfiktion für Zwecke der Erbschaft- und Schenkungsteuer ebenfalls Bestand hat und die Gesellschafter als Zuwendende oder Erwerber gelten, wenn eine rechtsfähige Personengesellschaft eine Zuwendung macht oder erhält. Das für Personengesellschaften im Bereich der Erbschaft- und Schenkungsteuer geltende Transparenz-

prinzip wird damit erstmals kodifiziert und dessen (unbefristete) Fortführung klargestellt.

Damit ergeben sich aus dem MoPeG im Bereich der Grunderwerbsteuer für den Übergangszeitraum von drei Jahren keine Änderungen, sollte nicht vorher eine andere politische Einigung gefunden werden. Im Bereich der Erbschaft- und Schenkungsteuer ist langfristig klargestellt, dass die vor dem Inkrafttreten des MoPeG geltende steuerrechtliche Transparenz von Personengesellschaften fortgilt.

## **Zweiter Prüfungstermin 2024 für die notarielle Fachprüfung**

Das Prüfungsamt für die notarielle Fachprüfung bei der Bundesnotarkammer gibt gemäß § 6 Abs. 2 S. 2 und 4 der Verordnung des Bundesministeriums der Justiz über die notarielle Fachprüfung (NotFV) bekannt:

Die schriftliche Prüfung des zweiten Prüfungstermins des Jahres 2024 wird gemäß § 11 Abs. 1 S. 1 NotFV vom 24.9.2024 (Dienstag) bis 27.9.2024 (Freitag) stattfinden.

Neben der handschriftlichen Anfertigung können die Aufsichtsarbeiten gemäß § 7b Abs. 1 S. 3 der Bundesnotarordnung (BNotO) wahlweise auch in elektronischer Form abgelegt werden. Die elektronische Form beinhaltet die Anfertigung der Aufsichtsarbeiten an einem vom Prüfungsamt bereitgestellten Computer-Notebook. Die zugelassenen Hilfsmittel entsprechen denjenigen bei der handschriftlichen Anfertigung. Ein Zugang zum Internet wird nicht bereitgestellt; die Nutzung von Online-Angeboten ist untersagt.

Wegen der begrenzten Kapazität der Computer-Arbeitsplätze wird die elektronische Durchführung der schriftlichen Prüfung nur am Prüfungsort Hamm/Westfalen angeboten. Daneben können die Aufsichtsarbeiten am Prüfungsort Hamm und an anderen Prüfungsorten wie bisher handschriftlich angefertigt werden. Sofern die Zahl der Prüflinge, die die schriftliche Prüfung in Hamm elektronisch ablegen wollen, die Zahl der zur Verfügung stehenden Computer-Arbeitsplätze übersteigt, ist für die Zuteilung das Datum des Eingangs sämtlicher gemäß § 8 Abs. 1 NotFV dem Zulassungsantrag beizufügender Unterlagen und der vollständigen Zahlung der Prüfungsgebühr maßgeblich (Prioritätsprinzip).

Für die elektronische Durchführung der notariellen Fachprüfung fällt eine erhöhte Gebühr an.

Die Antragsfrist für die Zulassung zur Prüfung endet am 16.7.2024 (Eingang des Antrags beim Prüfungsamt in schriftlicher Form).

Die Termine der mündlichen Prüfung werden nach Abschluss der Bewerbung der schriftlichen Prüfungsaufgaben festgelegt und den zugelassenen Prüflingen mitgeteilt.

Berlin, den 16.1.2024

*Carsten Wolke*, Leiter des Prüfungsamtes für die notarielle Fachprüfung bei der Bundesnotarkammer

## Vorstände der Notarkammern

Die nachstehende Notarkammer hat in ihrer Kammerversammlung ihren Präsidenten und ihren Vizepräsidenten wie folgt gewählt.

### Notarkammer Kassel

Kammerversammlung: 17.11.2023  
Präsident: RA und Notar *Dr. Dietmar Ricke*, Marburg  
Vizepräsident: RA und Notar *Jens Moldenhauer*, Kassel  
Ehrenpräsident: RA und Notar a. D. *Wolf Nottelmann*, Kassel

## Veranstaltungen des Fachinstituts für Notare

### 1. Aktuelle Probleme der notariellen Vertragsgestaltung im Immobilienrecht 2023/2024

*Zeit/Ort:* 15.3.2024, Erfurt, Kaisersaal Gastronomie- & Veranstaltungen GmbH (Nr. 035224)  
18.4.2024, Heusenstamm, DAI-Ausbildungszentrum (Nr. 035118, Online: Nr. 035119)  
19.4.2024, Stuttgart, Steigenberger Hotel Graf Zeppelin (Nr. 035120)

*Referenten:* Notar *Sebastian Herrler*, München; Notar *Christian Hertel*, Weilheim i. OB; Notar *Prof. Dr. Christian Kessler*, Düren; Vors. Richter am KG *Björn Retzlaff*, Berlin (15.3.2024); *Prof. Dr. Jan Lieder*, Universität Freiburg (18.4.2024); Notar a. D. *Dr. Andreas Bernert*, DNotI, Würzburg (19.4.2024)

*Kostenbeitrag:* 335 EUR/305 EUR für Mitglieder der Notarkammer Frankfurt a.M. (Nr. 035118)/280 EUR für Mitglieder der Notarkammer Baden-Württemberg (Nr. 035120)/250 EUR für Notarassessoren/215 EUR für Mitglieder der Notarkammern auf dem Gebiet der Ländernotarkasse (Nr. 035224)  
Mitglieder der Notarkammer Baden-Württemberg werden gebeten, sich direkt dort anzumelden.

### 2. 1x1 der notariellen Gebührenrechnung

*Zeit/Ort:* 19.4.2024, Bochum, DAI-Ausbildungszentrum (Nr. 035167, Online: Nr. 035168)

*Referent:* Notariatsleiter *Frank Tondorf*, Essen

*Kostenbeitrag:* 325 EUR/240 EUR für Notarassessoren/195 EUR für Mitglieder der Westfälischen Notarkammer/185 EUR für Mitarbeitende im Notariat

### 3. Aktuelles Steuerrecht für Notare

*Zeit/Ort:* 26.4.2024, Bochum, DAI-Ausbildungszentrum (Nr. 035163, Online: Nr. 035164)

*Referent:* Notar *Lucas Wartenburger*, München

*Kostenbeitrag:* 325 EUR/240 EUR für Notarassessoren/195 EUR für Mitglieder der Westfälischen Notarkammer

#### 4. 5. Jahresarbeitstagung für Notarfachwirte und Notarfachangestellte

- Zeit/Ort:** 2.5.–4.5.2024, Berlin, Dorint Kurfürstendamm Berlin (Nr. 034847, Online: Nr. 035110)
- Referenten:** Rechtsanwalt und Notar *Stefan Thon*, Berlin (Leitung); Notar *Dr. Sebastian Berkefeld*, Augsburg; *Prof. Roland Böttcher*, Hochschule für Wirtschaft und Recht, Berlin; Notar *Matthias Frohn*, Potsdam; Richterin am BGH *Alexandra Haberkamp*, Karlsruhe; Notar *Prof. Dr. Christopher Keim*, Ingelheim; Notar a.D. *Dr. Hans-Frieder Krauß*, München; Notar *Dr. Wolfgang Reetz*, Köln; Richter am AG Charlottenburg (Handelsregister) *Prof. Dr. Peter Ries*, Hochschule für Wirtschaft und Recht, Berlin; Rechtsanwalt und Notar *Ulf Schönenberg-Wessel*, Kiel; Notar *Dr. Markus Sikora*, München; wiss. Mitarbeiter *Marian Thon*, Bucerius-Law-School, Hamburg (mitwirkend)
- Kostenbeitrag:** 685 EUR/635 EUR für Mitglieder der Notarkammern Berlin und Brandenburg
- Anmeldung:** Deutsches Anwaltsinstitut e. V. – Fachinstitut für Notare –, Gerard-Mortier-Platz 3, 44793 Bochum, E-Mail [notare@anwaltsinstitut.de](mailto:notare@anwaltsinstitut.de), Tel. 0234/9706418, Fax 0234/703507  
Die Online-Vorträge LIVE und die Kurse bzw. Vorträge im Selbststudium sind nur über einen persönlichen DAI-Account der Teilnehmerin bzw. des Teilnehmers buchbar. Der Account kann unter dem Link [www.anwaltsinstitut.de/registrierung.html](http://www.anwaltsinstitut.de/registrierung.html) erstellt werden.
- Weitere Informationen:** Homepage [www.anwaltsinstitut.de](http://www.anwaltsinstitut.de)

### Verbraucherpreisindex für Deutschland im Dezember 2023

Nach Mitteilung des Statistischen Bundesamtes ist der Verbraucherpreisindex für Deutschland auf Basis 2020 = 100 im Dezember 2023 gegenüber Dezember 2022 um 3,7 % (auf 117,4) gestiegen. Im Vergleich zum November 2023 erhöhte sich der Index um 0,1 %.

Das Statistische Bundesamt teilt des Weiteren mit, dass der Verbraucherpreisindex für Deutschland im Jahresdurchschnitt 2023 gegenüber dem Jahr 2022 um 5,9 % gestiegen ist. Die Jahresteuerrate 2023 lag damit unter der des Vorjahres (2022: + 6,9 %).

Die vollständige Pressemitteilung des Statistischen Bundesamtes Nr. 20 vom 16.1.2024 ist veröffentlicht unter: [www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2024/01/PD24\\_020\\_611.html](http://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2024/01/PD24_020_611.html).

## AUFSATZ

Notar Prof. Dr. Stefan Hügel, Weimar

**Schuldrechtliche Verträge als Ersatz für dingliche Absicherungen\***

*Das WEG wurde am 1.12.2020 grundlegend neu strukturiert, insbesondere wurde die Rechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft stimmig in das Gesamtsystem eingepasst. Dies eröffnet für die Gestaltungspraxis neue Wege auch außerhalb des unmittelbaren wohnungseigentumsrechtlichen Bereichs.*

**I. Einleitung**

Jüngst hat *Andreas Dieckmann* über den Einsatz beschränkter persönlicher Dienstbarkeiten für Gemeinschaften der Wohnungseigentümer als Alternative zur Grunddienstbarkeit bei der Sicherung der Versorgung von Nachbargrundstücken nachgedacht und Gestaltungsvorschläge hierzu vorgestellt.<sup>1</sup> Der Vorteil einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit zugunsten der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer liegt im Wesentlichen darin begründet, dass es nur einen Berechtigten im Vergleich zu einer Vielzahl von Berechtigten bei der Bestellung von Grunddienstbarkeiten gibt und hierdurch das Handling insbesondere bei einer Änderung des Inhalts einer Dienstbarkeit deutlich erleichtert wird. Auch wenn dieser Lösungsansatz nicht komplett neu ist,<sup>2</sup> begegnete seiner praktischen Anwendung in der Vergangenheit eine gewisse Skepsis.<sup>3</sup> Das wesentliche Gegenargument bestand in der Bestimmung des § 10 Abs. 7 S. 4 WEG a.F., nach der die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer bei Vereinigung aller Wohnungseigentumsrechte in einer Hand als Verband unterging und hierdurch die für sie bestehenden Rechte kraft Gesetzes erloschen. Vor allem bei Gebäuden mit wenigen Wohnungseigentumseinheiten ist der Erwerb aller Wohnungseigentumsrechte durch einen Erwerber kein völlig unwahrscheinliches Szenario. In einem solchen Fall war die Absicherung von Versorgungs-, Entsorgungs- oder sonstigen Rechten am Nachbargrundstück durch beschränkte persönliche Dienstbarkeiten für die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer mit einem gewissen Untergangsrisiko verbunden.

---

\* Die Erstveröffentlichung dieses Beitrags erfolgte in der Festschrift für *Michael Drasdo* „WEG-Novelle 2020 – Erfahrungen und Erkenntnisse“, 2023, der Abdruck erfolgt mit freundlicher Genehmigung des Verlags C.H.BECK.

1 *Dieckmann*, BWNotZ 2022, 392.

2 Vgl. nur *Hügel*, DNotZ 2005, 753 (769 ff.); *Hügel*, DNotZ 2007, 326 (338); *Wilsch*, RNotZ 2005, 536 (539); *Rapp*, MittBayNot 2005, 449 (458).

3 So zutreffend *Dieckmann*, BWNotZ 2022, 392 (395).

Diese Rechtslage hat sich mit Inkrafttreten des WEMoG<sup>4</sup> und dem damit verbundenen Wegfall der vorgenannten Vorschrift grundsätzlich verändert. Dieser Umstand erlaubt es, insgesamt nochmals neu über die Absicherung von Versorgungseinrichtungen für Wohnungseigentumsanlagen nachzudenken und einen völlig neuen Lösungsansatz vorzustellen.

## II. Ausgangsüberlegungen

### 1. (Teil-)Rechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft

Auch wenn die (Teil-)Rechtsfähigkeit der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer bereits seit der Grundsatzentscheidung des BGH<sup>5</sup> und der nachfolgenden Reform des WEG zum 1.7.2007<sup>6</sup> grundsätzlich anerkannt war, bestand dennoch bezüglich des Umfangs der Rechtsfähigkeit eine lebhaft diskutierte Diskussion. Teilweise wurde darunter eine auf die Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums bereichsmäßig beschränkte Rechtsfähigkeit verstanden;<sup>7</sup> nur im gesamten Bereich der Verwaltung sei die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer rechtsfähig.<sup>8</sup> Hiergegen wurde mit guten Gründen angeführt, die gesetzliche Festlegung des Verbandszwecks könne nicht eine Beschränkung der Rechtsfähigkeit der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer rechtfertigen; dies käme der Anwendung der dem deutschen Recht fremden Ultra-vires-Lehre gleich.<sup>9</sup>

### 2. Umfassende Rechtsfähigkeit

Diese Diskussion hat sich mit dem durch das WEMoG eingefügten § 9a Abs. 1 WEG erledigt. Nach § 9a Abs. 1 S. 1 WEG besitzt die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer umfassende Rechtsfähigkeit. Die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer kann nach dieser Vorschrift im Rechtsverkehr sämtliche Rechte erwerben und Verpflichtungen eingehen. Aufgrund dieser umfassenden Rechtsfähigkeit kommt ihr selbststredend auch Grundbuchfähigkeit zu.<sup>10</sup> Sie kann demgemäß als Inhaberin sachenrechtlicher Berechtigungen im Grundbuch eingetragen werden, insbesondere auch Berechtigte einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit sein.<sup>11</sup> Dies gilt jedoch erst

---

4 BGBl. 2020 I 2187.

5 BGH, Beschl. v. 2.6.2005 – V ZB 32/05, DNotZ 2005, 776 = NJW 2005, 2061.

6 BGBl. 2007 I 370.

7 BGH, Ur. v. 18.3.2016 – V ZR 75/15, NZM 2016, 387 Rn. 27; BGH, Beschl. v. 2.6.2005 – V ZB 32/05, DNotZ 2005, 776 = NJW 2005, 2061; KG, Ur. v. 14.9.2018 – 21 U 63/16, ZMR 2019, 521.

8 KG, Ur. v. 14.9.2018 – 21 U 63/16, ZMR 2019, 521.

9 *Daum*, Das Rechtssubjekt Wohnungseigentümergeinschaft, 2012, S. 41; *Weber*, ZWE 2017, 68 (69); *Krampen-Lietzke*, RNotZ 2013, 575 (579); *Lehmann-Richter*, ZWE 2012, 463 (466); *Maroldt*, ZWE 2005, 361 (363).

10 Hügel/*Holzer*, GBO, 4. Aufl. 2020, GBO § 1 Rn. 47.

11 KG, Beschl. v. 29.9.2015 – 1 W 10-12/15, ZWE 2016, 23; ausf. *Dieckmann*, BWNotZ 2022, 392.

ab Beginn ihrer Rechtsfähigkeit, weil nicht rechtsfähige Personen eben keine Grundbuchfähigkeit besitzen.

### 3. Entstehen der Gemeinschaft

Das WEMoG hat in diesem Zusammenhang eine weitere Verbesserung mit sich gebracht. Für die Existenz einer Wohnungseigentümergeinschaft mussten nach alter Rechtslage grundsätzlich mindestens zwei verschiedene Eigentümer vorhanden sein,<sup>12</sup> eine Ein-Personen-Gesellschaft war aufgrund der Regelung in § 10 Abs. 7 S. 4 WEG a. F. nicht denkbar.<sup>13</sup> Maßgeblich für das Entstehen einer Mehrpersonengesellschaft war die Grundbuchschriftung einer Wohnungseigentumseinheit auf einen zweiten Eigentümer neben dem aufteilenden Eigentümer und damit ein sehr später Zeitpunkt.

Vor diesem Hintergrund votierten die Rechtsprechung und die ihr weitgehend folgende Literatur für eine vorverlagerte Anwendung des WEG,<sup>14</sup> weil bei einer rein sachenrechtlichen Betrachtung der aufteilende Eigentümer bis zur ersten Grundbuchschriftung mangels Existenz einer Gemeinschaft weiterhin Alleineigentümer der Wohnanlage war und damit die alleinige Entscheidungs- und Verwaltungskompetenz behielt. Dies war der Grund für die Entwicklung des Rechtsinstituts der sog. werdenden Wohnungseigentümergeinschaft. Voraussetzung für die Anwendung dieser Rechtsfigur war grundsätzlich das Vorhandensein eines sog. werdenden Wohnungseigentümers neben dem aufteilenden Eigentümer. Kriterium hierfür war neben einem gültigen Erwerbsvertrag eine eingetragene Vormerkung sowie das Vorhandensein einer tatsächlichen Gemeinschaft durch Inbesitznahme. Ab diesem Zeitpunkt war die Rechtsfähigkeit der (werdenden) Wohnungseigentümergeinschaft durch die Rechtsprechung anerkannt. Ergebnis war eine Vorverlagerung der wohnungseigentumsrechtlichen Vorschriften. Gleichwohl erlangte die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer erst zu einem relativ späten Zeitpunkt ihre Rechtsfähigkeit, nämlich mit der Besitzübergabe einer Wohnungseigentumseinheit an einen Erwerber und damit auch erst nach deren Bezugsfähigkeit.

Dies hatte im Hinblick auf die hier interessierende Fragestellung zur Folge, dass die Eintragung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit in das Grundbuch auch erst nach dem Entstehen einer werdenden Wohnungseigentümergeinschaft möglich war, weil erst ab diesem Zeitpunkt der Berechtigte der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit rechtlich existierte. Unabhängig von der Frage, wie dem Grundbuchamt die Existenz einer

---

12 BGH, Urt. v. 14.2.2020 – V ZR 159/19, DNotZ 2020, 842 = ZWE 2020, 267 Rn. 15; BGH, Beschl. v. 5.6.2008 – V ZB 85/07, DNotZ 2008, 930 = NJW 2008, 2639 Rn. 12; KG, Urt. v. 14.9.2018 – 21 U 63/16, ZMR 2019, 521.

13 BGH, Beschl. v. 5.6.2008 – V ZB 85/07, DNotZ 2008, 930 = NJW 2008, 2639 Rn. 12.

14 BGH, Urt. v. 14.2.2020 – V ZR 159/19, DNotZ 2020, 842 = ZWE 2020, 267; BGH, Urt. v. 11.5.2012 – V ZR 196/11, NJW 2012, 2650 Rn. 5; BGH, Beschl. v. 5.6.2008 – V ZB 85/07, DNotZ 2008, 930 = NJW 2008, 2639 Rn. 12; BGH, DNotZ 2004, 371 = NJW 2004, 1798.

„faktischen“ Gemeinschaft in der Form des § 29 GBO nachgewiesen werden konnte, führte diese Rechtslage bei der Absicherung von Versorgungseinrichtungen durch Bestellung von beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten zugunsten der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer zu erheblichen, teils unlösbaren Abwicklungsschwierigkeiten, weil die rechtliche Absicherung der Ver- und Entsorgung *de facto* erst mit dem Wohnen in der Wohnungseigentumsanlage möglich war. Im Regelfall wird aber die Absicherung solcher Rechte spätestens mit dem ersten Abverkauf einer Einheit abgeschlossen, weil Erwerber auch diesbezüglich Rechtssicherheit wünschen. Aus diesem Grund wurde eine Absicherung durch Bestellung von beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten vor Inkrafttreten des WEMoG gemieden und stattdessen die Absicherung durch Grunddienstbarkeiten gewählt.

Das WEMoG hat die Rechtsfähigkeit der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer erheblich vorverlagert. Die rechtsfähige Gemeinschaft entsteht gemäß § 9a Abs. 1 S. 2 WEG bereits mit Anlegung der Wohnungsgrundbücher. Die Anlegung der Grundbücher dient als Äquivalent für die Eintragung sonstiger Verbände im Vereins-, Handels- oder Genossenschaftsregister.<sup>15</sup> Diese zeitlich deutliche Vorverlagerung des Entstehungszeitpunkts bringt große praktische Vorteile mit sich. Bereits ab diesem Zeitpunkt kann die rechtsfähige Gemeinschaft der Wohnungseigentümer am Rechtsverkehr teilnehmen und die notwendigen Ver- und Entsorgungsverträge, aber auch Versicherungen oder Verwaltungsverträge abschließen. Die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer wird ab einem sehr frühen Zeitpunkt rechts- und handlungsfähig, damit aber auch grundbuchfähig. Hierdurch ist nun der Einsatz von beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten zugunsten der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer zur Absicherung von Versorgungseinrichtungen deutlich erleichtert, weil die Umsetzung der rechtlichen Konstruktion letztlich durch den aufteilenden Eigentümer noch allein und vor dem Abverkauf der Einheiten erfolgen kann. Die bisher gegen diese Lösung existierenden Einwände und praktischen Schwierigkeiten haben sich weitgehend erledigt. Für die Umsetzungsideen kann insoweit auf die Vorschläge von *Dieckmann* verwiesen werden.

### III. Neuer Lösungsansatz

#### 1. Allgemeines

Auch wenn der Einsatz von beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten zugunsten von Gemeinschaften der Wohnungseigentümer mit Vorteilen im Vergleich zur bisherigen Absicherung von Grunddienstbarkeiten versehen ist, weil es mit der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer letztlich nur einen Berechtigten gibt, bleiben Gestaltungsschwierigkeiten bestehen, die sich im Wesentlichen aus dem Inhalts- und Typenzwang des Sachenrechts

---

<sup>15</sup> *Skauradszun*, ZRP 2020, 34.

ergeben.<sup>16</sup> Überlegenswert erscheint es, das frühzeitige Entstehen der rechtsfähigen Gemeinschaft und den Wegfall des drohenden Untergangs bei Vereinigung aller Einheiten in einer Hand (§ 10 Abs. 7 S. 4 WEG a. F.) für eine anderweitige Gestaltung nutzbar zu machen.

## 2. Geeignete Sachverhaltskonstellationen

Nicht selten, insbesondere in Großstadtlagen, liegen mehrere Wohnungseigentumsanlagen nebeneinander. Grünflächen, Parkplätze, Spielplätze, Regenrückhaltebecken und Ähnliches mehr sollen im Rahmen eines Gesamtkonzepts von deren Bewohnern gemeinsam genutzt und verwaltet werden.

Berechtigte und Verpflichtete von Grunddienstbarkeiten sind in solchen Fällen jeweils die in Wohnungseigentum aufgeteilten Grundstücke. Oft werden solche Grundstücke durch Straßen und Wege erschlossen, die allen Wohnungseigentumsanlagen dienen und die von den Kommunen nicht in gemeindliches Eigentum übernommen werden, sondern als sog. Privatstraßen im Eigentum der Anwohner verbleiben sollen. Hier waren in der Vergangenheit regelmäßig der Erwerb solcher Zuwegungen durch alle Wohnungseigentümer in Bruchteilsberechtigung und komplizierte Regelungen nach § 1010 BGB das gestalterische Mittel.

## 3. Lösungsidee

Vergegenwärtigt man sich, dass alle Gemeinschaften nach Anlegung der jeweiligen Grundbücher rechtsfähig sind, bietet sich eine andere Herangehensweise an. Die berechtigten und verpflichteten Gemeinschaften können nach Anlegung der jeweiligen Grundbücher als rechtsfähige Gebilde ihre wechselseitige Ver- und Entsorgungssituation auch vertraglich miteinander regeln. Dieser rein schuldrechtliche Vertrag erlaubt eine weit leichtere Handhabung als eine sachenrechtliche Absicherung, weil der Inhalts- und Typenzwang des Sachenrechts keine Vorgaben für die Gestaltung der vertraglichen Regelung macht. Es gilt die schuldrechtliche Vertragsgestaltungsfreiheit, die nur durch die allgemeinen Grenzen des Rechts beschränkt wird. Schwierige Überlegungen im Hinblick darauf, ob und was als Inhalt einer Dienstbarkeit sachenrechtlich und was nur schuldrechtlich vereinbart<sup>17</sup> bzw. wie die Wärmelieferung der einen Wohnungseigentumsanlage für die Nachbaranlage durch die Eintragung einer Reallast abgesichert werden kann, entfallen. Eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit hilft insoweit jedenfalls nicht. Rangprobleme mit Finanzierungsgrundpfandrechten der einzelnen Wohnungseigentümer können ebenfalls nicht auftreten. Der Vertragsgestalter kann sich ausschließlich mit dem sinnvollen Inhalt eines solchen Vertrages beschäftigen, ohne durch das Sachenrecht limitiert zu werden.

---

16 Siehe nachfolgend unter Ziff. III 3.

17 Vgl. hierzu Forscher/*Schmidt-Räntsch*, Aktuelle Herausforderungen im Immobilienrecht, 2022, S. 111 ff.

Dies muss kein bilateraler Vertrag zweier Gemeinschaften sein, selbstredend können auch mehrere Gemeinschaften Vertragspartner sein. Kurz gesagt: Das gesamte Nachbarschaftsverhältnis mehrerer Wohnungseigentümergeinschaften kann durch einen (rein) schuldrechtlichen Vertrag sehr flexibel und für den konkreten Einzelfall passend geregelt werden. Vertragspartner sind nur die Wohnungseigentümergeinschaften, der einzelne Wohnungseigentümer ist nicht beteiligt. Seine Beteiligung besteht darin, dass er an den auf seine Gemeinschaft zukommenden Kosten entsprechend dem Verteilungsschlüssel beteiligt ist und im Gegenzug die vereinbarten Nutzungen und Gebrauchsvorteile ziehen kann.

#### 4. Gemeinsame Straßen und Wege

Auch die Gestaltung der Anliegerstraßen wird erheblich erleichtert. Denkbar ist, dass die beteiligten Gemeinschaften diese Straßen und Wege in Miteigentum erwerben. Die Unterhaltung und Erhaltung, die Benutzung und die Verkehrssicherungspflicht bezüglich dieser Straßen und Wege können wiederum durch einen Vertrag zwischen den beteiligten Wohnungseigentümergeinschaften geregelt werden. Aber auch der Erwerb der Straßenfläche nur durch eine Gemeinschaft ist möglich; die Mitbenutzung nebst entsprechender Pflichtenbeteiligung der anderen Gemeinschaften kann einem solchen Vertrag vorbehalten werden.

Möglich und wahrscheinlich sinnvoller ist die Gründung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts durch die beteiligten Gemeinschaften zum Erwerb der Anliegerstraßen und -wege, die dann Eigentümerin dieser Flächen wird. Die Vorschriften der Bruchteilsgemeinschaft (§§ 741 ff. BGB) für die Verwaltung des gemeinsamen Eigentums sind nämlich nicht ideal. Die Schwierigkeiten einer gemeinsamen Anlagenbenutzung und deren Unterhaltung werden in der Entscheidung des BGH vom 27.1.2023 überdeutlich.<sup>18</sup> Bei einer Bruchteilberechtigung besteht zudem die Gefahr, dass die Wohnungseigentümer einer Gemeinschaft die Entscheidungsbefugnis des Verwalters gemäß § 27 Abs. 2 WEG durch Beschluss einschränken oder gar ausschließen und so auch auf seine Rechtsmacht nach außen störenden Einfluss nehmen. Zudem müssen für Rechtshandlungen mit Außenwirkung, wie z. B. die Auftragsvergabe für Straßenerneuerungsarbeiten, stets alle Bruchteilseigentümer gemeinsam handeln. Da solche Arbeiten auch höhere finanzielle Belastungen mit sich bringen können, wird man solche Entscheidungen nicht immer als Verwaltungsmaßnahmen mit untergeordneter Bedeutung i. S. v. § 27 Abs. 1 Nr. 1 WEG ansehen können, sodass der Verwalter in solchen Fällen die Entscheidung der Wohnungseigentümer einholen muss. Die Rechtsfähigkeit einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts beinhaltet im Rechtsverkehr mit Dritten in jedem Fall all die Vorteile, aufgrund derer die Rechtsfähigkeit der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer ausgedacht wurde.

---

18 BGH, Urt. v. 27.1.2023 – V ZR 261/21, BeckRS 2023, 2829.

Im Gesellschaftsvertrag der GbR hingegen können der Gesellschaftszweck und die Verwaltung passend geregelt und so nicht durch gegenläufige Beschlüsse der Wohnungseigentümer torpediert werden. Auch die Vertretungsmacht für Rechtsgeschäfte mit Außenwirkung kann nach dem ab dem 1.1.2024 geltenden Recht für Gesellschaften bürgerlichen Rechts (§ 720 BGB n. F.) passend und – ggf. durch die Erteilung einer Einzelvertretungsbefugnis – unkompliziert geregelt werden. Selbstverständlich kann, wenn Straßenflächen gemeinsam erworben oder genutzt werden sollen, das gesamte Nachbarschaftsverhältnis in einem umfassenden Gesellschaftsvertrag geregelt werden.

Unabhängig davon, ob das Nachbarschaftsverhältnis über einen Gesellschaftsvertrag oder einen sonstigen schuldrechtlichen Vertrag geregelt wird, dürfte es sich empfehlen, für dieses Verhältnis Anleihen aus üblichen wohnungseigentumsrechtlichen Gestaltungen zu nehmen und so eine „Gemeinschaftsordnung“ für die beteiligten Gemeinschaften zu fixieren. Die zu regelnden Gesichtspunkte ähneln jedenfalls dem Inhalt einer normalen wohnungseigentumsrechtlichen Gemeinschaftsordnung. So kann insbesondere beim Erwerb von Straßen- und Wegeflächen daran gedacht werden, privilegierte bauliche Maßnahmen i. S. v. § 20 Abs. 2 WEG (Elektromobilität, Gebrauch durch Menschen mit Behinderung) mit zu bedenken.

## **5. Zeitpunkt des Vertragsschlusses**

Der Abschluss solcher Verträge kann unmittelbar nach Entstehen der beteiligten Gemeinschaften erfolgen. Vertreten werden diese Gemeinschaften gemäß § 9b Abs. 1 S. 1 WEG durch den jeweiligen Verwalter. Ein solches Vorgehen entspricht auch der Intention des WEG, die Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums durch die Konstruktion eines rechtsfähigen Verbandes zu erleichtern. Dieser vertritt die Wohnungseigentümer gegenüber Dritten im Rechtsverkehr. Der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer obliegt es, sämtliche Verträge mit Dritten zu schließen, soweit es dieser bei der Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums bedarf. Genau dieser Zielstellung wird der Abschluss solcher Verwaltungsverträge in diesem Stadium gerecht.

## **6. Denkbare Einwände**

Diese rein schuldrechtliche Gestaltungsidee läuft dem üblichen Sicherungsinteresse des Rechtsverkehrs zuwider, soll doch das Vertragskonstrukt für „alle Ewigkeit“ Bestand haben und von einem Eigentümerwechsel unberührt bleiben. Letzterer Gesichtspunkt wird aber durch diese Gestaltung gewahrt. Vertragspartner sind nur die betreffenden Gemeinschaften, ein Wechsel in der Eigentümerstellung eines Wohnungseigentums berührt den Vertrag nicht. Ein „Verschwinden“ des Vertragspartners wie bei natürlichen Personen ist nicht denkbar, die Situation ähnelt einem Vertragsschluss mit einer öffentlich-rechtlichen Gebietskörperschaft.

Und auch der Einwand, dass solche Verträge nur *inter partes* wirken und bei einem Wechsel des Vertragspartners vom Untergang bedroht sind, spricht nicht gegen diese Lösung. Eine Gemeinschaft der Wohnungseigentümer ist gemäß § 11 Abs. 3 WEG nicht insolvenzfähig. Ein Untergang einer Gemeinschaft durch Vereinigung aller Wohnungseigentumsrechte in einer Hand wie nach altem Recht droht nicht mehr. Sie verliert ihre Rechtsfähigkeit letztlich nur, wenn das Wohnungseigentum infolge der Aufhebung des Wohnungseigentums und Schließung der Wohnungsgrundbücher untergeht. Insbesondere bei größeren Gemeinschaften ist ein solcher Fall nur schwer vorstellbar. In jedem Fall aber haben die Wohnungseigentümer es bei einer geplanten Aufhebung des Wohnungseigentums selbst in der Hand, sich vor der Aufhebung um die Absicherung ihrer Rechte anderweitig zu kümmern. Ein unverschuldeter oder unüberlegter Untergang der Rechte ihrer Gemeinschaft aus den vertraglichen Absprachen droht in der Regel nicht, weil der Verwalter einer solchen Gemeinschaft das vertragliche Miteinander mit den benachbarten Gemeinschaften kennt und bei einem Auflösungsbegehren den Wohnungseigentümern die Situation erläutern und ein unüberlegtes Handeln der Wohnungseigentümer verhindern wird.

## 7. Vertretung beim Vertragsschluss

Die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer wird nach § 9b Abs. 1 S. 1 WEG im Rechtsverkehr durch den Verwalter vertreten. Hat die Gemeinschaft keinen Verwalter, sind die Wohnungseigentümer gemeinschaftlich zu deren Vertretung berechtigt (§ 9b Abs. 1 S. 2 WEG).

Die Gemeinschaft entsteht bei einer einseitigen Teilung gemäß § 8 WEG – und damit im Regelfall – als Ein-Personen-Gemeinschaft. Die Gesamtheit der Wohnungseigentümer wird in diesen Fällen durch den aufteilenden Eigentümer allein gebildet. Dies bedeutet, entweder wird die entstandene rechtsfähige Gemeinschaft der Wohnungseigentümer bei Vertragsschlüssen durch den Verwalter, soweit vorhanden, oder durch den aufteilenden Eigentümer als alleinigen Eigentümer vertreten. Dies ermöglicht eine äußerst unkomplizierte Verhandlungs- und Abschlusssituation für die Gemeinschaft beim Abschluss der hier interessierenden Verträge mit anderen Gemeinschaften. Nur die Verwalter bzw. der (die) aufteilende(n) Eigentümer bereiten diese Verträge vor und unterzeichnen sie. Irgendwelche Beschlüsse der Wohnungseigentümer sind nicht erforderlich bzw. zu diesem Zeitpunkt noch nicht mal möglich. Anders ausgedrückt: Kurz nach dem Entstehen der beteiligten Gemeinschaften können diese durch den jeweiligen Vertretungsberechtigten das Vertragskonvolut aushandeln, das das gesamte Zusammenspiel der Ver- und Entsorgung bzw. der Zuwegung der beteiligten Gemeinschaften regelt.

Häufig dürfte sogar der aufteilende Eigentümer für alle Wohnungseigentumsanlagen dieselbe Person sein. Dieser kennt die Grundstückssituation für alle betroffenen Grundstücke insgesamt und kann eine für alle betroffenen Gemeinschaften sinnvolle und passende Vertragslösung ausarbeiten. Handelt er als Verwalter oder als Wohnungseigentümer (§ 9b Abs. 1 WEG)

für alle Gemeinschaften gleichzeitig, gelten für ihn die Restriktionen des § 181 BGB,<sup>19</sup> d. h. er kann grundsätzlich nicht als Vertreter aller beteiligten Gemeinschaften den Vertrag allein unterzeichnen. Hier bieten sich zwei Lösungen an. Entweder bestellt der aufteilende Eigentümer für jede Gemeinschaft je einen personenverschiedenen Verwalter, der dann diesen Vertrag gegenzeichnet. Oder der aufteilende Eigentümer hält eine Eigentümerversammlung mit sich als einzigem Eigentümer ab, in der er sich durch Beschluss von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit. Eine solche Befreiung von den Restriktionen des § 181 BGB durch Beschluss der Wohnungseigentümer, nicht aber durch eine entsprechende Befreiung im Verwaltervertrag, ist anerkannt<sup>20</sup> und könnte nur im Einzelfall über die Rechtsfigur eines Rechtsmissbrauchs infrage gestellt werden. Da der aufteilende Eigentümer aber regelmäßig die Gesamtsituation aller durch ihn aufgeteilten Grundstücke im Blick haben und einer sinnvollen Lösung zuführen wollen wird, dürfte dies ein seltener Ausnahmefall sein.

#### IV. Abschließende Gesamtbewertung

Der eigentliche Vorteil dieser Gestaltungsvariante liegt, wie bereits dargestellt, in der unkomplizierten rechtlichen Handhabung. Schwierige sachenrechtliche Überlegungen entfallen. Auch kostenrechtlich birgt diese Lösung einige Vorteile in sich, weil sämtliche Grundbuchgebühren entfallen. Die Eintragung von Dienstbarkeiten und Reallasten können in bestimmten Konstellationen durchaus relevante Höhen erreichen. Änderungen solcher Nachbarschaftsverträge sind – jedenfalls formal – leicht möglich. So kann auf eine Veränderung der Ver- und/oder Entsorgungssituation unkompliziert vertraglich reagiert werden. Die Verwalter der beteiligten Wohnungseigentumsanlagen handeln notwendige Anpassungen aus und unterzeichnen den Vertragsnachtrag allein. Ob sie hierzu je einen entsprechenden Beschluss ihrer Wohnungseigentümer benötigen, hängt davon ab, ob die angedachten Veränderungen noch als Maßnahmen von untergeordneter Bedeutung i. S. v. § 27 Abs. 1 Nr. 1 WEG angesehen werden können oder nicht. Dies hängt vom jeweiligen Einzelfall ab. Besitzen die geplanten Änderungen einen größeren Umfang oder erhebliche Relevanz, benötigt der Verwalter im Innenverhältnis einen zustimmenden Beschluss der Wohnungseigentümer, anderenfalls genügt seine Entscheidung.

Denkbar wäre es in diesem Zusammenhang, die Rechte und Pflichten des Verwalters bei einem solchen Vertragsschluss durch eine Vereinbarung in der Gemeinschaftsordnung der jeweiligen Wohnungseigentumsanlage gemäß § 27 Abs. 2 WEG zu erweitern und zu präzisieren, um so spätere Beschlussfassungen der Wohnungseigentümer in Eigentümerversammlungen obsolet zu machen.

---

19 *Hügel/Elzer*, WEG, 3. Aufl. 2020, WEG § 9b Rn. 14; instruktiv hierzu BGH, Beschl. v. 17.1.2023 – II ZB 6/22, BeckRS 2023, 4620, für eine Aktiengesellschaft.

20 *Hügel/Elzer*, WEG, 3. Aufl. 2020, WEG § 9b Rn. 28.

Geegnet ist die hier dargestellte Lösungsidee zunächst für das Nachbarschaftsverhältnis mehrerer Wohnungseigentumsanlagen. Ein Einsatz im Verhältnis eines in Wohnungseigentum aufgeteilten Grundstücks zu einem in Alleineigentum stehenden Grundstück dürfte im Regelfall hingegen ausscheiden. Gleichwohl bietet diese Variante ein weiteres Gestaltungsmittel, um in passenden Fällen der komplizierten Gestaltung mit Grunddienstbarkeiten zu entgehen.

## RECHTSPRECHUNG

### I. Allgemeines

*BGB §§ 168, 672; BeurkG § 17 Abs. 1 S. 1* (Auslegung einer Vollmacht im Hinblick auf die Geltung über den Tod des Vollmachtgebers hinaus)

**Für die Frage der Fortdauer einer Vollmacht über den Tod des Vollmachtgebers hinaus, ist gemäß § 168 BGB das der Vollmachtzerteilung zugrunde liegende Rechtsverhältnis zu beachten. Im Fall nachgewiesener Geschäftsbesorgung gilt die Auslegungsregel des § 672 BGB, sodass im Grundsatz vom Fortbestand auszugehen ist, wenn nicht die konkrete Vertragsauslegung ergibt, dass die Besorgung des Geschäfts nur für den noch lebenden Auftraggeber bedeutsam ist. (Tz. 14)\***

*OLG Karlsruhe, Beschl. v. 17.8.2023 – 19 W 60/23 (Wx)*

#### Gründe:

I.

[1] Die Beteiligten wenden sich gegen eine Zwischenverfügung, durch die der Vollzug von Grundbuchanträgen von der Vorlage von Erbnachweisen und einer Bewilligung des oder der Erben abhängig gemacht wird; die Beteiligten halten dies wegen einer nach ihrer Auffassung als transmortal aufzufassenden Vollmacht nicht für erforderlich.

[2] Die Beteiligte zu 2 und ihr verstorbener Ehemann – der Beteiligte zu 1 – sind je zur Hälfte als Eigentümer des im Rubrum näher bezeichneten Grundbesitzes eingetragen.

[3] Mit einer als „Vorsorgevollmacht“ überschriebenen, notariell unterschrittsbeglaubigten Erklärung vom 3. Dezember 2012 stellten sich die Beteiligten zu 1 und 2 gegenseitig eine Generalvollmacht aus, die sowohl Vermögensgeschäfte als auch die Gesundheitsvorsorge umfasste. Unter § 2 sind beispielhafte Vermögensgeschäfte und unter § 5 einzelne Angelegenheiten der gesundheitlichen Vorsorge aufgelistet. In § 7 der Vollmacht ist unter der Überschrift „Vorrang vor der Betreuung“ folgende Regelung getroffen:

„Die jeweilige Vollmacht bleibt auch im Falle der Geschäftsunfähigkeit eines Vollmachtgebers gültig. Der jeweilige Vertreter unterliegt nicht den gesetzlichen Beschränkungen eines Betreuers. Wird für Rechtsgeschäfte, für die ein Vertreter keine Vollmacht hat, ein Betreuer bestellt, so bleibt die Vollmacht im Übrigen bestehen.“

[4] Weiter enthält die Vollmacht in § 9 Satz 2 folgende Erklärung:

„Ferner hat mich der Notar darauf hingewiesen, dass diese Vollmacht über den Tod hinaus wirkt, jederzeit widerruflich ist und dass bei Widerruf darauf zu achten ist, dass sämtliche Ausfertigungen der Vollmacht vom Bevollmächtigten herausgegeben werden.“

---

\* Leitsatz der Schriftleitung.

[5] Mit notariellem Kaufvertrag vom 29. März 2023 verpflichtete sich die Beteiligte zu 2 sowohl im eigenen Namen als auch als Bevollmächtigte des verstorbenen Beteiligten zu 1, ihr Eigentum am im Rubrum näher bezeichneten Grundstück an die Beteiligten zu 3 und 4 zu übertragen. Die Beteiligte zu 2 bewilligte die Eintragung einer Auflassungsvormerkung. In einer am gleichen Tag errichteten Urkunde wurde eine Grundschuld zugunsten der Sparkasse K. bestellt.

[6] Der Urkundsnotar beantragte am 3. April 2023 die Eintragung einer Auflassungsvormerkung und der Grundschuld.

[7] Durch Zwischenverfügung vom 3. Juli 2023 hat das Grundbuchamt den Vollzug von der Vorlage eines Erbnachweises auf Ableben des Beteiligten zu 1 nebst entsprechendem formlosen Berichtigungsantrag eines Erben sowie der Genehmigung der durch die Beteiligte zu 2 errichteten Urkunde durch die Erben in öffentlich beglaubigter Form abhängig gemacht. (...)

II.

(...)

B.

[12] (...) Die von [der Beteiligten zu 2] vorgelegte Vorsorgevollmacht ist entgegen der Auffassung des Grundbuchamts dahin auszulegen, dass sie die Beteiligte zu 2 zu Rechtsgeschäften auch über den Tod hinaus bevollmächtigte.

[13] 1. Das Beschwerdegericht hat – wie auch das Grundbuchamt – die Wirksamkeit einer Vollmacht und deren Umfang selbständig zu prüfen, auch wenn der Notar die Vollmacht für ausreichend erachtet hat. Ist die Vollmacht ihrem Inhalt nach nicht eindeutig, ist sie nach den allgemeinen Regeln für Grundbucherklärungen auszulegen. Führt dies zu keinem eindeutigen Ergebnis, so gilt der Grundsatz, dass der geringere Umfang der Vollmacht anzunehmen ist, wenn sich der größere nicht nachweisen lässt (OLG München ZEV 2014, 615<sup>1</sup> m. w. N.).

[14] 2. Was die Fortdauer der Vollmacht über den Tod des Vollmachtgebers hinaus angeht, ist gemäß § 168 BGB das der Vollmachtserteilung zugrunde liegende Rechtsverhältnis zu beachten. Im Fall nachgewiesener Geschäftsbesorgung gilt die Auslegungsregel des § 672 BGB, so dass im Grundsatz vom Fortbestand auszugehen ist, wenn nicht die konkrete Vertragsauslegung ergibt, dass die Besorgung des Geschäfts nur für den noch lebenden Auftraggeber bedeutsam ist. Ist dies der Fall, muss das Grundbuchamt neben dem Erbnachweis gemäß § 35 GBO auch die Bewilligung der Erben für das Geschäft nach § 19 GBO verlangen (OLG München a. a. O.<sup>2</sup>, m. w. N.).

[15] a) Rechtsprechung und Schrifttum haben für die Beurteilung der Frage, ob von einer über den Tod hinausgehenden Vollmacht auszugehen ist, Auslegungsregeln aufgestellt. Diese lassen sich dahin zusammenfassen, dass je mehr der Auftragsgegenstand auf die Person und die persönlichen Verhältnisse und nicht nur auf das Vermögen des Auftraggebers ausgerichtet ist, desto eher das Erlöschen des Auftrags mit dem Tode des Auftraggebers anzunehmen ist (vgl. etwa OLG Hamm, Beschluss vom

---

1 DNotZ 2014, 677.

2 DNotZ 2014, 677.

17. September 2002 – 15 W 338/02<sup>3</sup> –, juris-Rn. 13; OLG München ZEV 2014, 615<sup>4</sup>; MüKoBGB/Schubert, 9. Aufl. 2021, BGB § 168 Rn. 43). Für Vorsorgevollmachten wird zum Teil als Leitlinie genannt, dass diese „in der Regel“ mit dem Tod des Vollmachtgebers erlöschen (MüKoBGB/Schubert, 9. Aufl. 2021, BGB § 168 Rn. 44; Staudinger/Schilken [2019] BGB § 168 Rn. 26; Weinland in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 168 BGB Rn. 11; kritisch Zimmer ZEV 2014, 617).

[16] b) Legt man diese Grundsätze zugrunde, ist im vorliegenden Einzelfall von einem Fortbestand der Vollmacht über den Tod des Beteiligten zu 1 hinaus auszugehen, ohne dass es der abschließenden Klärung bedarf, ob bei Vorsorgevollmachten ein Regel-Ausnahme-Verhältnis zugunsten des Erlöschens gemäß der überwiegend vertretenen Auffassung besteht.

[17] aa) Allerdings streitet für die Auffassung des Grundbuchamts, dass die Vollmacht mit der Überschrift „Vorsorgevollmacht“ versehen worden ist und in ihr (auch) höchstpersönliche Angelegenheiten der beiden Vollmachtgeber angesprochen sind, namentlich die Gesundheitsvorsorge. Ferner spricht für dessen Beurteilung, dass die Vollmacht – wie die in § 7 getroffene Regelung zeigt – ersichtlich auch dazu diene, die Einrichtung einer gesetzlichen Betreuung für einen der Vollmachtgeber zu vermeiden; insoweit liegt ein der Entscheidung des Oberlandesgerichts Hamm (a. a. O.<sup>5</sup>) vergleichbarer Sachverhalt vor. Den Schwerpunkt der Vollmachtserteilung bildet jedoch – wie schon die ausführliche und an den Beginn der Vollmacht gestellte beispielhafte Aufzählung in § 2 der Vollmacht zeigt – die Bevollmächtigung für Vermögensgeschäfte. Es kommt hinzu, dass die Befugnis, von der Vollmacht Gebrauch zu machen, nach ihrem Wortlaut weder im Außen- noch im Innenverhältnis von bestimmten Voraussetzungen abhängig gemacht worden ist, insbesondere nicht davon, dass eine Unfähigkeit des Vollmachtgebers medizinisch festgestellt wird, seine eigenen Angelegenheiten zu besorgen. Die in § 7 der Vollmacht vorgenommene Klarstellung, dass die Vollmacht „auch im Falle der Geschäftsunfähigkeit“ gültig bleiben solle, zeigt vielmehr, dass die Beteiligten zu 1 und 2 gerade nicht (nur) für den Fall der Geschäftsunfähigkeit eine Regelung treffen wollten.

[18] bb) Bei der Auslegung kann zudem nicht außer Betracht bleiben, dass § 9 der Vollmacht den Hinweis der Vollmachtgeber enthält, dass ihnen der Bestand der Vollmacht über den Tod hinaus verdeutlicht worden sei. Zwar ist dem Grundbuchamt darin zuzustimmen, dass damit keine ausdrückliche Erteilung einer transmortalen Vollmacht zu sehen ist. Eine solche ist aber – wenn sie auch empfehlenswert sein mag (BeckOGK/Huber, 1.11.2021, BGB § 168 Rn. 73.1; Dietz in: Beck'sches Notarhandbuch, 7. Auflage 2019, § 17 Rn. 357) – auch nicht erforderlich. Der Hinweis ist ein bei

---

3 DNotZ 2003, 120.

4 DNotZ 2014, 677.

5 DNotZ 2003, 120.

der Auslegung zu beachtendes – deutlich für eine transmortale Vollmacht sprechendes – Indiz.

[19] (1) Hätten die Beteiligten zu 1 und 2 nicht gewollt, dass die wechselseitig erteilten Vollmachten auch über den Tod der anderen Partei hinaus gelten, wäre zu erwarten gewesen, dass sie diesen Hinweis im Rahmen der Prüfung eines ihnen vorgelegten Vollmachtsentwurfs ansprechen; dies hätte dann – falls der Hinweis versehentlich etwa auf der Grundlage eines Musters aufgenommen worden ist – zu einer Korrektur des Entwurfs geführt. Die für den Hinweis gewählte Formulierung ist auch nicht so gestaltet, dass für ihr Verständnis besondere Rechtskenntnisse erforderlich waren, die von den Urkundsbeteiligten nicht ohne weiteres erwartet werden konnten.

[20] (2) Das Grundbuchamt weist zu Recht darauf hin, dass weitere in § 9 der Vollmacht verwendete Formulierungen die Annahme stützen könnten, dass ohne hinreichende redaktionelle Prüfung ein Vollmachtsmuster verwendet worden ist; so werden bei Unterschriftsbeglaubigungen keine „Ausfertigungen“ erteilt; auch ist eine auf den Inhalt bezogene Belehrung durch den Notar nicht vorgesehen (vgl. die eingeschränkten Prüfungsbefugnisse bei Unterschriftsbeglaubigungen, § 40 Absatz 2 BeurkG). Dabei handelt es sich aber – anders als bei dem unter (1) besprochenen Umstand – um Unterschiede zwischen beurkundeten und unterschriftsbeglaubigten Erklärungen, die einem juristischen Laien nicht ohne weiteres bewusst sein werden.

[21] cc) Soweit das Grundbuchamt mit dem Nichtabhilfebeschluss darauf hinweist, dass notarielle Urkunden nicht auslegungsbedürftig seien, sondern den Willen der Beteiligten „ohne Weiteres klar zum Ausdruck bringen“ sollten, rechtfertigt dies keine andere Beurteilung. Im Streitfall liegt keine beurkundete, sondern (lediglich) eine unterschriftsbeglaubigte Vollmacht vor. Auch wenn man die notarielle Pflicht zur klaren und eindeutigen Wiedergabe der Erklärungen (§ 17 Absatz 1 Satz 1 BeurkG) auf einen vom Notar gefertigten Entwurf zur Unterschriftsbeglaubigung vorgesehener Urkunden überträgt, ändert dies nichts daran, dass auch formbedürftige Erklärungen der Auslegung zugänglich sind (vgl. etwa BeckOGK/Möslein, 1.10.2020, BGB § 133 Rn. 82 ff.).

[22] dd) Auch die vom Grundbuchamt geäußerten Zweifel daran, dass der Bevollmächtigung ein über den Tod hinaus fortdauerndes Rechtsverhältnis zugrunde liegt, führen zu keinem anderen Ergebnis. Für die Annahme, dass die Parteien ein – im Umfang mit der Vollmacht identisches – Grundverhältnis zugrunde gelegt haben, spricht der Umstand, dass sie sich in § 10 der Vollmacht veranlasst gesehen haben, eine Vergütungspflicht auszuschließen; das wäre bei einer isolierten Vollmacht nicht erforderlich gewesen. (...)

## II. Liegenschaftsrecht

**Nr. 1** WEG § 12 Abs. 1; GKG § 48 Abs. 1 (Passivlegitimation bei der Klage auf Zustimmung zur Veräußerung von Wohnungseigentum nach Inkrafttreten des WEMoG)

**1. Sieht die Gemeinschaftsordnung vor, dass ein Wohnungseigentümer zur Veräußerung seines Wohnungseigentums der Zustimmung des Verwalters bedarf, ist seit dem Inkrafttreten des Wohnungseigentumsmodernisierungsgesetzes am 1.12.2020 eine Klage auf Zustimmung stets gegen die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer zu richten.**

**2. Dies gilt auch dann, wenn die Vereinbarung vor diesem Datum getroffen wurde.**

*BGH, Urt. v. 21.7.2023 – V ZR 90/22 (m. Anm. Forscher)*

### Tatbestand:

[1] Die Klägerin ist Mitglied einer Gemeinschaft der Wohnungseigentümer (GdWE), deren Verwalterin die Beklagte ist. Nach § 7 Ziff. 3 lit. b) der Teilungserklärung vom 26. Februar 1985 bedarf die Veräußerung des Wohnungseigentums der Zustimmung des Verwalters. Mit Vertrag vom 29. Oktober 2020 veräußerte die Klägerin ihr Teileigentum zu einem Kaufpreis von 240.000 € an eine Erwerberin. Die Klägerin bat um Zustimmung zu der Veräußerung, die die Beklagte verweigerte. (...)

### Entscheidungsgründe:

(...)

II.

[3] (...) Das Berufungsgericht geht ohne Rechtsfehler davon aus, dass die Beklagte für den von der Klägerin geltend gemachten Zustimmungsanspruch nicht passivlegitimiert ist.

[4] 1. Für die rechtliche Beurteilung des Streitfalls sind die Vorschriften des Wohnungseigentumsgesetzes in der seit dem 1. Dezember 2020 geltenden Fassung maßgeblich (...). Dem steht nicht entgegen, dass der Kaufvertrag, der Gegenstand des Zustimmungsverlangens der Klägerin ist, bereits am 29. Oktober 2020 und damit vor Inkrafttreten des Wohnungseigentumsmodernisierungsgesetzes geschlossen wurde. Das seither geltende materielle Recht findet mangels Übergangsvorschriften grundsätzlich auch auf sog. Altfälle Anwendung.

[5] 2. Gemäß § 12 Abs. 1 WEG kann als Inhalt des Sondereigentums vereinbart werden, dass ein Wohnungseigentümer zur Veräußerung seines Wohnungseigentums der Zustimmung anderer Wohnungseigentümer oder eines Dritten bedarf. Der Wortlaut der Norm ist seit 1951 nicht verändert worden. Eine solche Vereinbarung findet sich hier in § 7 Ziff. 3 lit. b) der Teilungserklärung, in der die Veräußerung des Wohnungseigentums von der Zustimmung des Verwalters abhängig gemacht wird. Hieraus folgt jedoch nicht, dass die Verwalterin der GdWE die richtige Beklagte ist. Sieht die Gemeinschaftsordnung vor, dass ein Wohnungseigentümer zur Veräußerung seines Wohnungseigentums der Zustimmung des Verwalters bedarf, ist seit

dem Inkrafttreten des Wohnungseigentumsmodernisierungsgesetzes am 1. Dezember 2020 eine Klage auf Zustimmung stets gegen die GdWE zu richten. Dies gilt auch dann, wenn die Vereinbarung – wie hier – vor diesem Datum getroffen wurde.

[6] a) Macht die Teilungserklärung eine Veräußerung von Wohnungseigentum von der Zustimmung des Verwalters abhängig, so war unter der Geltung des bisherigen Rechts nach der ständigen Rechtsprechung des Senats zu differenzieren. Grundsätzlich war die Klage gegen den Verwalter zu richten, der in aller Regel bei der Entscheidung über die Zustimmung zur Veräußerung als Treuhänder und mittelbarer Stellvertreter der Wohnungseigentümer tätig wurde und hierbei kein eigenes – nur von ihm wahrnehmbares – Recht wahrnahm (vgl. Senat, Urteil vom 13. Mai 2011 – V ZR 166/10, ZWE 2011, 321, 322; Urteil vom 18. Oktober 2019 – V ZR 188/18, NJW-RR 2020, 393 Rn. 6). Hatten allerdings die Wohnungseigentümer die Entscheidung über die an sich von dem Verwalter zu erteilende Zustimmung zur Veräußerung von Wohnungseigentum an sich gezogen und beschlossen, sie zu verweigern, waren sie und nicht der Verwalter für die Klage auf Erteilung der Zustimmung passivlegitimiert (vgl. Senat, Urteil vom 13. Mai 2011 – V ZR 166/10, ZWE 2011, 321, 322). Ein solches Ansichziehen sollte nur dann ausscheiden, wenn die Teilungserklärung ausnahmsweise dem Verwalter die Erteilung der Zustimmung eindeutig als eigenes – nur von ihm wahrnehmbares – Recht zuwies (Senat, Urteil vom 13. Mai 2011 – V ZR 166/10, aaO).

[7] b) An dieser Beurteilung kann unter der Geltung des Wohnungseigentumsmodernisierungsgesetzes nicht mehr festgehalten werden. Wird in der Teilungserklärung die Veräußerung von der Zustimmung des Verwalters abhängig gemacht, wird dieser insoweit lediglich als Organ der GdWE angesprochen; ein eigenes Zustimmungsrecht steht ihm nicht – auch nicht als Treuhänder – zu.

[8] aa) Die Frage wird allerdings in Rechtsprechung und Literatur nicht einheitlich beantwortet. Zum Teil wird die Auffassung vertreten, dass auch unter der Geltung des neuen Rechts der Verwalter selbst auf Zustimmung in Anspruch genommen werden müsse, es sei denn, die Eigentümerversammlung habe die Zustimmung abgelehnt oder der Verwalter verweigere die von der Eigentümerversammlung erteilte Zustimmung (vgl. AG Heidelberg, ZWE 2021, 269 Rn. 15; Hügel/Elzer, WEG, 3. Aufl., § 12 Rn. 71; BeckFormB WEG/Rüscher, J. V. 1. Anm. 2; BeckFormB WEG/B. Müller, L. IV. 3 Anm. 6). Verwiesen wird insoweit auf den Wortlaut des § 12 WEG. Der zustimmungsverpflichtete Verwalter sei wie ein sonstiger Dritter oder ein Wohnungseigentümer selbst Anspruchsgegner. Nach der Gegenauffassung ist die Klage unter der Geltung des neuen Rechts grundsätzlich gegen die GdWE zu richten, da der Verwalter die Zustimmung nicht in eigenem, sondern im Namen der GdWE zu erteilen habe; er handele als Organ der GdWE, die gemäß § 18 Abs. 1 WEG zur Verwaltung berufen sei (vgl. Bärmann/Suilmann, WEG, 15. Aufl., § 12 Rn. 54 f., Rn. 28 ff.; BeckOK WEG/Hogenschurz [3.7.2023], § 12 Rn. 72; ders., ZWE 2023, 73, 74; BeckOGK/Skauradzun [1.6.2023], § 12 WEG Rn. 42; Grüneberg/Wicke, BGB, 82. Aufl., § 12 WEG Rn. 13; jurisPK-BGB/Lafontaine, 10. Aufl.,

§ 12 WEG Rn. 29; Forschner, ZWE 2022, 193, 198 f.; unentschieden BeckOK BGB/Hügel [1.5.2023], § 12 WEG Rn. 7). Innerhalb dieser Auffassung wird teilweise die Ansicht vertreten, ausnahmsweise sei dann gegen den Verwalter Klage zu erheben, wenn dieser wie ein außenstehender Dritter kraft eigener Kompetenz handle bzw. die Gemeinschaftsordnung dem Verwalter persönlich die Erteilung der Zustimmung als eigenes Recht zuweise (vgl. Jennißen/Grziwotz, WEG, 7. Aufl., § 12 Rn. 31; jurisPK-BGB/Lafontaine, 10. Aufl., § 12 WEG Rn. 97; so wohl auch Forschner, ZWE 2022, 193, 199: grundsätzlich denkbar).

[9] bb) Richtig ist, dass die Klage stets gegen die GdWE zu richten ist, wenn die Gemeinschaftsordnung die Zustimmung des Verwalters vorsieht.

[10] (1) Allerdings wird in dem Wortlaut des § 12 Abs. 1 WEG die GdWE als Zustimmungsberechtigte nicht (ausdrücklich) erwähnt. Auf der anderen Seite schließt es der Wortlaut aber auch nicht aus, die GdWE als „Dritte“ im Sinne der Vorschrift anzusehen (vgl. Hogenschurz, ZWE 2021, 271, 272; Forschner, ZWE 2022, 193, 199).

[11] (2) Entscheidend für die Passivlegitimation der GdWE spricht, dass der Gesetzgeber die Aufgaben und Befugnisse des Verwalters und das Verhältnis des Verwalters zu der GdWE zum 1. Dezember 2020 grundlegend neu ausgestaltet hat. Die Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums obliegt nunmehr sowohl im Außenverhältnis als auch im Innenverhältnis ausschließlich der GdWE (§ 18 Abs. 1 WEG). Diese erfüllt die ihr zugewiesenen Aufgaben durch ihre Organe; internes Organ für die Ausführung ist der Verwalter, der die Entscheidungen umsetzt und dabei durch den Verwaltungsbeirat unterstützt wird (vgl. BT-Drucks. 19/18791 S. 58; Senat, Urteil vom 16. Dezember 2022 – V ZR 263/21, NJW-RR 2023, 226 Rn. 26). Dies gilt auch dann, wenn sich eine Vorschrift ihrem Wortlaut nach an ein konkretes Organ richtet; damit wird lediglich das für die Erfüllung dieser Aufgabe zuständige Organ bestimmt. Daher ist beispielsweise die Pflicht, eine Versammlung einzuberufen, in erster Linie eine Pflicht der GdWE; § 24 Abs. 1 WEG weist die Erfüllung dieser Pflicht lediglich im Rahmen der internen Zuständigkeitsverteilung zwischen den Organen dem Verwalter zu (vgl. BT-Drucks. 19/18791 S. 58).

[12] (3) Dieser Paradigmenwechsel kann nicht ohne Auswirkungen auf die Auslegung einer Bestimmung in der Teilungserklärung bleiben, wonach der Verwalter einer Veräußerung zustimmen muss. Die Teilungserklärung und die in ihr regelmäßig enthaltene Gemeinschaftsordnung mit entsprechenden Vereinbarungen, zu der auch eine Zustimmungspflicht gehört, stellen Grundbucheintragungen dar. Maßgebend sind ihr Wortlaut und Sinn, wie er sich aus unbefangener Sicht als nächstliegende Bedeutung der Eintragung ergibt, weil sie auch die Sonderrechtsnachfolger der Wohnungseigentümer bindet. Umstände außerhalb der Eintragung dürfen nur herangezogen werden, wenn sie nach den besonderen Verhältnissen des Einzelfalls für jedermann ohne weiteres erkennbar sind (st. Rspr. vgl. Senat, Urteil vom 22. März 2019 – V ZR 145/18, ZWE 2019, 322 Rn. 7 mwN). Nächstliegender Auslegung entspricht es, den in der Teilungserklärung aufgeführten Verwalter nicht als beliebigen „Dritten“ i. S. d. § 12 Abs. 1 WEG zu

verstehen, sondern als Organ der GdWE. Bei der Organstellung des Verwalters handelt es sich nämlich um einen für jeden ohne weiteres erkennbaren Umstand, weil er sich aus dem Gesetz ergibt. In dieser Eigenschaft wird er nicht nur im Gesetz selbst angesprochen (vgl. etwa § 24 Abs. 1 WEG), sondern auch in der Teilungserklärung. Im Zusammenhang mit § 12 Abs. 1 WEG sind entsprechende Regelungen deshalb dahingehend auszulegen, dass sich der Zustimmungsanspruch gegen die GdWE richtet, diese also passivlegitimiert ist. Da sie selbst nicht handlungsfähig ist, wird die Zustimmungserklärung durch den Verwalter als dem hierfür zuständigen Organ abgegeben. Auch wenn es zweckmäßig ist, in der Teilungserklärung juristisch präzise die GdWE, vertreten durch den Verwalter, als zustimmungsbefugt zu bezeichnen, ist es unschädlich, wenn – in abgekürzter Ausdrucksweise – der Verwalter aufgeführt ist, weil seine Funktion als Organ der GdWE ohne weiteres erkennbar ist.

[13] (4) Daran gemessen ist bei der Vereinbarung eines Zustimmungsvorbehalts „durch den Verwalter“ die Klage auf Zustimmung stets gegen die GdWE zu richten. Dies gilt entgegen der von der Revision und Teilen der Literatur (vgl. oben Rn. 8) vertretenen Auffassung auch dann, wenn die Teilungserklärung ausnahmsweise dem Verwalter die Erteilung der Zustimmung eindeutig als eigenes – nur von ihm wahrnehmbares – Recht zuweisen sollte. Hierfür kann dahinstehen, unter welchen Voraussetzungen dies überhaupt der Fall sein kann; praktische Beispiele gibt es hierfür nicht (vgl. Forschner, ZWE 2022, 193, 199). Jedenfalls führte eine entsprechende Regelung lediglich dazu, dass die Wohnungseigentümer die Entscheidung über die Zustimmung zur Veräußerung nicht an sich ziehen und selbst treffen können (vgl. Senat, Urteil vom 13. Mai 2011 – V ZR 166/10, ZWE 2011, 321, 322). Auch in einem solchen Fall wird der Verwalter aber nicht, wie die Revision meint, als außenstehender Dritter, sondern im Interesse der übrigen Wohnungseigentümer tätig (vgl. Senat, Urteil vom 18. Oktober 2019 – V ZR 188/18, NJW-RR 2020, 393 Rn. 6). Unter der Geltung des neuen Rechts handelt er deshalb auch in diesem Fall als Organ der GdWE, die im Falle der Verweigerung der Zustimmung zu verklagen ist.

[14] c) Diese Grundsätze gelten auch dann, wenn die Teilungserklärung mit einem vorgesehenen Zustimmungsvorbehalt des Verwalters noch – wie hier – aus der Zeit vor dem 1. Dezember 2020 stammt.

[15] aa) Da bei der Auslegung der Teilungserklärung subjektive Vorstellungen nicht von Bedeutung sind, sondern allein eine objektive Sicht maßgebend ist, kann sich der Inhalt der Teilungserklärung im Laufe der Zeit ändern, wenn in der Erklärung verwendete Begriffe einen Bedeutungswandel erfahren haben (vgl. hierzu auch Bärman/Suilmann, WEG, 15. Aufl., § 10 Rn. 76, § 12 Rn. 28). In diesem Sinne hält der Senat eine ergänzende Auslegung der Teilungserklärung in den Fällen für möglich, in denen eine Lücke durch eine Änderung der rechtlichen Verhältnisse entsteht (vgl. Senat, Urteil vom 13. Dezember 2019 – V ZR 203/18, NJW 2020, 1354 Rn. 17 zu der Berücksichtigung von § 22 Abs. 1a BImSchG bei der Auslegung von vor dem Inkrafttreten der Norm errichteten Teilungserklärungen). Nicht anders liegt es, wenn die Teilungserklärung zu einem Zeitpunkt

errichtet worden ist, in dem dem Verwalter bei der Erteilung einer Zustimmung zur Veräußerung die Rolle als Treuhänder zukam, während er nach dem aktuellen Recht die Stellung als Organ der GdWE innehat. Es ist deshalb nächstliegend, ab der Geltung des neuen Rechts nicht (mehr) ihn als zustimmungsberechtigt anzusehen, sondern die GdWE, die durch den Verwalter handelt.

[16] bb) Dieses Ergebnis wird bestätigt durch § 47 WEG, der einen Anwendungsfall der ergänzenden Vertragsauslegung von Vereinbarungen darstellt, so dass die allgemeinen Grundsätze der Auslegung von Grundbucheklärungen gelten (vgl. Bärmann/Göbel, WEG, 15. Aufl., § 47 Rn. 4). Nach Satz 1 der Vorschrift stehen Vereinbarungen, die vor dem 1. Dezember 2020 getroffen wurden und die von solchen Vorschriften dieses Gesetzes abweichen, die durch das Wohnungseigentumsmodernisierungsgesetz vom 16. Oktober 2020 geändert wurden, der Anwendung dieser Vorschriften in der vom 1. Dezember 2020 an geltenden Fassung nicht entgegen, soweit sich aus der Vereinbarung nicht ein anderer Wille ergibt. Ein solcher Wille ist in der Regel nicht anzunehmen (§ 47 Satz 2 WEG). Auch wenn § 47 WEG im vorliegenden Zusammenhang nicht unmittelbar anwendbar ist, weil der Wortlaut des § 12 Abs. 1 WEG unverändert geblieben ist, kommt hierin jedenfalls der eindeutige Wille des Gesetzgebers zum Ausdruck, bei der Auslegung von Vereinbarungen im Zweifel dem neuen Recht zur Geltung zu verhelfen. Deshalb müssen auch Altvereinbarungen auf der Grundlage der durch das Wohnungseigentumsmodernisierungsgesetz vorgegebenen Systematik verstanden werden (so auch Hogenschurz, ZWE 2023, 73, 74; Forschner, ZWE 2022, 193, 199; siehe zur sog. dynamischen Verweisung in einer Gemeinschaftsordnung auf die jeweils aktuellen gesetzlichen Regelungen auch Senat, Urteil vom 17. März 2023 – V ZR 140/22<sup>1</sup>, ZWE 2023, 211 Rn. 17). Dem widerspräche es, legte man die Vereinbarung dahingehend aus, dass der Verwalter trotz seiner („bloßen“) Organstellung selbst zustimmungsberechtigt ist. (...)

**Anmerkung:** Die Geschichte der vorliegenden Entscheidung beginnt im Jahr 2005 mit der Erkenntnis des BGH, dass die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer teilrechtsfähig ist.<sup>1</sup> Denn bis dahin war klar – und im WEG von 1951 auch so niedergelegt – dass der Verwalter in sachlich genau festgelegten Bereichen die *Wohnungseigentümer* vertritt und nicht die Gemeinschaft. Damals ging noch niemand von einer Rechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft aus. In § 27 Abs. 3 WEG 2007 räumte der Gesetzgeber dem Verwalter dann als Reaktion auf diese BGH-Entscheidung eine Vertretungsbefugnis für die Gemeinschaft als Verband ein. Die Vertretungsbefugnis für die Gemeinschaft trat hierbei *neben* die Vertretungsbefugnis für die einzelnen Wohnungseigentümer.<sup>2</sup> Dieses zweigleisige Modell war der Tatsache geschuldet, dass über die Reichweite der Vertretungs-

1 DNotZ 2023, 524.

1 BGH, Beschl. v. 2.6.2005 – V ZB 32/05, DNotZ 2005, 776.

2 Hügel/Elzer, Das neue WEG-Recht, 2007, § 11 Rn. 60 ff.

befugnis noch keine vollständige Klarheit herrschte. Nach der WEG-Reform im Jahr 2020 (WEMoG) ist das Ergebnis der vorliegenden Entscheidung geradezu zwingend. Die Entscheidung verdient uneingeschränkt Zustimmung. Der Gesetzgeber wollte bewusst die Zuständigkeit für die Verwaltung beim Verband konzentrieren und die Stellung des Verwalters als Organ stärken.

Ist in einer Gemeinschaftsordnung vorgesehen, dass die Zustimmung zur Veräußerung eines Wohnungseigentums der Zustimmung „des Verwalters“ bedarf, so war schon vor der letzten Reform fraglich, was damit eigentlich gemeint sein soll. Die Regelung ist auslegungsbedürftig. Ist damit der Verwalter als Person gemeint? In seiner derzeitigen Funktion als Verwalter? Oder meint eine solche Regelung, dass der Verwalter die Zustimmung als Vertreter der Wohnungseigentümer bzw. der Wohnungseigentümergeinschaft abgibt? In der Sache handelt es sich um die Zustimmung eines „Dritten“ i. S. d. § 12 Abs. 1 WEG. Eine „Verwalterzustimmung“ im engeren Sinne kannte das Gesetz weder vor der Reform noch kennt es sie jetzt.

Der Wortlaut einer solchen Regelung deutet zunächst darauf hin, dass der Verwalter als solcher angesprochen wird. Nach dem Sinn und Zweck kann es keinesfalls die natürliche oder juristische Person sein, die gerade das Verwalteramt ausübt, sondern der jeweilige Verwalter in Ausübung des Amtes. Der BGH kommt aber zu Recht zu dem Ergebnis, dass man nicht bei dieser wortlautgetreuen Auslegung stehen bleiben darf. Vielmehr muss die Funktion der Verwalterzustimmung beleuchtet werden. Die Zustimmung zur Veräußerung soll sicherstellen, dass kein Wohnungseigentümer Mitglied der Gemeinschaft werden kann, der nicht in der Lage ist, die Beiträge zur Wohnungseigentümergeinschaft ordnungsgemäß zu leisten.<sup>3</sup> Es soll sichergestellt werden, dass nicht die anderen Wohnungseigentümer für rückständige Wohngeldzahlungen in Anspruch genommen werden können. Denn während die Haftung im Außenverhältnis die Wohnungseigentümer nur entsprechend ihrem Anteil trifft (§ 9a Abs. 4 S. 1 WEG), besteht für die gemeinschaftlichen Kosten eine unbeschränkte Nachschusspflicht der einzelnen Wohnungseigentümer, sollte es zum Ausfall bei einzelnen Eigentümern kommen.<sup>4</sup> Das Interesse, dass keine ungeeigneten Wohnungseigentümer in die Gemeinschaft „eindringen“, liegt also aufseiten der Wohnungseigentümer, nicht aufseiten des Verwalters.

Daraus hat der BGH wiederholt und zuletzt im Jahr 2019 abgeleitet, dass der Verwalter bei der Erteilung der Zustimmung in der Regel als „Treuhänder und mittelbarer Stellvertreter der Wohnungseigentümer“ handle.<sup>5</sup>

---

3 BeckOGK/Skauradzsun, 1.12.2023, WEG § 12 Rn. 3.

4 BeckOGK/Falkner, 1.5.2023, WEG § 9a Rn. 302.

5 BGH, Urt. v. 18.10.2019 – V ZR 188/18, ZWE 2020, 188 Rn. 6; BGH, Beschl. v. 11.10.2012 – V ZB 2/12, DNotZ 2013, 362 m. Anm. *Commichau* = NJW 2013, 299 Rn. 13; BGH, Urt. v. 20.7.2012 – V ZR 214/11, NJW 2012, 3232 Rn. 13; BGH, Urt. v. 13.5.2011 – V ZR 166/10, ZWE 2011, 321; teilweise wird auch von einer „verdeckten Stellvertretung“ gesprochen, vgl. BayObLG, Beschl. v. 31.1.1980 – BReg. 2 Z 24/79, DNotZ 1980, 751 = BayObLGZ 1980, 29; Bärmann/Suilmann, WEG, 14. Aufl. 2018, WEG § 12 Rn. 25.

Nach bisherigem Recht ging die Rechtsprechung dementsprechend davon aus, dass eine Klage auf Verwalterzustimmung gegen den Verwalter (als „Treuhänder der Interessen“) zu richten sei, wenn nicht ausnahmsweise die Wohnungseigentümer die Entscheidung über die Zustimmung an sich gezogen haben.<sup>6</sup>

Die o. g. Neujustierung der Vertretungsverhältnisse hat den BGH nun zum Umdenken bewegen. Die Reform hat die Organstellung des Verwalters gestärkt und für Klarheit bei den Vertretungsverhältnissen gesorgt. Deswegen sieht der BGH den Verwalter vollkommen zutreffend nicht mehr in seiner Person und „als Treuhänder“ adressiert, sondern in seiner Organstellung. In dieser Organstellung aber handelt er nicht mehr als „mittelbarer Stellvertreter“, sondern unzweifelhaft als Vertreter der Wohnungseigentümergeinschaft – und nur als solcher.<sup>7</sup> Schon vor der Reform war zweifelhaft, was eigentlich den Verwalter zum Treuhänder machen soll. Letztlich ging es um Pragmatismus und darum, nicht sämtliche Wohnungseigentümer auf Zustimmung verklagen zu müssen. Dieser Grund ist mit der Reform entfallen, da eine Klage gegen den Verband, vertreten durch den Verwalter, ausreicht.

Zum konkreten Fall: Zu entscheiden war vorliegend über einen Kaufvertrag, der im Oktober 2020 geschlossen wurde, also noch vor der WEG-Reform. Die Teilungserklärung entstammte dem Jahr 1985. Der BGH kommt zu dem zutreffenden Ergebnis, dass sich die Beurteilung nach den derzeitigen Vorschriften des WEG richtet. Eine Übergangsvorschrift für die Vertretungsverhältnisse der Wohnungseigentümergeinschaft gibt es nicht, sodass für Sachverhalte, über die nach dem 1.12.2020 entschieden wird, das neue Recht Anwendung findet.

Von diesem Ausgangspunkt argumentiert der BGH überzeugend, dass die „Zustimmung des Verwalters“ in der Gemeinschaftsordnung lediglich das für die Erfüllung der Aufgabe zuständige Organ bestimme.<sup>8</sup> Zuzugeben ist, dass sich diese Interpretation vom Wortlaut recht weit entfernt. Denn die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer wird als solche nicht zur Zustimmung berufen. Vor dem Hintergrund des Zwecks der Zustimmung handelt es sich jedoch um ein sachgerechtes Ergebnis. Bei der Auslegung der Gemeinschaftsordnung sind grundsätzlich objektive Maßstäbe anzulegen.<sup>9</sup> Dies hindert das Auslegungsergebnis jedoch nicht, denn es hängt nicht vom subjektiven Willen der aufteilenden Eigentümer ab, sondern allein von objektiven Umständen, wie Funktion und Rechtsstellung des Verwalters.

Nach Auffassung des BGH soll dies ausdrücklich auch dann gelten, wenn die Gemeinschaftsordnung (unüblicherweise) dem Verwalter die Zustimmung als eigenes Recht übertragen würde. Unter Geltung des neuen Rechts werde er auch in diesem Fall als Organ der WEG tätig.<sup>10</sup>

---

6 BGH, Urt. v. 13.5.2011 – V ZR 166/10, ZWE 2011, 321.

7 Tz. 7 der besprochenen Entscheidung.

8 Tz. 11 der besprochenen Entscheidung.

9 Tz. 12 der besprochenen Entscheidung.

10 Tz. 13 der besprochenen Entscheidung.

Spannend sind die Ausführungen des BGH zur Bedeutung des Wandels von Begrifflichkeiten über die Zeit. Da nicht die subjektive Sichtweise zum Zeitpunkt des Abschlusses der Teilungserklärung maßgeblich sei, könne sich auch die Auslegung über die Zeit ändern, wenn die dort verwendeten Begriffe einen Bedeutungswandel erfahren.<sup>11</sup> Dies werde auch durch § 47 WEG gestützt, der zwar für den vorliegenden Fall nicht unmittelbar Anwendung finde, aber den Willen des Gesetzgebers zum Ausdruck bringe, dem neuen Recht so weit wie möglich Geltung zu verschaffen.<sup>12</sup> Auch Altvereinbarungen müssen deshalb im Kontext der nunmehr für das Wohnungseigentumsgesetz geltenden Systematik ausgelegt werden.

Der BGH hält es schließlich für zweckmäßig, künftig in der Gemeinschaftsordnung juristisch präzise die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer, vertreten durch den Verwalter, zu adressieren. Es sei jedoch weiterhin unschädlich, wenn dort der Verwalter genannt sei.<sup>13</sup> Dem schließt sich der Autor an, sofern man die Regelung einer „Verwalterzustimmung“ überhaupt für sinnvoll erachtet. Der Wert ist begrenzt und das Interesse der Verwalter, stets zu wissen, wer Eigentümer der einzelnen Einheit ist, kann gleichermaßen mit einer Anzeigepflicht der Veräußerung gegenüber der Gemeinschaft erreicht werden.

*Notar Dr. Julius Forschner, Kitzingen*

**Nr. 2** *BGB §§ 1192 Abs. 1a, 883 Abs. 2, 418 Abs. 1 S. 2* (Abwehr der Zwangsvollstreckung aus Sicherungsgrundschuld nach Erwerb des belasteten Grundstücks ohne Eintritt in den Sicherungsvertrag)

**1. Die Vorschrift des § 1192 Abs. 1a BGB findet auf den Erwerber eines bereits mit einer Sicherungsgrundschuld belasteten Grundstücks keine Anwendung; er kann aus dem Wegfall des Sicherungszwecks nur dann eine Einrede herleiten, wenn der Anspruch auf Rückgewähr der Grundschuld an ihn abgetreten wurde oder er in den Sicherungsvertrag eingetreten ist.**

**2. Die Änderung der auf eine vorrangige Grundschuld bezogenen Sicherungsvereinbarung ist keine vormerkungswidrige Verfügung i. S. v. § 883 Abs. 2 BGB.**

**3. Nach einer auf die gesicherte Forderung bezogenen Schuldübernahme geht eine Sicherungsgrundschuld nicht auf den Eigentümer über, der das bereits belastete Grundstück erworben hat und nicht Partei der Sicherungsabrede ist.**

*BGH, Urt. v. 20.10.2023 – V ZR 9/22*

---

11 Tz. 15 der besprochenen Entscheidung.

12 Tz. 16 der besprochenen Entscheidung.

13 Tz. 12 der besprochenen Entscheidung.

**Tatbestand:**

[1] Im Jahr 1999 veräußerte der Kläger sein mit einem Hotelgebäude bebautes Grundstück in K. an die P. GbR (nachfolgend: P-GbR), die als Eigentümerin in das Grundbuch eingetragen wurde. In der Folgezeit nahm der Kläger die P-GbR auf Rückabwicklung des Grundstückskaufvertrags in Anspruch. Der Bundesgerichtshof bejahte in seinem Urteil vom 7. Februar 2003 ein Rückabwicklungsschuldverhältnis, verwies die auf Rückauflassung und Herausgabe des Grundstücks gerichtete Klage jedoch an das Berufungsgericht zurück (V ZR 42/02, NJW-RR 2003, 845). Kurz danach, mit notarieller Urkunde vom 22. Februar 2003, bestellte die P-GbR an dem Grundstück zugunsten der Landesbank S., der späteren H. AG, eine Grundsuld über 2 Mio. € nebst Zinsen in Höhe von 15 % jährlich, die am 11. August 2003 in das Grundbuch eingetragen wurde. Die Grundsuld sicherte die Finanzierung des Erwerbs des Nachbargrundstücks durch die V. GbR (nachfolgend: V-GbR). Am 25. September 2003 wurde zugunsten des Klägers eine Auflassungsvormerkung in das Grundbuch eingetragen.

[2] Im Jahr 2008 sollten die das Hotel betreffenden Verbindlichkeiten der P-GbR und der V-GbR bei der H. AG umgeschuldet werden. Dazu gewährte die D. AG der P. GmbH (nachfolgend: P-GmbH) ein Annuitätendarlehen über rund 2,4 Mio. €. Nach der Sicherungsabrede vom 18./25. August 2008 sicherte die Grundsuld nunmehr alle Ansprüche der D. AG aus dem Annuitätendarlehen. Die D. AG tilgte die Kredite der beiden Gesellschaften bürgerlichen Rechts, und die H. AG trat ihr im Gegenzug die Grundsuld ab; die Abtretung wurde in das Grundbuch eingetragen. Im Jahr 2009 endete der auf Rückabwicklung des Grundstücksvertrags gerichtete Rechtsstreit zwischen dem Kläger und der P-GbR, indem diese verurteilt wurde, das Grundstück frei von der Grundsuld an den Kläger herauszugeben. Der Kläger wurde 2010 wieder als Eigentümer des weiterhin mit der Grundsuld belasteten Grundstücks in das Grundbuch eingetragen.

[3] Im Mai 2011 kündigte die D. AG das Annuitätendarlehen und schloss am 13. Dezember 2013 mit der P-GmbH und der V. GmbH (nachfolgend: V-GmbH) einen Schuldübernahmevertrag. Hintergrund war, dass die als wirtschaftlich nicht voll werthaltig angesehenen Verbindlichkeiten von 2,4 Mio. € für 500.000 € an die Beklagte verkauft werden sollten. Die für den Gesamtbetrag dinglich mit Grundpfandrechten haftende V-GmbH übernahm den verbleibenden Restbetrag. Im November 2014 trat die D. AG die Grundsuld in Höhe eines Teilbetrags von 500.000 € nebst Zinsen seit dem 22. März 2003 an die Beklagte ab. Die Eintragung der Abtretung in das Grundbuch erfolgte am 30. Dezember 2014. Im Mai 2015 wurde der Beklagten eine vollstreckbare Teilausfertigung der Grundsuldbestellungsurkunde vom 22. Februar 2003 bezüglich eines Teilbetrags von 500.000 € erteilt. Der Kläger erwirkte einen der Beklagten am 15. Dezember 2016 zugestellten Pfändungs- und Überweisungsbeschluss, durch den etwaige Ansprüche der P-GbR gegen die Beklagte auf Rückgewähr der Grundsuld gepfändet und dem Kläger zur Einziehung überwiesen wurden.

[4] Die Beklagte betreibt aus der Teilausfertigung der Grundsuldbestellungsurkunde die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung des Hotelgrundstücks wegen einer Forderung von 1.430.208,33 € (Hauptforderung: 500.000 €; Zinsen: 930.208,33 €) und wegen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 2.909,79 €. (...)

**Entscheidungsgründe:**

(...)

II.

(...)

[8] 1. (...)

[9] a) Im Ausgangspunkt gilt, dass der Grundstückseigentümer, der eine Sicherungsgrundsuld bestellt, aus dem Sicherungsvertrag gegen den Sicherungsnehmer einen durch den Wegfall des Sicherungszwecks aufschiebend bedingten Anspruch auf Abtretung, auf Verzicht oder auf Aufhebung des nicht (mehr) valuierten Teils der Grundsuld hat. Mit diesem An-

spruch erlangt der Besteller der Sicherungsgrundschuld zugleich auch die Einreden nach §§ 1169, 1192 BGB, durch die die Geltendmachung der Grundschuld dauernd ausgeschlossen wird (vgl. BGH, Urteil vom 25. Oktober 1984 – IX ZR 142/83, NJW 1985, 800, 801; Urteil vom 7. Dezember 1989 – IX ZR 281/88, NJW-RR 1990, 588, 589). Grundlage für den Anspruch gegen den Grundschuldgläubiger auf Übertragung bzw. Abtretung oder Verzicht (§§ 1168, 1192 BGB) oder Aufhebung (§§ 875, 1183, 1192 BGB) des nicht valutierte Teils der Grundschuld ist der Sicherungsvertrag (vgl. BGH, Urteil vom 24. März 2016 – IX ZR 259/13, NJW 2016, 3239 Rn. 8).

[10] b) Die Vollstreckungsgegenklage kann danach nur Erfolg haben, wenn der Kläger aus dem Sicherungsvertrag von 2003 einen Anspruch auf Rückgewähr der Grundschuld hat und er die Einrede gemäß § 1192 Abs. 1a, § 1169 BGB der Beklagten als Zessionarin der Sicherungsgrundschuld entgegensetzen kann (§ 767 Abs. 1, § 794 Abs. 1 Nr. 5, § 795 ZPO). Beides ist entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht der Fall.

[11] aa) Das Berufungsurteil lässt allenfalls erahnen, nicht aber zuverlässig erkennen, mit welcher Begründung das Berufungsgericht einen Anspruch des Klägers auf Rückgewähr der Grundschuld und eine sich daraus ergebende Einrede gegen die Beklagte bejaht. Die Urteilsgründe bestehen aus einer Aneinanderreihung und Zusammenfügung verschiedener Hinweisbeschlüsse, die wörtlich wiedergegeben werden, aber nur teilweise fortgelten sollen. Es fehlt an einer zusammenhängenden Darstellung der tragenden Erwägungen für das Bestehen eines Rückgewähranspruchs des Klägers und einer Einrede nach §§ 1169, 1192 BGB.

[12] bb) Aus dem Sicherungsvertrag, der der Grundschuldbestellung vom 22. Februar 2003 zugrunde liegt, steht dem Kläger jedenfalls kein Anspruch auf Rückgewähr der Grundschuld zu. Er war nicht Partei der Sicherungsabrede. Es kann dahinstehen, ob die P-GbR, wie das Berufungsgericht ohne nähere Begründung annimmt, überhaupt Sicherungsgeberin war, obwohl die Grundschuld ein Darlehen zugunsten der V-GbR sichern sollte, oder ob vielmehr die V-GbR Sicherungsgeberin war (vgl. zur Person des Sicherungsgebers Senat, Urteil vom 20. November 2009 – V ZR 68/09<sup>1</sup>, NJW 2010, 935 Rn. 14). Jedenfalls hat die P-GbR die Grundschuld bestellt und war dazu als damalige Eigentümerin dinglich berechtigt. Ihre Eigentümerstellung war entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts im Verhältnis zu dem Kläger nicht nur formal. Sie konnte trotz der Annahme eines Rückabwicklungsschuldverhältnisses in dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 7. Februar 2003 (V ZR 42/02, NJW-RR 2003, 845) die Grundschuld bestellen und diese zur Sicherung von Verbindlichkeiten der V-GbR zur Verfügung stellen. Dass sie sich dadurch möglicherweise Schadensersatzansprüchen aus dem Rückgewährschuldverhältnis aussetzte, hat mit der dinglichen Berechtigung nichts zu tun. Die Grundschuldbestellung ist auch wirksam. Das Berufungsgericht verneint eine Nichtigkeit der Grundschuld-

---

1 DNotZ 2010, 375.

bestellung im Jahr 2003 unter dem Gesichtspunkt der Sittenwidrigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB wegen eines kollusiven Zusammenwirkens der P-GbR und der Landesbank S. Dagegen wendet sich der Kläger nicht.

[13] cc) Ob – was für die Entscheidung des Berufungsgerichts von tragender Bedeutung ist – der P-GbR nach Tilgung des der V-GbR im Jahr 2003 gewährten Darlehens im Jahr 2008 überhaupt ein Rückgewähranspruch zugestanden haben kann, ist schon zweifelhaft. Zwar tritt bei einer engen Sicherungsabrede die aufschiebende Bedingung, unter der der Rückgewähranspruch steht, mit der Tilgung der Anlassverbindlichkeit ein (vgl. Senat, Urteil vom 19. April 2013 – V ZR 47/12<sup>2</sup>, BGHZ 197, 155 Rn. 12; Urteil vom 2. Juni 2022 – V ZR 132/21<sup>3</sup>, NJW 2022, 2544 [Anm. d. Red.: Seitenzahl ergänzt] Rn. 13; BGH, Urteil vom 19. April 2018 – IX ZR 230/15, BGHZ 218, 261 Rn. 65). Das Berufungsgericht verkennt jedoch die Wirkungen der im Jahr 2008 durchgeführten Umschuldung. Die Forderungen der H. AG gegen die V-GbR wurden nur im Zuge der Begründung neuer Forderungen erfüllt. Das spricht dagegen, dass überhaupt ein fälliger Rückgewähranspruch der P-GbR entstanden ist. Selbst wenn dies zu bejahen wäre, wäre der Rückgewähranspruch der P-GbR jedenfalls dadurch erfüllt worden, dass die H. AG die Grundsuld in Umsetzung der Umschuldungsvereinbarungen am 17. September 2008 an die D. AG abgetreten hat (vgl. zur Kreditumschuldung Bork, WM 2010, 2057, 2061 f.; Herrler, BB 2010, 1931, 1937; DNotI-Report 2010, 93, 97 f., 100). Auf die von dem Berufungsgericht offengelassene Frage der Wirksamkeit der weiten Sicherungsabrede vom 18./25. August 2008 kommt es insoweit nicht an; da die P-GbR die Forderungen nur im Austausch gegen neue Forderungen zurückgeführt hat, ist ausgeschlossen, dass der P-GbR im Anschluss noch ein Rückgewähranspruch zustand.

[14] dd) Die Beklagte, die die Forderungen und die Teilgrundsuld erst im Jahr 2014 erworben hat, kann zudem nicht Schuldnerin eines Rückgewähranspruchs sein. Das Berufungsgericht zieht wiederholt die Vorschrift des § 1192 Abs. 1a BGB heran, wobei unklar ist, ob es die Norm unmittelbar oder analog anwendet. Die Vorschrift ist jedoch nicht einschlägig.

[15] (a) Nach § 1192 Abs. 1a BGB können Einreden, die dem Eigentümer auf Grund des Sicherungsvertrags mit dem bisherigen Gläubiger gegen eine Sicherungsgrundsuld zustehen oder sich aus dem Sicherungsvertrag ergeben, auch jedem Erwerber der Grundsuld entgegengesetzt werden; § 1157 Satz 2 BGB, der auf die Vorschriften über den guten Glauben verweist, findet insoweit keine Anwendung. Die durch das Risikoberechtigungs-gesetz (vom 12. August 2008, BGBl. I S. 1666) eingeführte Vorschrift ist nur für die sicherungsvertraglich (treuhänderisch) gebundene Grundsuld eröffnet.

[16] (b) Daran fehlt es im Verhältnis zu dem Kläger. Er ist erst 2010 durch Rückabwicklung des im Jahr 1999 mit der P-GbR geschlossenen Kaufver-

---

2 DNotZ 2013, 760.

3 DNotZ 2023, 139 m. Anm. *Rebhan*.

trags (wieder) Eigentümer des Grundstücks geworden. Er hat die Grundschuld 2003 nicht als Eigentümer bestellt und ist auch nicht Sicherungsgeber. Er hat vielmehr das Eigentum an dem Grundstück belastet mit der von der P-GbR bestellten Sicherungsgrundschuld zurückerlangt. Im Verhältnis zu ihm hat die Grundschuld keinen Bezug zu einer gesicherten Forderung (sog. isolierte Grundschuld; vgl. MüKoBGB/Lieder, 9. Aufl., § 1192 Rn. 8; BeckOK BGB/R. Rebhan [1.9.2023], § 1192 Rn. 8). Die Vorschrift des § 1192 Abs. 1a BGB findet auf den Erwerber eines bereits mit einer Sicherungsgrundschuld belasteten Grundstücks keine Anwendung; er kann aus dem Wegfall des Sicherungszwecks nur dann eine Einrede herleiten, wenn der Anspruch auf Rückgewähr der Grundschuld an ihn abgetreten wurde oder er in den Sicherungsvertrag eingetreten ist (vgl. Senat, Urteil vom 10. November 1989 – V ZR 201/88<sup>4</sup>, NJW 1990, 576, insoweit in BGHZ 109, 197 nicht abgedruckt; BGH, Urteil vom 25. März 1986 – IX ZR 104/85, NJW 1986, 2108, 2110, insoweit in BGHZ 97, 280 nicht abgedruckt; Urteil vom 21. Mai 2003 – IV ZR 452/02<sup>5</sup>, BGHZ 155, 63, 65 f.; Urteil vom 19. Oktober 2017 – IX ZR 79/16<sup>6</sup>, WM 2017, 2299 Rn. 13).

[17] (c) Ob in der 2010 erfolgten Rückübertragung des Grundstücks an den Kläger durch die P-GbR eine stillschweigende Abtretung eines etwaigen Rückgewähranspruchs gegen die H. AG liegt, wie der Prozessbevollmächtigte des Klägers in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat geltend gemacht und noch einmal schriftsätzlich ausgeführt hat, kann ebenfalls dahinstehen. Zwar war und ist die P-GbR verpflichtet, das Grundstück lastenfrei an den Kläger herauszugeben. Bei einem Eigentumswechsel kann die Abtretung eines Rückgewähranspruchs auch stillschweigend geschehen (vgl. Senat, Urteil vom 19. April 2013 – V ZR 47/12<sup>7</sup>, NJW 2013, 2894 Rn. 22, insoweit in BGHZ 197, 155 nicht abgedruckt). Die Abtretung eines etwaigen Rückgewähranspruchs der P-GbR gegen die H. AG hilft dem Kläger aber nicht weiter. Ein solcher Anspruch, hätte er der P-GbR überhaupt zugestanden, wäre mangels Eintritts der aufschiebenden Bedingung, unter der er steht, zu keinem Zeitpunkt fällig geworden; jedenfalls wäre er im Rahmen der Umschuldung 2008 erfüllt worden (vgl. Rn. 13).

[18] ee) Auch die von dem Kläger 2016 erwirkte Pfändung eines etwaigen schuldrechtlichen Anspruchs der P-GbR auf Rückgewähr der Grundschuld gemäß § 857 Abs. 1, § 851 Abs. 1, § 829 Abs. 3 ZPO (zur Pfändung vgl. Senat, Urteil vom 2. Juni 2022 – V ZR 132/21<sup>8</sup>, NJW 2022, 2544 Rn. 10 mwN; BGH, Urteil vom 6. Juli 1989 – IX ZR 277/88<sup>9</sup>, BGHZ 108, 237, 242) geht ins Leere. Weder gab es 2016 einen Rückgewähranspruch

---

4 DNotZ 1990, 554.

5 DNotZ 2003, 707.

6 DNotZ 2018, 375.

7 DNotZ 2013, 760.

8 DNotZ 2023, 139 m. Anm. Rebhan.

9 DNotZ 1990, 581.

der P-GbR noch war die Beklagte, die die Forderungen und die Teilgrundschuld 2014 erworben hat, Schuldnerin.

[19] ff) Der Kläger kann entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nichts aus § 883 Abs. 2 BGB zu seinen Gunsten herleiten. Der Kläger meint, dass er wegen der am 25. September 2003 zu seinen Gunsten eingetragenen Vormerkung die Sicherungsabrede vom 18./25. August 2008 zwischen der P-GmbH und der D. AG nicht gegen sich gelten lassen müsse. Das trifft nicht zu.

[20] (1) Gemäß § 883 Abs. 2 Satz 1 BGB ist eine Verfügung, die nach der Eintragung der Vormerkung über das Grundstück oder das Recht getroffen wird, insoweit unwirksam, als sie den gesicherten Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würde. Verfügungen im Sinne des § 883 Abs. 2 BGB sind alle Rechtsgeschäfte, durch die ein bestehendes Recht unmittelbar übertragen, belastet, aufgehoben oder inhaltlich geändert wird (vgl. BGH, Urteil vom 3. März 1954 – VI ZR 259/52, BGHZ 13, 1, 4; Staudinger/Kesseler, BGB [2020], § 883 Rn. 238). Eine Grundschuldbestellung stellt zwar eine Verfügung im Sinne des § 883 Abs. 2 BGB dar. Die Sicherungsgrundschuld ist hier aber, wie das Berufungsgericht richtig sieht, nicht vormerkungswidrig, weil sie bereits 2003 und damit vor der Vormerkung in das Grundbuch eingetragen worden ist. Sie ist daher vorrangig (§ 883 Abs. 3 BGB). Vor einer Revaluierung einer vorrangigen Sicherungsgrundschuld ist der Eigentümer nicht nach § 883 Abs. 2 BGB geschützt. Auch die Änderung der auf eine vorrangige Grundschuld bezogenen Sicherungsvereinbarung ist keine vormerkungswidrige Verfügung im Sinne von § 883 Abs. 2 BGB. Sie hat keine dingliche Wirkung, sondern betrifft allein das Treuhandverhältnis zwischen Sicherungsgeber und Sicherungsnehmer.

[21] (2) Die Voraussetzungen für eine analoge Anwendung von § 883 Abs. 2 BGB auf die Änderung einer Sicherungsabrede für eine vorrangige Grundschuld sind offensichtlich nicht gegeben. Es mangelt schon an der erforderlichen Vergleichbarkeit der Sachverhalte. Eine entsprechende Anwendbarkeit von § 883 Abs. 2 BGB auf den obligatorischen Vertrag über die Vermietung eines Grundstücks hat der Bundesgerichtshof verneint (vgl. BGH, Urteil vom 3. März 1954 – VI ZR 259/52, BGHZ 13, 1, 4; Urteil vom 19. Oktober 1988 – VIII ZR 22/88, NJW 1989, 451). Für die Sicherungsabrede gilt das erst recht. Die Änderung der Sicherungsabrede ist mit der Neubestellung der Grundschuld nicht vergleichbar, und zwar auch dann nicht, wenn der Anspruch auf Rückgewähr des Sicherungsgebers – woran es hier ohnehin fehlt (vgl. Rn. 13) – bereits entstanden war. Sie ist rein schuldrechtlicher Natur und kann den Erwerb des Eigentums nicht gemäß § 883 Abs. 2 BGB vereiteln oder beeinträchtigen.

[22] (3) Etwas anderes folgt entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht aus einem Vergleich mit Verfügungen des Insolvenzschuldners nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens gemäß § 81 Abs. 1 InsO. Zwar ist nach dieser Vorschrift eine nach Eintritt der Verfügungsbeschränkung getroffene Änderung der Sicherungsvereinbarung unwirksam, soweit sie eine gegenüber der bisherigen Sicherungsvereinbarung erweiterte Haftung der Grundschuld ermöglicht (vgl. BGH, Urteil vom 19. April 2018 – IX ZR 230/15, BGHZ 218,

261 Rn. 66). Der Vorschrift des § 81 Abs. 1 InsO liegt aber, anders als § 883 Abs. 2 BGB, ein weiter Verfügungsbegriff zugrunde. Hierzu zählen neben Verfügungen im Sinne des allgemeinen Zivilrechts (vgl. BGH, Urteil vom 10. Dezember 2009 – IX ZR 1/09, WM 2010, 222 Rn. 26) auch Rechtshandlungen, die auf das Vermögen des Schuldners unmittelbar einwirken; unwirksam sind damit auch verfügungsgleiche Handlungen (vgl. BGH, Urteil vom 15. Dezember 2005 – IX ZR 227/04, WM 2006, 194, 195; Urteil vom 25. Oktober 2007 – IX ZR 217/06, BGHZ 174, 84 Rn. 19; Urteil vom 13. März 2014 – IX ZR 147/11, WM 2014, 1002 Rn. 21). Dem liegt die Erwägung zugrunde, dass durch die §§ 81 ff. InsO der Schutz der Masse bezweckt wird (BAG, NZI 2022, 76 Rn. 46; Braun/Kroth, InsO, 9. Aufl., § 81 Rn. 3; BeckOK InsR/Riewe/Kaubisch, InsO [15.7.2023], § 81 Rn. 3). Demgegenüber erfasst § 883 Abs. 2 ZPO, der Wirkung der Vormerkung entsprechend, nur vormerkungswidrige Verfügungen. Damit soll die Erfüllungsfähigkeit des Schuldners gesichert werden (vgl. Staudinger/Kessler, BGB [2020], § 883 Rn. 235). Diese wird durch die Änderung der Sicherungsabrede einer vorrangigen Grundschuld nicht berührt.

[23] 2. Damit kann die (...) Verurteilung der Beklagten zur Herausgabe der vollstreckbaren Teilausfertigung der Notarurkunde vom 22. Februar 2003 (LG Rostock, 9 O 727/15) ebenfalls keinen Bestand haben. Der Schuldner kann von dem Gläubiger in entsprechender Anwendung von § 371 BGB die Herausgabe der vollstreckbaren Ausfertigung des Titels nur verlangen, wenn die Schuld mit Sicherheit erloschen ist oder von Anfang an nicht bestanden hat (vgl. Senat, Urteil vom 24. Oktober 2014 – V ZR 45/13, NJW 2015, 619 Rn. 37; Urteil vom 19. Dezember 2014 – V ZR 82/13<sup>10</sup>, NJW 2015, 1181 Rn. 25; BGH, Urteil vom 22. September 1994 – IX ZR 165/93<sup>11</sup>, BGHZ 127, 146, 149 f.; Urteil vom 14. Juli 2008 – II ZR 132/07, NJW-RR 2008, 1512 Rn. 12 mwN). Das kann nach dem oben Gesagten nicht mit der von dem Berufungsgericht gegebenen Begründung bejaht werden.

[24] 3. Rechtsfehlerhaft ist deshalb auch die Abweisung der (...) Klage der Beklagten auf Duldung der Zwangsvollstreckung aus der zweiten vollstreckbaren Teilausfertigung der Notarurkunde vom 22. Februar 2003 (LG Rostock, 2 O 17/17). Mit der Begründung, dem Kläger stehe eine Einrede zu, kann der Anspruch der Beklagten auf Duldung der Zwangsvollstreckung gemäß §§ 1147, 1192 Abs. 1 BGB nicht verneint werden.

III.

[25] Das Berufungsurteil erweist sich aber aus anderen Gründen als richtig (§ 561 ZPO), soweit der Kläger sich mit der Vollstreckungsgegenklage gegen die Zwangsvollstreckung wegen der Grundschuldzinsen für die Zeit vom 22. März 2003 bis zum 31. Dezember 2010 sowie wegen der den Betrag von 2.052,99 € übersteigenden Rechtsanwaltskosten für den Antrag auf Anordnung der Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung des Grundstücks wendet.

---

10 DNotZ 2015, 417.

11 DNotZ 1995, 139.

[26] 1. Zinsen aus einer Sicherungsgrundschuld unterliegen der Verjährung (vgl. Senat, Urteil vom 21. Oktober 2016 – V ZR 230/15<sup>12</sup>, NJW 2017, 674 Rn. 20). Sie verjähren nach Ablauf der regelmäßigen dreijährigen Verjährungsfrist (§ 1192 Abs. 3, § 902 Abs. 1 Satz 2, § 195, § 216 Abs. 3 BGB). Diese beginnt gemäß § 199 Abs. 1 BGB mit Ablauf des Jahres, in dem der Zinsanspruch entstanden ist und der Gläubiger Kenntnis von den maßgeblichen Umständen und der Person des Schuldners hat. Nach den in Bezug genommenen Feststellungen des Landgerichts sind die Zinsen aus der Grundschuld für die Jahre 2003 bis 2010 verjährt, was von der Beklagten auch nicht in Abrede gestellt wird, und der Kläger hat die Einrede der Verjährung erhoben. Bei der Einrede der Verjährung von Grundschuldzinsen handelt es sich um eine materiell-rechtliche Einwendung gegen den Vollstreckungstitel, die mit einer Vollstreckungsgegenklage (§ 767 ZPO) geltend gemacht werden kann.

[27] 2. a) Zu der Nachprüfung der Notwendigkeit und der Höhe der Zwangsvollstreckungskosten gemäß § 788 Abs. 1 ZPO kann der Schuldner ebenfalls die Vollstreckungsgegenklage gemäß § 767 Abs. 1 ZPO erheben (vgl. BVerfG, NJW-RR 2018, 694 Rn. 23 f.; OLG Düsseldorf, Rpfleger 1975, 355; Musielak/Lackmann, ZPO, 20. Aufl., § 788 Rn. 21; Zöller/Geimer, ZPO, 34. Aufl., § 788 Rn. 17). Dabei ist die Notwendigkeit einer Vollstreckungsmaßnahme nach dem Standpunkt des Gläubigers zum Zeitpunkt ihrer Vornahme zu bestimmen. Entscheidend ist, ob der Gläubiger bei verständiger Würdigung der Sachlage die Maßnahme zur Durchsetzung seines titulierten Anspruchs objektiv für erforderlich halten durfte. Daran fehlt es, wenn die Zwangsvollstreckungsmaßnahme für den Gläubiger erkennbar aussichtslos ist (vgl. Senat, Beschluss vom 14. April 2005 – V ZB 5/05, NJW 2005, 2460, 2462).

[28] b) Nach diesen Grundsätzen ist die Zwangsvollstreckung der Beklagten wegen der Anwaltskosten gemäß § 788 ZPO unzulässig, soweit diese einen Betrag von 2.052,99 € übersteigen. Die Beklagte hat die Rechtsanwaltskosten für den Antrag auf Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung des Grundstücks vom 16. Juli 2015 auf der Grundlage eines Gegenstandswerts von 1.430.203,33 € berechnet (500.000 € nebst Zinsen in Höhe von 930.208,33 € für den Zeitraum bis 16. Juli 2015). Für die Anwaltsgebühren sind gemäß § 26 Nr. 1 RVG zwar Nebenforderungen und damit auch Zinsen zu berücksichtigen (vgl. Schneider in Schneider/Kurpat, Streitwert-Kommentar, 15. Aufl., Nebenforderungen, Rn. 2.3546; Toussaint/Toussaint, RVG, 53. Aufl., § 26 Rn. 5). Weil die Grundschuldzinsen für die Jahre 2003 bis 2010 (vgl. oben Rn. 26) aber offenkundig verjährt waren, war die Zwangsvollstreckung insoweit erkennbar aussichtslos, und die der Beklagten insoweit entstandenen Kosten für den Antrag auf Zwangsversteigerung waren nicht notwendig im Sinne des § 788 ZPO. Damit sind für den Gegenstandswert gemäß § 26 Nr. 1 RVG nur die Zinsen für die Zeit vom 1. Januar 2011 bis 16. Juli 2015 in Höhe von 340.479,45 € zu berücksichtigen.

---

12 DNotZ 2017, 177.

sichtigen und die Gebühren aus einem Gegenstandswert von 840.479,45 € (500.000 € + 340.479,45 €) zu berechnen. Das ergibt einen Betrag von 2.052,99 € (0,4 Verfahrensgebühr nach Nr. 3311 VV RVG in der hier maßgeblichen bis zum 31. Dezember 2020 geltenden Fassung: 1.705,20 €; Post- und Telekommunikationsentgelt nach Nr. 7002 VV RVG: 20 €; 19 % Umsatzsteuer nach Nr. 7008 VV RVG: 327,79 €).

IV.

[29] 1 (...)

[30] a) (...) die Klage auf Herausgabe der vollstreckbaren Teilausfertigung der notariellen Urkunde gemäß § 371 BGB [hat] keinen Erfolg.

[31] b) (...)

[32] aa) (...) Der Kläger macht ohne Erfolg geltend, die Vollstreckungsklausel hätte der Beklagten nicht nach § 727 ZPO erteilt werden dürfen, weil weder die D. AG noch die Beklagte bei der Abtretung der Grundschuld in die Sicherungsabrede eingetreten seien.

[33] (1) Die Klage nach § 768 ZPO ist begründet, wenn die als bewiesen angenommenen materiell-rechtlichen Voraussetzungen für die Erteilung der Vollstreckungsklausel nicht vorlagen (Senat, Urteil vom 24. Oktober 2014 – V ZR 45/13, NJW 2015, 619 Rn. 28). Für Abtretungen von Sicherungsgrundschulden, die vor Inkrafttreten des Risikobegrenzungsgesetzes, also vor dem 19. August 2008 erfolgt sind, entspricht es der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, dass bei der Umschreibung des Titels (§ 727 Abs. 1, § 795 ZPO), der auf einer notariell beurkundeten Unterwerfungserklärung (§ 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO) zur Sicherung des Anspruchs aus einer Grundschuld beruht, hierzu die Erklärung des neuen Gläubigers gehört, die sich aus der Sicherungsabrede zwischen dem Schuldner und dem Zedenten ergebenden treuhänderischen Bindungen zu übernehmen (vgl. Senat, Urteil vom 11. Mai 2012 – V ZR 237/11<sup>13</sup>, NJW 2012, 2354 Rn. 5; BGH, Urteil vom 30. März 2010 – XI ZR 200/09<sup>14</sup>, BGHZ 185, 133 Rn. 36 ff.). Der Eintritt des Zessionars in den Sicherungsvertrag ist eine Vollstreckungsbedingung (vgl. Senat, Urteil vom 14. Juni 2013 – V ZR 148/12, MittBayNot 2014, 268, 270; BGH, Beschluss vom 29. Juni 2011 – VII ZB 89/10<sup>15</sup>, BGHZ 190, 172 Rn. 17), deren Vorliegen in einem Verfahren nach § 768 ZPO zu klären ist (vgl. Senat, Urteil vom 24. Oktober 2014 – V ZR 45/13, aaO; Urteil vom 6. Juli 2018 – V ZR 115/17<sup>16</sup>, NJW 2019, 438 Rn. 13; BGH, Beschluss vom 29. Juni 2011 – VII ZB 89/10<sup>17</sup>, aaO Rn. 18). Dabei ist davon auszugehen, dass die Abtretung einer Grundschuld nicht ohne weiteres zugleich eine stillschweigende Vereinbarung über die Übernahme der Verbindlichkeiten aus der Sicherungsabrede enthält (vgl. Senat, Urteil vom 24. Oktober 2014 – V ZR 45/13, aaO Rn. 29 mwN).

---

13 DNotZ 2012, 748.

14 DNotZ 2010, 542.

15 DNotZ 2011, 751.

16 DNotZ 2020, 17 m. Anm. *Soutier*.

17 DNotZ 2011, 751.

[34] (2) Es ist schon ungeklärt, ob diese Grundsätze auch für Abtretungen von Grundschulden nach Inkrafttreten des Risikobegrenzungsgesetzes, also – wie hier – nach dem 19. August 2008, gelten (ablehnend LG Frankfurt a. M., BeckRS 2011, 3798; Bolkart, DNotZ 2010, 483, 487, 493; Herrler, BB 2010, 1931, 1935; Sommer, RNotZ 2010, 378, 379 f.; Vollmer, MittBayNot 2010, 383; DNotI-Report 2010, 93, 96; bejahend Clemente, ZfIR 2010, 441, 446). Das bedarf aber keiner Entscheidung. Jedenfalls der Eigentümer, der – wie hier der Kläger – ein mit einer Sicherungsgrundschuld belastetes Grundstück erwirbt, ohne Partei des Sicherungsvertrags zu sein, ist von dem Schutzbereich des § 768 ZPO nicht erfasst. Für ihn handelt es sich um eine isolierte Grundschuld (vgl. Rn. 16). Er ist an dem Treuhandverhältnis zwischen Sicherungsgeber und Sicherungsnehmer nicht beteiligt und kann deshalb nicht im Wege der Klauselgegenklage einwenden, der Zessionar sei nicht in die Sicherungsabrede eingetreten.

[35] bb) Die in der Berufungsinanz gestellten weiteren Hilfsanträge des Klägers auf Verurteilung der Beklagten zur Bewilligung einer Eintragung im Grundbuch mit dem Inhalt, dass die Grundschuld gemäß § 418 Abs. 1 Satz 2 BGB dem Eigentümer zusteht, bzw. festzustellen, dass die Grundschuld auf den Kläger übergegangen ist, sind ebenfalls unbegründet. Der Kläger macht ohne Erfolg geltend, durch die Schuldübernahme der V-GmbH auf der Grundlage der Vereinbarung zwischen der D. AG mit der P-GmbH und der V-GmbH am 13. Dezember 2013 sei eine Eigentümergrundschuld nach § 418 Abs. 1 Satz 2, § 1168 Abs. 1, § 1177 Abs. 1 BGB entstanden.

[36] (1) Nach § 418 Abs. 1 Satz 1 BGB erlöschen infolge der Schuldübernahme die für die Forderung bestellten Bürgschaften und Pfandrechte. Besteht für die Forderung eine Hypothek oder eine Schiffshypothek, so tritt das Gleiche ein, wie wenn der Gläubiger auf die Hypothek oder die Schiffshypothek verzichtet (§ 418 Abs. 1 Satz 2 BGB). Die Hypothek fällt somit als Eigentümergrundschuld dem Grundstückseigentümer zu (§ 1168 Abs. 1, § 1177 Abs. 1 BGB).

[37] (2) Der Bundesgerichtshof hat diese Grundsätze zwar auf die Sicherungsgrundschuld übertragen. Nach einer Schuldübernahme geht auch eine für die übernommene Schuld bestellte Sicherungsgrundschuld gemäß § 418 Abs. 1 Satz 2, § 1192 Abs. 1, § 1168 Abs. 1 BGB auf den Grundstückseigentümer über (vgl. Senat, Urteil vom 8. Mai 2015 – V ZR 56/14<sup>18</sup>, NJW 2015, 2872 Rn. 7, 14 mwN; Urteil vom 23. Juni 2017 – V ZR 39/16<sup>19</sup>, WM 2017, 1448 Rn. 16; zu der Rechtslage vor Einführung von § 1192 Abs. 1a BGB vgl. BGH, Urteil vom 3. Februar 1966 – II ZR 176/63<sup>20</sup>, WM 1966, 577, 579). Das folgt aus dem Normzweck. § 418 Abs. 1 Satz 2 BGB dient dem Schutz des Eigentümers, der im Vertrauen auf die Zahlungsfähigkeit und -bereitschaft eines bestimmten Schuldners eine Hypothek bestellt. Er soll im Falle eines ohne seine Einwilligung vorgenommenen Schuldnerwechsels frei werden und nicht für einen anderen, möglicherweise unsiche-

18 DNotZ 2015, 673.

19 DNotZ 2017, 858.

20 DNotZ 1966, 667.

ren Schuldner mit seinem Grundstück haften müssen. In vergleichbarer Situation befindet sich ein Eigentümer, der nicht eine Hypothek, sondern eine Sicherungsgrundschuld bestellt hat. Auch er hat ein schutzwürdiges Interesse daran, nicht ohne seinen Willen für einen anderen Schuldner aufgrund der Grundschuld eintreten zu müssen.

[38] (3) Der Normzweck des § 418 Abs. 1 Satz 2 BGB greift aber nicht ein, wenn der Eigentümer das mit der Grundschuld belastete Grundstück erworben hat, ohne in die Sicherungsabrede einzutreten. Dann hat er kein schützenswertes Vertrauen in die Person des Schuldners gehegt. Nach einer auf die gesicherte Forderung bezogenen Schuldübernahme geht eine Sicherungsgrundschuld nicht auf den Eigentümer über, der das bereits belastete Grundstück erworben hat und nicht Partei der Sicherungsabrede ist. So ist es hier. Der Kläger hat sein Grundstück veräußert und die Sicherungsgrundschuld wurde ohne sein Zutun von dem Erwerber, der P-GbR, bestellt. Im Verhältnis zu dem Kläger, der das Eigentum an dem Grundstück belastet mit der Grundschuld zurückerlangt hat, handelt es sich um eine isolierte Grundschuld. Für diese gilt § 418 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht.

[39] c) Die Widerklage der Beklagten auf Duldung der Zwangsvollstreckung aus der Grundschuld (§ 1147, 1192 Abs. 1 BGB) ist begründet (LG Rostock, 2 O 17/17).

[40] aa) Die Beklagte ist Grundschuldgläubigerin. Sie hat die Grundschuld in Höhe von 500.000 € gemäß § 1192 Abs. 1, § 1154 Abs. 3, § 873 BGB von der zuvor eingetragenen Grundschuldgläubigerin, der D. AG, erworben.

[41] bb) Soweit der Kläger mit seiner Gegenrüge auf Vortrag zu einem kollusiven Zusammenwirken der Beklagten und der P-GmbH im Zusammenhang mit der Abtretung der Grundschuld im Jahr 2013/2014 verweist und hierauf den Vorwurf einer treuwidrigen Verwendung der Grundschuld stützt, ist die Würdigung des Berufungsgerichts nicht zu beanstanden. Nach dem von der Revision aufgezeigten Vortrag will der Kläger den Verdacht einer treuwidrigen Verwendung der Grundschuld auf die „personelle Verstrickung“ zwischen den beteiligten Gesellschaften, auf ein kollusives Zusammenwirken der „nur als Strohmann“ agierenden Beklagten mit dem Geschäftsführer dieser Gesellschaften sowie auf das Verhalten der Beklagten im Rahmen der Herausgabevollstreckung des Klägers stützen. Die Annahme des Berufungsgerichts, ein kollusives Zusammenwirken zwischen der D. AG und der Beklagten sei nicht erkennbar, weist keinen Rechtsfehler auf. Der Inhalt des Forderungs- und Abtretungsvertrags vom November 2014 ist ebenfalls nicht geeignet, den Verdacht zu begründen, die Abtretung der Grundschuld sei in betrügerischer Absicht erfolgt, um – wie die Revision geltend macht – das Vermögen des Klägers zu schädigen. Weder die D. AG noch die Beklagte standen in einem irgendeinem Rechtsverhältnis zu dem Kläger.

[42] cc) Der Kläger hat die Vollstreckung aus der Grundschuld auch wegen der Zinsen ab dem 1. Januar 2014 zu dulden. Es handelt sich um nicht verjährte Zinsen. (...)

**Nr. 3** GBO §§ 53 Abs. 1 S. 2, 71 Abs. 2; BGB §§ 1018, 1090 Abs. 1; ZVG § 52 Abs. 2 (Folge des Erlöschens einer Unterlassungsdienstbarkeit an einzelnen Einheiten eines in Wohnungseigentum aufgeteilten Grundstücks)

**1. Der Umfang des Ausschlusses von Handlungen durch eine Unterlassungsdienstbarkeit kann auch durch Bezeichnung der noch gestatteten Handlungen beschrieben werden. (Tz. 15)**

**2. Dass dem Eigentümer nur eine einzige Nutzungsmöglichkeit verbleibt, steht nicht per se der Zulässigkeit der Unterlassungsdienstbarkeit entgegen. (Tz. 16)**

**3. Die Bezeichnung „Seniorenwohnheim“ genügt im Rahmen der Eintragung der Dienstbarkeit dem Bestimmtheitsgrundsatz. (Tz. 18)**

**4. Erlischt die auf einem in Wohnungseigentum aufgeteilten Grundstück lastende Unterlassungsdienstbarkeit an mehreren Wohneigentumseinheiten, so führt dies nicht ohne Weiteres zur Unzulässigkeit der entsprechenden Eintragung bei den anderen Einheiten (Abgrenzung zu OLG Düsseldorf, NJOZ 2011, 11). (Tz. 20)**

*OLG München, Beschl. v. 14.11.2023 – 34 Wx 167/23 e*

### **Gründe:**

I.

[1] Die Beteiligte zu 1 begehrt die Löschung von Dienstbarkeiten im Grundbuch.

[2] Das betroffene Grundstück ist durch Erklärung gemäß § 8 WEG in Miteigentumsanteile, die jeweils mit dem Sondereigentum an einem Appartement verbunden sind, aufgeteilt. Bei Anlegung der Grundbuchblätter am 22.7.1983 erfolgte in Abteilung II unter Nr. 5 jeweils folgende Eintragung:

Nutzungseinschränkung: Nutzung nur als Seniorenwohnheim, für die ... [= Beteiligte zu 2]; gemäß Bewilligung vom 23.12.1982 – URNr. [...] /Notar R. in B.

[3] Die genannte Bewilligung lautet:

[4] Als Eigentümer des obigen Grundbesitzes bewilligen und beantragen wir, zugunsten der Landeshauptstadt M. eine beschränkt persönliche Dienstbarkeit des Inhalts einzutragen, dass sämtliche auf dem obigen Grundbesitz befindlichen Wohneinheiten nur zum Zwecke des Betriebes eines Senioren-Wohnheimes genutzt werden dürfen.

[5] Mittlerweile ist bei mehreren Einheiten nach Durchführung einer Zwangsversteigerung die Nutzungseinschränkung gelöscht, weil sie nach den Versteigerungsbedingungen nicht mehr bestehen bleiben sollte.

[6] In der Folgezeit wurde die Beteiligte zu 1 als Eigentümerin sämtlicher Einheiten eingetragen.

[7] Mit Schreiben vom 28.3.2022 beantragte die Beteiligte zu 1 die Löschung der Nutzungseinschränkung an allen 171 noch mit dieser Dienstbarkeit belasteten Wohnungs- und Teileigentumseinheiten des Anwesens auf dem verfahrensgegenständlichen Grundstück wegen Unrichtigkeit gemäß § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO.

[8] Das Grundbuchamt wies den Antrag mit Beschluss vom 9.3.2023 zurück. (...)

II.

(...)

[13] 2. (...)

[14] Erweist sich eine Eintragung nach ihrem Inhalt als unzulässig, so ist sie gemäß § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO von Amts wegen zu löschen. Inhaltlich

unzulässig sind Eintragungen, wenn sie Rechte mit einem Inhalt oder in einer Ausgestaltung verlaublichen, wie sie aus Rechtsgründen nach dem sachlichen Regelungsgehalt der Eintragung nicht bestehen können (BGH FGPrax 2015, 5<sup>1</sup>/6; Senat FGPrax 2019, 203<sup>2</sup>; Bauer/Schaub/Bauer § 53 Rn. 66; Demharter § 53 Rn. 42; Hügel/Holzer § 53 Rn. 56). Hiervon ist im Hinblick auf die verfahrensgegenständliche Dienstbarkeit indes nicht auszugehen.

[15] a) Gemäß § 1090 Abs. 1 BGB kann ein Grundstück in der Weise belastet werden, dass derjenige, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, berechtigt ist, das Grundstück in einzelnen Beziehungen zu benutzen, oder dass ihm eine sonstige Befugnis zusteht, die den Inhalt einer Grunddienstbarkeit bilden kann. Daher kann eine solche beschränkte persönliche Dienstbarkeit auch den Ausschluss der Ausübung eines Rechts nach § 1090 Abs. 1 Hs. 2 i. V. m. § 1018 Var. 2 BGB zum Inhalt haben (MüKoBGB/Mohr 9. Aufl. § 1090 Rn. 13). Der Ausschluss muss einzelne Handlungen betreffen; soweit dies der Fall ist, kann er auch negativ durch Bezeichnung der gestatteten Handlungen erfolgen (BayObLGZ 1985, 285<sup>3</sup>/287; Bauer/Schaub/Bayer/Lieder AT C Rn. 287; MüKoBGB/Mohr § 1090 Rn. 13; NachbarR-HdB/Grziwotz 3. Aufl. Kap. 4 Rn. 245; Panz BWNotZ 1984, 36/37). Unzulässig ist es, den Grundstückseigentümer zu einem Tun zu verpflichten (BGH NJW-RR 2003, 733<sup>4</sup>/735; Bauer/Schaub/Bayer/Lieder AT C Rn. 332; MüKoBGB/Mohr § 1090 Rn. 15; Staudinger/Reymann BGB Bearb. 2021 § 1090 Rn. 11; NachbarR-HdB/Grziwotz Kap. 4 Rn. 244; Schöner/Stöber Rn. 1133; Panz BWNotZ 1984, 36/37).

[16] Insoweit bestehen keine durchgreifenden Bedenken gegen die verfahrensgegenständliche Eintragung. Ihr zufolge ist eine Nutzung der betroffenen Wohneigentumseinheiten nur zum Zwecke des Betriebs eines Seniorenwohnheims gestattet; damit wurde von der Möglichkeit einer negativen Formulierung des Ausschlusses Gebrauch gemacht. Eine Verpflichtung zu einem solchen Betrieb beinhaltet dies – anders als in dem der Entscheidung des Bayerischen Obersten Landesgerichts, auf die sich die Beteiligte zu 1 beruft, zugrunde liegenden Fall (BayObLG NJW-RR 2005, 1178) – gerade nicht. Ansonsten wäre in der zulässigerweise in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung nicht das Wort „dürfen“, sondern „müssen“ verwendet worden. Damit ist auch der Einwand der Widersprüchlichkeit, weil der Eintragungsvermerk eine Unterlassungsverpflichtung beinhaltet, die Eintragungsbewilligung hingegen eine positive Leistungspflicht statuiert, entkräftet. Ebenso wenig rechtfertigt es der mit der weitgehenden Beschränkung einhergehende mittelbare Druck, die Zulässigkeit der Dienstbarkeit gleichwohl so zu beurteilen, wie wenn gemäß deren Hauptinhalt die Beteiligte zu 1 rechtlich zu entsprechendem positivem Tun verpflichtet wäre. Zwischen der Dienstbarkeit, die dem Eigentümer die Wahl zwischen mehreren aus seiner

---

1 DNotZ 2015, 113.

2 DNotZ 2020, 199.

3 DNotZ 1986, 231 m. Anm. *Ring*.

4 DNotZ 2003, 533.

Sicht sinnvollen Nutzungsmöglichkeiten belässt, und der Dienstbarkeit, die nur formell Unterlassungspflichten, materiell aber ein positives Tun zum Gegenstand hat und den Eigentümer faktisch zu einer bestimmten Handlungsweise zwingt, lässt sich keine für die Praxis brauchbare Grenze ziehen (BayObLGZ 1985, 285<sup>5</sup>/289; Staudinger/Weber § 1018 Rn. 83). Auch dass der Beteiligten zu 1 letztlich nur eine einzige Nutzungsmöglichkeit verbleibt, steht nicht per se der Zulässigkeit der verfahrensgegenständlichen Unterlassungsdienstbarkeit entgegen (vgl. BGH NJW 2013, 1963/1965; BayObLGZ 1985, 285<sup>6</sup>/288; Bauer/Schaub/Bayer/Lieder AT C Rn. 333; Staudinger/Weber § 1018 Rn. 83; NachbarR-HdB/Grziwotz Kap. 4 Rn. 244; Schöner/Stöber Rn. 1134; Panz BWNNotZ 1984, 36/37; a. A. MüKoBGB/Mohr § 1090 Rn. 16). Nach dem Gesetz reicht es aus, dass dem Eigentümer eine sinnvolle Nutzung des Grundstücks überhaupt möglich bleibt.

[17] b) Die einzelnen Handlungen, die der Grundstückseigentümer nicht vornehmen darf, müssen gemäß dem Bestimmtheitsgrundsatz genau bezeichnet sein (MüKoBGB/Mohr § 1018 Rn. 35; NachbarR-HdB/Grziwotz Kap. 4 Rn. 245; Schöner/Stöber Rn. 1131), wobei es – wie unter a) ausgeführt – genügt, wenn die verbleibende Nutzung beschrieben wird. Erforderlich ist, dass der Umfang der Belastung aus der Eintragung selbst oder in Verbindung mit der Eintragungsbewilligung ohne Weiteres ersichtlich ist. Der Rechtsinhalt muss aufgrund objektiver Umstände erkennbar und für einen Dritten verständlich sein, so dass dieser in der Lage ist, die hieraus folgende höchstmögliche Belastung des Grundstücks einzuschätzen und zumindest eine ungefähre Vorstellung davon zu gewinnen, welche Bedeutung die Dienstbarkeit für das Eigentum haben kann (BGH FGPrax 2015, 57/6; Senat NJW-RR 2011, 1461; Demharter Anh. zu § 13 Rn. 5; Staudinger/Weber § 1018 Rn. 88). Die Existenz einer Legaldefinition und deren Verwendung sind nicht erforderlich.

[18] Auch insoweit bestehen keine durchgreifenden Bedenken gegen die Eintragung einer Nutzungseinschränkung auf den Betrieb eines Seniorenwohnheims (NachbarR-HdB/Grziwotz Kap. 4 Rn. 247). Hierbei handelt es sich im allgemeinen Sprachgebrauch um eine Einrichtung, die in ihrer baulichen Beschaffenheit und ihrem Dienstleistungsangebot auf die besonderen Wohnbedürfnisse älterer Menschen zugeschnitten ist. Warum in diesem Rahmen eine Festlegung auf bestimmte Pflegestufen oder deren Fehlen erforderlich sein sollte, erschließt sich nicht.

[19] c) Erlischt die auf einem in Wohnungseigentum aufgeteilten Grundstück lastende Grunddienstbarkeit an dem versteigerten Grundstücksmiteigentumsanteil eines Wohnungseigentümers, weil sie nach den Versteigerungsbedingungen nicht bestehen bleiben soll, so hat – worauf die Beteiligte zu 1 zutreffend hinweist – die Löschung der Grunddienstbarkeit an der versteigerten Einheit grundsätzlich zur Folge, dass ihre Eintragung auch auf den nicht versteigerten Miteigentumsanteilen der anderen Wohnungseigentü-

---

5 DNotZ 1986, 231 m. Anm. *Ring*.

6 DNotZ 1986, 231 m. Anm. *Ring*.

7 DNotZ 2015, 113.

mer als inhaltlich unzulässig zu löschen ist (OLG Düsseldorf NJOZ 2011, 11; Bauer/Schaub/Bauer § 38 Rn. 50; MüKoBGB/Mohr § 1018 Rn. 21). Eine Ausnahme hiervon besteht allerdings dann, wenn sich die eingetragene Grunddienstbarkeit in ihrer Ausübung lediglich auf das Sondereigentum bezieht (OLG Düsseldorf NJOZ 2011, 11/12).

[20] Nach dieser Maßgabe führt hier die Löschung der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit an mehreren Wohnungseigentumseinheiten nicht zur Unzulässigkeit der entsprechenden Eintragung auch an den anderen Einheiten. Inhalt der Dienstbarkeit in der [der] oben zitierten Entscheidung des Oberlandesgerichts Düsseldorf zugrunde liegenden Konstellation war ein Wege-Durchfahrtsrecht, das seiner Natur nach nicht nur am einzelnen Wohnungseigentum bestehen kann, sondern das gesamte Grundstück ergreift. Im Unterschied hierzu handelt es sich im vorliegenden Fall um eine reine Unterlassungsdienstbarkeit, die für jede Wohnungseigentumseinheit gesondert bestellt wurde und dementsprechend ausgeübt werden kann (vgl. Bauer/Schaub/Bauer § 53 Rn. 50). So führt auch etwa das Erlöschen einer zunächst auf allen Eigentumswohneinheiten eines Grundstücks lastenden beschränkten persönlichen Dienstbarkeit, wonach das Grundeigentum ausschließlich für Zwecke des gewerblichen Fremdenverkehrs genutzt werden darf, bei einer Einheit nicht zum Erlöschen der Dienstbarkeit bei den anderen Einheiten (LG Göttingen NJW-RR 1997, 1105). Der Beteiligten zu 1 ist durchaus zuzugeben, dass vorliegend die durch das Erlöschen der Dienstbarkeit an mehreren Einheiten entstandene Möglichkeit der Mischung des Gebäudes gegebenenfalls zu organisatorischen Problemen im Heimbetrieb führen kann. Dies ändert aber nichts daran, dass es sich hier um eine reine Unterlassungsdienstbarkeit handelt, die wesensgemäß nicht zwingend mit dem Grundstück als solchem verbunden ist. Dementsprechend erfolgte ausweislich der Grundbuchblätter die Bestellung an jeder Wohnungseigentumseinheit, während sie an den jeweiligen Teileigentumseinheiten unterblieb. (...)

**Nr. 4** *BGB § 1093* (Übernahme von Versicherungskosten und Grundsteuer durch den Berechtigten kein zulässiger dinglicher Inhalt eines Wohnungsrechts gemäß § 1093 BGB)

**Ein als beschränkte persönliche Dienstbarkeit vereinbartes Wohnungsrecht kann nicht mit dem Inhalt bestellt werden, dass der Wohnungsberechtigte – auch – mit dinglicher Wirkung dazu verpflichtet sein soll, die anfallenden Kosten der Versicherungen sowie die Grundsteuer zu tragen.**

*OLG Saarbrücken, Beschl. v. 19.5.2023 – 5 W 12/23*

#### **Gründe:**

I.

[1] Der Antragsteller zu 1) ist als Eigentümer des mit einem Wohnhaus bebauten Grundstücks (...) in das Grundbuch von H. eingetragen. Bei dem Antragsteller zu 2) handelt es

sich um den Sohn des Antragstellers zu 1). Durch notarielle Urkunde vom 6. Dezember 2022 des Notariats (...) übertrug der Antragsteller zu 1) dem Antragsteller zu 2) das eingangs bezeichnete Grundstück zu Alleineigentum. Als Gegenleistung wurde dem Antragsteller zu 1) und dessen – vor dem Notar ebenfalls anwesender – Ehefrau ein lebenslanges unentgeltliches Wohnungs- und Mitbenutzungsrecht unter Ausschluss des jeweiligen Eigentümers sowohl für das Wohnhaus als auch für das unbebaute Grundstück bewilligt. Des Weiteren sieht der notarielle Vertrag vor:

„(...) Die berechnete Person trägt die Kosten für Strom, Wasser, Gas und Heizung, für Müllabfuhr-, Straßenreinigungs- und Kaminkehrergebühren, die für den gesamten Vertragsgegenstand anfallenden Versicherungen, die Grundsteuer, die sonstigen laufenden Hauskosten sowie den gewöhnlichen Erhaltungsaufwand. (...)“

[2] Mit Antrag vom 6. Dezember 2022 begehrten die Antragsteller die Eigentumsumschreibung, die Eintragung des Wohnungs- und Mitbenutzungsrechts sowie die Eintragung einer im notariellen Vertrag ebenfalls vorgesehenen Rücküberweisungsvormerkung (...). Mit Verfügung vom 12. Dezember 2022 sowie angegangener Zwischenverfügung [vom] 16. Januar 2023 (...) lehnte das Grundbuchamt die Eintragung des Wohnungs- und Mitbenutzungsrechts (...) ab. (...)

## II.

(...)

[6] 1. (...)

[7] a) Der Inhalt einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit in der Form des Wohnungsrechts gemäß § 1093 Abs. 1 Satz 1 BGB ist durch die Verweisung in § 1090 Abs. 2 BGB auf bestimmte Vorschriften der Grunddienstbarkeit und durch weitere Verweisung in § 1093 Abs. 1 Satz 2 BGB auf Vorschriften des Nießbrauchsrechts gekennzeichnet. Dieser Inhalt kann grundsätzlich nicht durch Vertrag abweichend bestimmt werden, weil auf dem Gebiet des Sachenrechts die Gestaltungsfreiheit weitgehend ausgeschlossen ist. Das Gesetz bestimmt nicht nur die Zahl der dinglichen Rechte abschließend, sondern schreibt auch ihren Inhalt zwingend vor (BayObLG, Beschluss vom 29. Juli 1988 – BReg. 2 Z 76/88<sup>1</sup>, NJW-RR 1989, 14; BayObLG, Beschluss vom 18. Juni 1980 – BReg. 2 Z 28/80<sup>2</sup>, MDR 1980, 935 [Anm. d. Red.: Seitenzahl berichtet]).

[8] Dieser Grundsatz gilt allerdings nicht uneingeschränkt. Abweichende Vereinbarungen über den Inhalt eines dinglichen Rechts sind dann nicht nur mit schuldrechtlicher, sondern auch mit dinglicher Wirkung möglich, wenn entweder das Gesetz selbst die Abänderbarkeit vorsieht oder zulässt oder wenn bei einer Änderung des Inhalts eines Rechts nicht gegen tragende und zwingende Grundprinzipien verstoßen wird, die das Recht prägen (BayObLG, jeweils a. a. O.<sup>3</sup>). Hieraus folgt dann die Eintragungsfähigkeit der entsprechenden Vereinbarung im Grundbuch (BayObLG, Beschluss vom 18. Juni 1980 [Anm. d. Red.: Datum berichtet], a. a. O.<sup>4</sup>).

[9] b) Diese Grundsätze gelten auch für das im Streit stehende dingliche Wohnungsrecht des § 1093 BGB. Dies bedeutet, dass der Inhalt des Wohnungsrechts im Einzelnen durch Vereinbarung der Parteien auch mit dinglicher Wirkung (und damit im Grundbuch eintragungsfähig) insoweit ge-

1 DNotZ 1989, 569.

2 DNotZ 1981, 124.

3 DNotZ 1989, 569 und DNotZ 1981, 124.

4 DNotZ 1981, 124.

regelt werden kann, als das Wesen dieser dinglichen Belastung nicht geändert und nicht gegen als zwingend anzusehende gesetzliche Vorschriften (insbesondere hinsichtlich der Wesensmerkmale der beschränkt persönlichen Dienstbarkeit, der grundsätzlichen Nichtübertragbarkeit des Wohnungsrechts sowie des Ausschlusses des Eigentümers) verstoßen wird (BayObLG, Beschluss vom 18. Juni 1980 a. a. O.<sup>5</sup>).

[10] Soweit vorliegend das Wohnungsrecht jedoch mit dinglicher Wirkung dahingehend vereinbart wurde, dass die Wohnungsberechtigten – auch – die für den Vertragsgegenstand anfallenden Kosten der Versicherungen sowie die Grundsteuer zu tragen haben, verstößt diese Regelung gegen als zwingend anzusehende gesetzliche Vorschriften.

[11] Hauptinhalt des Wohnungsrechts ist die Nutzung des Gebäudes oder eines Teils davon als Wohnung. Diese Nutzung ist grundsätzlich unentgeltlich (BayObLG, jeweils a. a. O.<sup>6</sup>). Bei der Verweisung in § 1093 Abs. 1 Satz 2 BGB auf einzelne Vorschriften über das Nießbrauchsrecht fehlt eine Verweisung sowohl auf § 1045 BGB als auch auf § 1047 BGB. Den Wohnungsrechtinhaber trifft danach zwar die Unterhaltungspflicht aus § 1041 BGB, nicht aber die Versicherungspflicht aus § 1045 BGB und nicht die Lastentragungspflicht aus § 1047 BGB (vgl. OLG Hamm, Beschluss vom 28. April 1997 – 15 W 334/96 –, Rn. 13, juris).

[12] § 1045 Abs. 1 BGB regelt die Pflicht des Nießbrauchers, die Sache für die Dauer seines Nießbrauchs auf seine Kosten zu versichern. Dementsprechend bestimmt § 1047 BGB, dass der Nießbraucher grundsätzlich die öffentlichen und privatrechtlichen Grundstückslasten zu tragen hat. Zu den ersteren gehören Abgabeverpflichtungen, die auf dem öffentlichen Recht beruhen, durch wiederkehrende oder einmalige Geldleistungen zu erfüllen sind und nicht nur die persönliche Haftung des Schuldners voraussetzen, sondern auch die dingliche Haftung des Grundstücks (BGH, Urteil vom 22. Mai 1981 – V ZR 69/80; NJW 1981, 2127). Öffentliche Last in diesem Sinne ist danach auch die Grundsteuer (vgl. § 436 Abs. 2 BGB, Staudinger/Matusche-Beckmann, BGB § 436, Rn. 14).

[13] Demgegenüber hat der Wohnungsberechtigte nach der gesetzlichen Ausgestaltung des Wohnungsrechts – in Ermangelung einer Verweisung in § 1093 Abs. 1 Satz 2 BGB auf §§ 1045, 1047 BGB – im Gegensatz zum Nießbraucher weder diese Grundstückslasten noch die Kosten der Versicherung zu tragen. Durch die Bestimmung in der Bestellsurkunde jedoch, wonach die Wohnungsberechtigten sowohl die Kosten der anfallenden Versicherungen als auch die Grundsteuer zu tragen haben, wird von dieser gesetzlichen Ausgestaltung des Wohnungsrechts abgewichen. Die Bestimmung stellt sich ihrem Wesen nach damit als Vereinbarung eines Entgelts dar. Eine solche ist zwar mit schuldrechtlicher Wirkung zulässig; zum dinglichen Inhalt des Wohnungsrechts kann sie aber nicht gemacht werden (BayObLG, Beschluss vom 29. Juli 1988, a. a. O.<sup>7</sup> siehe auch BGH, Urteil vom 10. Mai

---

5 DNotZ 1981, 124.

6 DNotZ 1989, 569 und DNotZ 1981, 124.

7 DNotZ 1989, 569.

1968 – V ZR 221/64, BeckRS 1968, 31172089; Riedel/Volmer/Wilsch (vormals Schöner/Stöber) Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rn. 1252; Staudinger/Reymann (2017) BGB § 1093, Rn. 47; a. A. LG Gießen, Beschluss vom 10. Januar 1986 – 7 T 6/86; Rpfleger 1986, 174, LG Traunstein, Beschluss vom 1. Juli 1986 – 4 T 1210/86, Rpfleger 1986, 365). Denn damit würde von der Unentgeltlichkeit als einem tragenden Grundsatz des Wohnungsrechts abgewichen.

[14] 2. Die gegenteilige Auffassung lässt sich auch aus den Gründen des von den Antragstellern vorgelegten Beschlusses des Landgerichts Saarbrücken vom 15. September 2003 – 5 T 408/03 (Bl. 30 GA) nicht begründen.

[15] In Abweichung von der hier in Streit stehenden notariellen Vereinbarung über das Wohnungsrecht ging es im dort zu entscheidenden Fall nicht um die Übernahme öffentlicher oder privater Lasten im Sinne des § 1047 BGB bzw. der Versicherungskosten im Sinne des § 1045 BGB, sondern vielmehr um die Übernahme von Verbrauchs- bzw. Betriebskosten durch den Wohnungsberechtigten. Ebenso stellt sich die Situation in dem durch das Oberlandesgericht Nürnberg entschiedenen Fall (Beschluss vom 6. Oktober 2020 – 15 W 2130/20, NZM 2021, 327) dar, auf welchen die Beschwerde Bezug nimmt. Auch dort waren nach der notariellen Vereinbarung die Verbrauchskosten streitgegenständlich, die zudem nicht von dem Wohnungsberechtigten, sondern vielmehr von dem zukünftigen Eigentümer des Grundstücks zu tragen waren.

[16] Bei den Verbrauchskosten handelt es sich indes nicht um auf der Sache ruhende Lasten im Sinne des § 1047 BGB; vielmehr hat der Wohnungsberechtigte – ebenso wie der Nießbraucher – die verbrauchsabhängigen Kosten als Aufwendungen in eigener Sache zu tragen (OLG München, Hinweisbeschluss vom 23. August 2022 – 8 U 1186/22, BeckRS 2022, 35529; MüKoBGB/Pohlmann, 8. Aufl. 2020, BGB § 1047 Rn. 5; Staudinger/Heinze (2017) BGB § 1047, Rn. 3, 9). Einer entsprechenden Regelung mit dinglicher Wirkung steht daher der gesetzliche Grundgedanke des Wohnungsrechts nicht entgegen. (...)

### III. Familienrecht

**Nr. 1** *BGB §§ 1592 Nr. 1 und 2, 1595 Abs. 1 und 2, 1596 Abs. 1 und Abs. 2 S. 1, 1597 Abs. 1, 1600 Abs. 2, 1600d Abs. 4; BGB a. F. (i. d. F. bis zum 30.6.1998) §§ 1600c, 1600d Abs. 2, 1600g Abs. 1; PStG §§ 5 Abs. 1 und 2, 27 Abs. 1 S. 1, 49 Abs. 2; FamFG § 74 Abs. 6 S. 1* (Zustimmungserfordernis bei Vaterschaftsanerkennung nach dem Tod der Mutter)

**Mit dem Tod der Mutter entfällt das Zustimmungserfordernis nach § 1595 Abs. 1 BGB. Für die Wirksamkeit der Vaterschaftsanerkennung genügt in diesem Fall die Zustimmung des Kindes nach § 1595 Abs. 2 BGB bzw. die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters für ein Kind,**

**das geschäftsunfähig oder noch nicht 14 Jahre alt ist (§ 1596 Abs. 2 S. 1 BGB). (Tz. 11)***BGH, Beschl. v. 30.8.2023 – XII ZB 48/23***Gründe:**

I.

[1] Die Antragstellerin begehrt die Beurkundung einer Vaterschaftsanerkennung im Geburtenregister.

[2] Für die im Jahr 1963 geborene Antragstellerin ist im Geburtenregister kein Vater eingetragen. Ihre Mutter verstarb im Jahr 2004. Mit notarieller Urkunde vom 8. Oktober 2021 erkannte der im Jahr 2022 verstorbene Dr. H. die Vaterschaft an. Mit notarieller Urkunde vom 12. November 2021 erteilte die Antragstellerin ihre Einwilligung in die Vaterschaftsanerkennung. Das Standesamt äußerte im Hinblick auf die Regelung in § 1595 Abs. 1 BGB Zweifel an der Wirksamkeit der Vaterschaftsanerkennung und legte die Sache gemäß § 49 Abs. 2 PStG dem Amtsgericht vor.

[3] Das Amtsgericht hat angeordnet, dass in dem „Geburtenbuch/-registereintrag [...] die Vaterschaftsanerkennung nicht beizuschreiben“ ist. (...)

II.

(...)

[7] 2. (...) Das Standesamt hat die von der Betroffenen beantragte Folgebeurkundung nach §§ 5 Abs. 1 und 2, 27 Abs. 1 Satz 1 PStG im Geburtenregister vorzunehmen, weil die Anerkennung der Vaterschaft wirksam ist.

[8] a) Nach § 1595 Abs. 1 BGB bedarf die Anerkennung der Vaterschaft der Zustimmung der Mutter. Ob das Zustimmungserfordernis auch dann noch gilt, wenn die Mutter – wie im vorliegenden Fall – bereits verstorben ist, ist umstritten.

[9] Teilweise wird die Auffassung vertreten, dass das Zustimmungserfordernis über den Tod der Mutter hinaus gilt. Zur Begründung wird im Wesentlichen angeführt, dass der Zweck der Regelung nicht primär dem Schutz der Mutter diene, sondern gerade auch in der Gewährleistung der Statuswahrheit liege. Die alleinige Zustimmung des Kindes biete jedoch keine vergleichbare Garantie für die biologische Richtigkeit des Abstammungsverhältnisses. Biologisch unzutreffende Abstammungsverhältnisse zu ermöglichen, sei kein legitimer Zweck des Abstammungsrechts. Außerdem fänden sich im Gesetzestext keine Anhaltspunkte dafür, dass das Erfordernis der Zustimmung der Mutter eingeschränkt sei. Schließlich verweise auch der Regierungsentwurf (BT-Drucks. 13/4899 S. 54) zum Gesetz zur Reform des Kindschaftsrechts (Kindschaftsrechtsreformgesetz – KindRG) vom 16. Dezember 1997 (BGBl. I S. 2942) das Kind für den Fall des Vorversterbens der Mutter auf das Vaterschaftsfeststellungsverfahren nach § 1600d BGB (vgl. LG Koblenz StAZ 2003, 303; BeckOGK/Balzer [Stand: 1. August 2023] BGB § 1595 Rn. 13.1; BeckOK BGB/Hahn [Stand: 1. August 2023] § 1595 Rn. 4; Soergel/Schmidt-Recla BGB 13. Aufl. § 1595 Rn. 13; Hdb. FamR/Waruschewski 12. Aufl. Kap. 3 Rn. 143).

[10] Nach anderer Auffassung entfällt das Zustimmungserfordernis mit dem Tod der Mutter. Ein höchstpersönliches Beteiligungsrecht setze voraus, dass der Erklärungsbefugte am Leben sei. Auch gehe es nicht darum, die höchstpersönliche Erklärung der Mutter zu ersetzen, sondern diese sei

schlicht entbehrlich geworden. Insofern habe der Gesetzgeber die zu entscheidende Frage nicht geregelt. Es sei kein Grund ersichtlich, den Beteiligten in diesem Fall den Weg über die Anerkennung zu versagen. Auch nach früherem Recht sei eine Anerkennung nach dem Tod der Mutter möglich gewesen. Zudem spreche das Interesse des Kindes gerade nach dem Tod der Mutter eher für eine effiziente und zeitnahe Vaterschaftsfeststellung (vgl. KG StAZ 2017, 305, 306; Staudinger/Rauscher BGB [2011] § 1595 Rn. 15; NK-BGB/Gutzeit 4. Aufl. § 1595 Rn. 5; Grüneberg/Siede BGB 82. Aufl. § 1595 Rn. 3; MünchKommBGB/Wellenhofer 8. Aufl. § 1595 Rn. 14; PWW/Schwonberg BGB 17. Aufl. § 1595 Rn. 1; Erman/Hammermann BGB 16. Aufl. § 1595 Rn. 8; Gernhuber/Coester-Waltjen Familienrecht 7. Aufl. § 54 Rn. 35; Franck FamRZ 2023, 709 f.; Rauscher FPR 2002, 359, 363).

[11] b) Die letztgenannte Auffassung trifft zu. Mit dem Tod der Mutter entfällt das Zustimmungserfordernis nach § 1595 Abs. 1 BGB. Für die Wirksamkeit der Vaterschaftsanerkennung genügt in diesem Fall die Zustimmung des Kindes nach § 1595 Abs. 2 BGB oder die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters für ein Kind, das geschäftsunfähig oder noch nicht 14 Jahre alt ist (§ 1596 Abs. 2 Satz 1 BGB). Dies ergibt sich zwar nicht unmittelbar aus dem Wortlaut des § 1595 Abs. 1 BGB. Eine am Zweck der Vorschrift orientierte Auslegung der Vorschrift führt jedoch zu dem Ergebnis, dass nach dem Tod der Mutter deren Zustimmung zu der Vaterschaftsanerkennung entbehrlich ist.

[12] aa) § 1595 Abs. 1 BGB ist einer Auslegung zugänglich, weil die Vorschrift die Folgen, die der Tod der Mutter für das Zustimmungserfordernis hat, nicht ausdrücklich und zweifelsfrei regelt. Einerseits ist nach dem Gesetzestext die Zustimmung der Mutter zu der Vaterschaftsanerkennung uneingeschränkt erforderlich. Andererseits enthalten die § 1595 Abs. 2 und § 1596 Abs. 1 BGB verschiedene Regelungen für die Zustimmung, falls die Mutter nicht sorgeberechtigt (§ 1595 Abs. 2 BGB), geschäftsunfähig oder beschränkt geschäftsfähig (§ 1596 Abs. 1 BGB) ist. Zu der hier entscheidenden Frage, welche Auswirkungen der Tod der Mutter auf das Vaterschaftsanerkennungsverfahren hat, verhalten sich diese Vorschriften indes nicht. Diese Frage muss daher im Wege der Auslegung der Vorschrift geklärt werden.

[13] bb) Entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts liegt der Zweck der Regelung des § 1595 Abs. 2 BGB nicht vorrangig in der Gewährleistung der Abstammungswahrheit. Durch die Einführung des § 1595 Abs. 1 BGB wollte der Reformgesetzgeber vielmehr die Rechtsstellung der Mutter bei der Anerkennung der Vaterschaft stärken, indem er ihr ein eigenes Zustimmungsrecht einräumt (BT-Drucks. 13/4899 S. 54).

[14] Nach der bis zum Inkrafttreten des Kindschaftsrechtsreformgesetzes am 1. Juli 1998 geltenden Fassung des § 1600c BGB aF war zur Wirksamkeit der Vaterschaftsanerkennung nur die Zustimmung des Kindes erforderlich. Diese wurde im Rahmen der gesetzlichen Amtspflegschaft nach §§ 1706 ff. BGB aF durch das Jugendamt abgegeben. Bei einem Kind, das im Zeitpunkt der Anerkennung bereits mindestens 14 Jahre alt war, hatte

das Jugendamt die in diesem Fall vom Kind selbst zu erteilende Zustimmung zu genehmigen (§ 1600d Abs. 2 BGB aF). Eine Mitwirkung der Mutter am Zustandekommen einer wirksamen Vaterschaftsanerkennung war vom Gesetz nicht vorgesehen. Da die Rechtsstellung der Mutter von der Anerkennung betroffen werden kann, etwa wegen der Umgangsrechte des Vaters (vgl. BT-Drucks. 13/4899 S. 54), wollte der Reformgesetzgeber der Mutter mit dem Zustimmungserfordernis ein eigenes Mitwirkungsrecht an der Vaterschaftsanerkennung einräumen, statt sie – wie nach bisherigem Recht – auf das Vaterschaftsanfechtungsverfahren zu verweisen.

[15] Weil aber die Mutter die ihr zustehenden Rechte nach ihrem Tod nicht mehr ausüben kann, wirkt sich eine nach ihrem Tod anerkannte Vaterschaft auf ihre Rechtsstellung insoweit nicht mehr aus, so dass der primäre Zweck des Zustimmungserfordernisses mit dem Tod der Mutter entfällt (vgl. KG StAZ 2017, 305, 306; Rauscher FPR 2002, 359, 363).

[16] cc) Der Auffassung, dass nach dem Tod der Mutter eine Vaterschaftsanerkennung noch möglich ist, kann auch nicht entgegengehalten werden, aus der Begründung des Regierungsentwurfs ergebe sich, dass der Reformgesetzgeber das Kind im Fall des Vorversterbens der Mutter allein auf das Vaterschaftsanerkennungsverfahren habe verweisen wollen (so etwa Beck-OGK/Balzer [Stand: 1. August 2023] BGB § 1595 Rn. 13.1.; BeckOK BGB/Hahn [Stand: 1. August 2023] § 1595 Rn. 4). Zu Recht führt die Rechtsbeschwerde hierzu aus, dass ein entsprechender Wille des Gesetzgebers im Wortlaut der Vorschrift nicht zum Ausdruck kommt (vgl. Staudinger/Rauscher BGB [2011] § 1595 Rn. 15).

[17] Zwar wird in den Gesetzesmaterialien ausgeführt, bei einer Verweigerung der Zustimmung der Mutter sei es sinnvoll, diese Zustimmung nicht durch eine gerichtliche Entscheidung zu ersetzen, sondern ein Vaterschaftsfeststellungsverfahren durchzuführen. Dasselbe gelte auch, wenn die Mutter tot oder unbekanntem Aufenthalts sei. Auch in diesen Fällen sei ein Vaterschaftsfeststellungsverfahren für das Kind wegen der größeren Sicherheit günstiger (vgl. BT-Drucks. 13/4899 S. 54). Um die gerichtliche Ersetzung der Zustimmung der Mutter geht es im vorliegenden Fall jedoch nicht, sondern um die Frage, ob mit dem Tod der Mutter das Zustimmungserfordernis entfällt, weil die Mutter dieses Recht nicht mehr ausüben kann. Hiermit befasst sich die Gesetzesbegründung nicht ausdrücklich.

[18] Ob die in der Gesetzesbegründung geäußerte Vorstellung von der Wirkungsweise der Vorschrift tatsächlich einen für die Gesetzesanwendung verbindlichen Willen des Gesetzgebers dahingehend, dass nach dem Tod der Mutter die Möglichkeit eines Vaterschaftsanerkennungsverfahrens grundsätzlich ausgeschlossen sein soll, repräsentieren kann, erscheint insbesondere im Hinblick auf die bis zum Inkrafttreten des Kindschaftsrechtsreformgesetzes geltende Rechtslage fraglich. Nach früherem Recht waren der Mutter im Vaterschaftsanerkennungsverfahren keinerlei Beteiligungsrechte eingeräumt. Die „biologische Wahrheit“ der Vaterschaftsanerkennung wurde nur durch die Beteiligung des Jugendamts im Rahmen der gesetzlichen Amtspflegschaft nach §§ 1706 ff. BGB aF gewährleistet, das bei einem minderjährigen Kind die Zustimmung zu erklären bzw. bei einem

Kind, das im Zeitpunkt der Anerkennung bereits mindestens 14 Jahre alt war, die vom Kind selbst zu erteilende Zustimmung zu genehmigen hatte (§ 1600d Abs. 2 BGB aF). Bei volljährigen Kindern war hingegen nach früherem Recht für eine Vaterschaftsanerkennung nur die Erklärung des Vaters und die Zustimmung des Kindes erforderlich. Die Mutter hatte lediglich die Möglichkeit, die Vaterschaft anzufechten (§ 1600g Abs. 1 BGB aF). Deshalb war bis zum Inkrafttreten des Kindschaftsrechtsreformgesetzes unstreitig eine Anerkennung der Vaterschaft auch nach dem Tod der Mutter möglich (vgl. MünchKommBGB/Wellenhofer 8. Aufl. § 1595 Rn. 14; Frank StAZ 2013, 133, 135). Dass der Gesetzgeber mit der Einführung des Zustimmungserfordernisses in § 1595 Abs. 1 BGB diese bis zum Inkrafttreten des Kindschaftsrechtsreformgesetzes geltende Rechtslage ändern und nach dem Tod der Mutter ein Vaterschaftsanerkennungsverfahren generell ausschließen wollte, ist zweifelhaft und hat jedenfalls im Gesetzestext keinen Niederschlag gefunden.

[19] dd) Einer Auslegung des § 1595 Abs. 1 BGB in dem vorgenannten Sinn steht auch nicht die Erwägung des Beschwerdegerichts entgegen, dass die Zustimmung der Mutter eine höhere Gewähr für die biologische Richtigkeit der Anerkennung biete als der übereinstimmende Wille von Anerkennendem und Kind, weil das Kind regelmäßig keine vergleichbare Kenntnis von seiner Abstammung habe (so auch LG Koblenz StAZ 2003, 303; Beck-OGK/Balzer [Stand: 1. August 2023] BGB § 1595 Rn. 13.1.). Denn der Gesetzgeber darf typisierend davon ausgehen, dass die erforderliche Zustimmung des Kindes aufgrund dessen sozialer Beziehung zu Mutter und Vater auch eine gewisse Gewähr für die biologische Abstammung bietet.

[20] Auch wenn das Abstammungsrecht grundsätzlich darauf abzielt, die biologische Abstammung abzubilden, räumt das Gesetz der „biologischen Wahrheit“ bei der Abstammung keinen unbedingten Vorrang ein. So knüpft das Gesetz in § 1592 Nr. 1 und 2 BGB für die abstammungsrechtliche Zuordnung eines Kindes zum (rechtlichen) Vater nicht an die biologische Abstammung, sondern mit der Geburt während einer bestehenden Ehe (Nr. 1) und der Vaterschaftsanerkennung (Nr. 2) an objektive Tatbestände an, die aufgrund sozialer Beziehungen auf die Richtigkeit des Abstammungsverhältnisses schließen lassen sollen. Auch im Fall der Vaterschaftsanerkennung mit Zustimmung der Mutter wird die biologische Vaterschaft nicht geprüft. Dem deutschen Abstammungsrecht sind daher Vater-Kind-Zuordnungen geläufig, die zwar auf einer typisierten Vaterschaftswahrscheinlichkeit beruhen, aber fehlerhafte Zuordnungen vorbehaltlich bestehender Anfechtungsmöglichkeiten bewusst in Kauf nehmen (Senatsbeschluss vom 3. August 2016 – XII ZB 110/16 – FamRZ 2016, 1847 Rn. 15). Zudem zeigen auch die Regelungen in § 1600 Abs. 2 BGB, wonach der leibliche Vater nur dann zur Anfechtung der Vaterschaft berechtigt ist, wenn zwischen dem Kind und seinem rechtlichen Vater keine sozial-familiäre Beziehung besteht, und in § 1600d Abs. 4 BGB, wonach ein Samenspender unter den dort genannten weiteren Voraussetzungen nicht als Vater festgestellt werden kann, dass das Abstammungsrecht der biologischen Vaterschaft keinen zwingenden Vorrang einräumt (vgl. Franck FamRZ 2023, 709, 710).

[21] Bei der Vaterschaftsanerkennung wird dem Gesichtspunkt der Abstammungswahrheit nur insoweit Rechnung getragen, als durch die Zustimmungserfordernisse in § 1595 Abs. 1 und 2 BGB die Erklärung des Anerkennenden der Kontrolle durch andere Beteiligte unterworfen wird. Mutter und Kind brauchen sich einen Vater nicht aufdrängen lassen, wenn das Kind nicht leiblich von ihm abstammt (Grüneberg/Siede BGB 82. Aufl. § 1595 Rn. 1; vgl. auch Staudinger/Rauscher BGB [2011] § 1595 Rn. 15). Ist die Mutter bereits verstorben und kann sie daher nicht mehr darüber entscheiden, ob sie die Zustimmung erteilt oder ablehnt, wird zur Wirksamkeit der Anerkennungserklärung die Zustimmung des Kindes nach § 1595 Abs. 2 BGB erforderlich (vgl. KG StAZ 2017, 305, 306; Staudinger/Rauscher BGB [2011] § 1595 Rn. 15; NK-BGB/Gutzeit 4. Aufl. § 1595 Rn. 5). Durch die Zustimmung des volljährigen Kindes oder die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters für ein Kind, das geschäftsunfähig oder noch nicht 14 Jahre alt ist (§ 1596 Abs. 2 BGB), wird die Statuswahrheit hinreichend gewahrt. Zwar werden das Kind bzw. dessen gesetzlicher Vertreter meist nicht über die gleichen Kenntnisse wie die verstorbene Mutter über die biologische Abstammung des Kindes verfügen. Hat das Kind oder dessen gesetzlicher Vertreter Zweifel an der biologischen Vaterschaft, kann die Zustimmung jedoch verweigert und damit der Anerkennende auf das Vaterschaftsfeststellungsverfahren verwiesen werden, in dem dann die biologische Abstammung geklärt werden kann. Somit bietet das Erfordernis der Zustimmung nach § 1595 Abs. 2 BGB ausreichenden Schutz vor unzutreffenden Vaterschaftsanerkennungen.

[22] ee) Schließlich spricht auch das Interesse des Kindes dafür, dass nach dem Tod der Mutter die Möglichkeit einer Vaterschaftsanerkennung bestehen bleibt. Nimmt man mit dem Beschwerdegericht an, dass nach dem Tod der Mutter dem Anerkennenden und dem Kind die Möglichkeit einer Vaterschaftsanerkennung verschlossen ist, wäre das Kind zur Herstellung einer rechtlichen Vater-Kind-Beziehung auch in unproblematischen Abstammungssituationen stets auf die Durchführung des aufwändigen und regelmäßig zeitintensiven gerichtlichen Vaterschaftsfeststellungsverfahrens angewiesen (Staudinger/Rauscher BGB [2011] § 1595 Rn. 15; vgl. auch DIJuF-Rechtsgutachten JAmt 2004, 298, 300). Möglicherweise bliebe das Kind auch gegen seinen Willen und den des anerkennungs-bereiten Mannes ohne Vater, wenn sich die biologische Vaterschaft des Anerkennenden nicht feststellen (KG StAZ 2017, 305, 306) und sich nach dem Tod der Mutter auch kein anderer biologischer Vater ermitteln lässt. Gerade nach dem Tod der Mutter besteht aber ein Interesse des Kindes an einer effizienten und zeitnahen Möglichkeit, einen rechtlichen Vater zu erhalten (vgl. Staudinger/Rauscher BGB [2011] § 1595 Rn. 15). Dass sich bei fortbestehender Möglichkeit einer Vaterschaftsanerkennung über den Tod der Mutter hinaus im Einzelfall eine Vater-Kind-Beziehung ergeben kann, die nicht der biologischen Abstammung entspricht, fällt demgegenüber nicht entscheidend ins Gewicht. Denn auch bei einer Vaterschaftsanerkennung, die mit Zustimmung der Mutter erfolgt, ist die Abstammungswahrheit nicht gewährleistet. (...)

**Nr. 2** *BGB § 1375 Abs. 1; InstitutsVergV § 20 Abs. 4 Nr. 1* (Berücksichtigung hinausgeschobener Ansprüche auf variable Vergütungsbestandteile im Zugewinnausgleich)

**1. Gegen die Berücksichtigung von hinausgeschobenen Ansprüchen auf variable Vergütungsbestandteile in Long-Term-Incentive-Programmen (LTI) regulierter Vergütungssysteme als Vermögenswert im Zugewinnausgleich spricht es, wenn mit der hinausgeschobenen Zahlung aus dem LTI nicht nur die Arbeitsleistung des Mitarbeiters im Geschäftsjahr und der mit ihr erwirtschaftete Erfolgsbeitrag, sondern darüber hinaus auch die Compliance-Konformität seiner Arbeitsleistung während des gesamten – am Stichtag noch nicht abgelaufenen – Zurückbehaltungszeitraums abgegolten wird. (Tz. 20)**

**2. § 20 Abs. 4 Nr. 1 InstitutsVergV schließt in den Fällen, in denen die variablen Vergütungsbestandteile vollständig erst am Ende des Zurückbehaltungszeitraums verdient werden (sog. cliff vesting), nicht nur die Entstehung des Anspruchs, sondern ausdrücklich auch die Entstehung der „Anwartschaft“ während des Zurückbehaltungszeitraums vollständig aus. Aus Sicht des Aufsichtsrechts ist es hiernach eindeutig, dass für den Risikoträger eine gesicherte Rechtsposition an dem zurückbehaltenen Teil der variablen Vergütung vor dem Ablauf des Zurückbehaltungszeitraums grundsätzlich nicht entstehen soll. (Tz. 25)**

**3. Gegen die Annahme, dass am Stichtag bereits eine hinreichend gesicherte Rechtsposition an künftigen Zahlungen aus dem LTI erlangt wird, spricht darüber hinaus der Umstand, dass der Anspruch nicht zur Entstehung gelangt, wenn der Mitarbeiter vor dem Ablauf des Zurückbehaltungszeitraums als sog. Bad Leaver aus dem Unternehmen ausscheidet. (Tz. 26)\***

*BGH, Beschl. v. 13.9.2023 – XII ZB 400/22*

## **Gründe:**

A.

[1] Der Antragsteller (im Folgenden: Ehemann) und die Antragsgegnerin (im Folgenden: Ehefrau) sind geschiedene Eheleute. Sie streiten um Zugewinnausgleich und im Rechtsbeschwerdeverfahren noch darum, ob und gegebenenfalls mit welchem Wert variable Vergütungsbestandteile des von dem Ehemann erzielten Arbeitseinkommens in dessen Endvermögen zu berücksichtigen sind.

[2] Die Beteiligten schlossen am 22. August 1986 die Ehe; der Scheidungsantrag wurde am 21. Juni 2016 gestellt. Der Ehemann war am Ende der Ehezeit als außertariflicher Mitarbeiter bei der C-Bank beschäftigt. Sein Gehalt bestand aus festen und variablen Vergütungsbestandteilen. Vertragliche Grundlage der variablen Vergütung, die teilweise bar und teilweise aktienbasiert gewährt wurde, war der „C. Incentive Plan“ (CIP). Der CIP bestimmte für diejenigen Mitarbeiter, die aufgrund von Aufgabenstellung und Kompetenzen mit ihrer Tätigkeit einen wesentlichen Einfluss auf das Gesamtrisiko der Bank nehmen („Risk Taker“) und zu denen auch der Ehemann gehörte, dass die variable Vergütung grundsätzlich in zwei Formen auszuzahlen war, nämlich zum Teil als „Short Term Incentive“ (STI) im April (Barbetrag) bzw. im Oktober (aktienbasierter Betrag) des

---

\* Leitsätze der Schriftleitung.

auf das maßgebliche Geschäftsjahr folgenden Jahres und zum Teil als „Long Term Incentive“ (LTI) nach Ablauf eines dreijährigen Zurückbehaltungszeitraums („Deferral Period“) und einer daran anschließenden Sperrfrist („Retention Period“) im Oktober des vierten Jahres nach dem maßgeblichen Geschäftsjahr. Über die Höhe der variablen Vergütung wurde auf der Grundlage einer nach Abschluss des Geschäftsjahres durchgeführten „Performance Bewertung I“ entschieden, durch die der individuelle Erfolgsbeitrag des Mitarbeiters bewertet werden sollte. Nach Durchführung dieser Bewertung wurde der Gesamtbetrag der variablen Vergütung festgelegt, die im Hinblick auf ihren Anteil aus dem LTI lediglich indikativ war. Die endgültige Entscheidung über einen Anspruch aus dem LTI fiel nach Ablauf des dreijährigen Zurückbehaltungszeitraums. Sie beruhte auf der „Performance Bewertung II“, mit der einerseits die vergütungsrelevanten Ergebnisse der „Performance Bewertung I“ in der Rückschau auf ihre Richtigkeit überprüft und andererseits verschiedene weitere personen- und unternehmensbezogene Kriterien Berücksichtigung finden sollten. Die maßgeblichen Bestimmungen des CIP haben auszugswise den folgenden Wortlaut:

„Teil A Terms

(...)

#### 4. Bad Leaver/Good Leaver

(1) Bad Leaver sind Mitarbeiter,

a) deren Arbeitsvertrag die Bank durch Kündigung aus wichtigem Grund oder durch verhaltensbedingte Kündigung beendet hat oder bei denen das Arbeitsverhältnis aus Gründen beendet wird, die eine solche Kündigung rechtfertigen würden, oder

b) mit befristetem Arbeitsverhältnis, welches bei Ablauf der Befristung aus verhaltensbedingten Gründen nicht verlängert wird oder aus Gründen, die eine fristlose Kündigung rechtfertigen würden, oder

c) die das Arbeitsverhältnis durch Eigenkündigung beenden bzw. auf eigenen Wunsch eine vorzeitige (...) Beendigung eines befristeten Arbeitsvertrages herbeiführen, vorbehaltlich des Absatzes 3.

(2) Alle anderen ausscheidenden Mitarbeiter sind Good Leaver.

(3) Abweichend von Abs. 1 lit. c) sind auch solche Mitarbeiter Good Leaver,

a) die kündigen, um karitative oder gemeinnützige Zwecke zu fördern oder

b) die kündigen und unmittelbar nach dem Ausscheiden Altersrente beziehen oder

c) die wegen vollständiger bzw. teilweiser Erwerbsminderung ausscheiden oder

d) die nach dem Ausscheiden keiner Erwerbstätigkeit mehr nachgehen und nicht mit mehr als 1 % an einem Konkurrenten der Bank oder eines Konkurrenzunternehmens beteiligt sind oder

e) bei denen die Bank im Einzelfall entscheidet, sie als Good Leaver zu behandeln

(...)

#### 11. Performance Bewertung

(...)

Die Performance Bewertung I ist die Bewertung des individuellen Erfolgsbeitrags des Mitarbeiters für ein Geschäftsjahr (...)

Die Performance Bewertung II beinhaltet die Überprüfung der jeweils zugrunde liegenden Performance Bewertung I und des Verhaltens des Mitarbeiters in der Deferral Period hinsichtlich der Anspruchsstehung beim LTI

(...)

Teil B Conditions

(...)

#### III. Variable Vergütung

(...)

#### 6. Festsetzung des Gesamtbetrages der variablen Vergütungen

(1) Die Festsetzung des Gesamtbetrages der variablen Vergütungen für ein Geschäftsjahr (...) hat

1. die Risikotragfähigkeit, die mehrjährige Kapitalplanung und die Ertragslage der Bank zu berücksichtigen;

2. sicherzustellen, dass die Fähigkeit der Bank gegeben ist, eine angemessene Eigenmittel- und Liquiditätsausstattung dauerhaft aufrechtzuerhalten oder wiederherzustellen; (...)

(2) Die Festsetzung des Gesamtbetrages der variablen Vergütungen ist im Falle eines negativen Geschäftserfolgs der Bank oder des Konzerns oder bei Nichtvorliegen der in Absatz 1 genannten Voraussetzungen, in der Regel nicht zulässig (sogenannter Poolvorbehalt).

(...)

#### IV. Performance Bewertungen

(...)

##### 12. Performance Bewertung II

(...)

(2) Ob Hinderungsgründe für eine Anspruchsentstehung aus den Kriterien gemäß Ziffern V.14.2 und/oder 14.3 gegeben sind, wird mithilfe der Risk Taker Scorecard (RSC) geprüft und dokumentiert, die während und nach Ablauf der Deferral Period ausgefüllt wird.

(...)

#### V. LTI

##### 13. Anspruchsentstehung aus dem LTI

(1) Ein Anspruch aus dem LTI entsteht frühestens nach Ablauf der Deferral Period, soweit zwischenzeitlich keine Umstände eingetreten sind, die die Anspruchsentstehung ganz oder teilweise verhindern.

(2) Der Anspruch aus dem LTI entsteht nicht, wenn der Arbeitsvertrag des Mitarbeiters vor Ablauf der Deferral Period geendet hat und der Mitarbeiter als Bad Leaver ausgeschieden ist.

(3) Die Entscheidung über die Anspruchsentstehung aus dem LTI trifft die Bank auf der Grundlage der Performance Bewertung II (...)

##### 14. Kriterien

Die Anspruchsentstehung aus dem LTI ist bei Risk Takern von folgenden Kriterien abhängig:

###### 14.1 Poolvorbehalt und/oder Untersagung der Aufsichtsbehörde

Die Anforderungen aus Ziffer III. 6 müssen von der Bank bzw. vom C.-Konzern erfüllt werden. Ist der Pool während der Deferral Period wegen teilweiser oder vollständiger Nichterfüllung der Anforderungen zu reduzieren oder zu streichen, kann sich der mögliche Anspruch auf den LTI reduzieren oder vollständig entfallen (...)

###### 14.2 Performance-Überprüfung

Sollte sich im Rahmen der Performance Bewertung II (...) erweisen, dass die vergütungsrelevante Bewertung der Performance des Mitarbeiters oder des von ihm betriebenen Geschäfts bzw. Geschäftsmodells im Geschäftsjahr (...) signifikant unzutreffend waren, kann sich der mögliche Anspruch entsprechend reduzieren oder vollständig entfallen.

###### 14.3. Regeln, Anweisungen und Informationen

Geschäftsjahresunabhängig verfallen alle bestehenden LTIs, wenn eine der folgenden Voraussetzungen erfüllt ist:

Relevante Verletzung der Missachtung risikorelevanter oder geschäftsbezogener Anweisungen.

Unvollständige, unrichtige oder irreführende Information zu risikorelevanten oder geschäftsbezogenen Sachverhalten.

Relevante Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten

(...)

#### VII. Allgemeine Bestimmungen

(...)

##### 22. Beendigung des Arbeitsverhältnisses

(...)

(2) Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Tod, Eintritt in den Ruhestand, Vorruhestand oder Erwerbsunfähigkeit hat keine Auswirkungen auf Anspruchsentstehung und/oder Auszahlung. Sowohl die Kriterien für die Anspruchsentstehung als auch die Auszahlungszeitpunkte bleiben unberührt. Der Anspruch ist vererblich. (...)"

[3] Der Arbeitgeber des Ehemanns legte für die Jahre 2013 bis 2015 im März der jeweiligen Folgejahre den Gesamtbetrag der variablen Vergütung für das vergangene Geschäftsjahr fest. Dabei wurden dem Ehemann voraussichtliche Vergütungen aus dem

LTI in Höhe von 50.000 € (für 2013), 96.000 € (für 2014) und 94.800 € (für 2015) angekündigt.

[4] Das Amtsgericht hat die Ehe der Beteiligten durch Beschluss vom 24. Mai 2019 rechtskräftig geschieden und die zunächst im Scheidungsverband anhängig gemachte güterrechtliche Folgesache abgetrennt. In dieser hat der Ehemann zunächst die Zahlung von Zugewinnausgleich in Höhe von 1.550.000 € geltend gemacht. (...)

B.

(...)

II.

(...)

[12] § 1375 Abs. 1 Satz 1 BGB definiert das Endvermögen als das Vermögen, das einem Ehegatten nach Abzug der Verbindlichkeiten bei der Beendigung des Güterstands gehört. Das Endvermögen setzt sich hiernach aus allen positiven Vermögenswerten und Verbindlichkeiten eines Ehegatten zusammen, die diesem bei Beendigung des Güterstandes – oder zu einem Zeitpunkt, der an die Stelle der Beendigung des Güterstandes tritt – zustehen. Zu den im Endvermögen zu berücksichtigenden Vermögenswerten zählen alle dem Ehegatten zustehenden rechtlich geschützten Positionen mit wirtschaftlichem Wert, das heißt neben den dem Ehegatten gehörenden Sachen alle ihm zustehenden objektiv bewertbaren Rechte, sofern sie am Stichtag bereits entstanden und noch vorhanden sind (vgl. Senatsbeschluss vom 4. Dezember 2013 – XII ZB 534/12 – FamRZ 2014, 368 Rn. 24). Um einen solchen Vermögenswert handelt es sich bei dem künftigen Vergütungsanspruch des Ehemanns aus dem LTI für die Jahre 2013 bis 2015 nicht.

[13] 1. Allerdings steht es einer Einbeziehung der am Stichtag noch nicht ausgezahlten variablen Vergütung in den Zugewinnausgleich nicht bereits entgegen, dass es sich dabei um Bestandteile des von dem Ehemann bezogenen Arbeitseinkommens handelt. Nach den nicht angegriffenen Feststellungen des Beschwerdegerichts wären aus dem LTI zufließende Geldbeträge im Hinblick auf die insgesamt günstigen Einkommensverhältnisse der Beteiligten nicht für deren Lebensbedarf benötigt, sondern absehbar nur für die Vermögensbildung verwendet worden. Danach begegnet es keinen rechtlichen Bedenken, wenn das Beschwerdegericht diesen Bestandteil des von dem Ehemann erzielten Arbeitseinkommens nicht als künftiges unterhaltsrechtlich relevantes Einkommen behandelt und nicht schon aus diesem Grunde aus dem güterrechtlichen Ausgleich ausgeschlossen hat (vgl. Staudinger/Thiele BGB [2017] § 1374 Rn. 5). (...)

[14] 2. Ebenfalls zutreffend (...) ist die Beurteilung des Beschwerdegerichts, dass am Stichtag 21. Juni 2016 noch kein Anspruch auf Zahlungen aus dem LTI für die Geschäftsjahre 2013 bis 2015 entstanden war.

[15] Mit Recht hat das Beschwerdegericht insoweit auf den Wortlaut von Ziffer B. V. 13 Abs. 1 CIP abgestellt, wonach ein Anspruch aus dem LTI frühestens nach Ablauf der Deferral Period entsteht. Nur diese Sichtweise steht im Einklang mit den aufsichtsrechtlichen Bestimmungen in § 20 Abs. 4 Nr. 1 und 2 der am 1. Januar 2014 in Kraft getretenen Institutsvergütungsverordnung (InstitutsVergV) vom 16. Dezember 2013 (BGBl. I S. 4270), nach

denen während des Zurückbehaltungszeitraums für den Begünstigten kein Anspruch auf den zurückbehaltenen Teil der variablen Vergütung, sondern allenfalls ein Anspruch auf fehlerfreie Ermittlung der variablen Vergütung als Merkposten in einem Konto oder Depot bestehen darf (vgl. auch Auslegungshilfe zur Institutsvergütungsverordnung der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht [Stand: 15. Februar 2018], veröffentlicht auf [www.bafin.de](http://www.bafin.de), Umdruck S. 61); eine entsprechende Regelung enthielt auch die mit Ablauf des 31. Dezember 2013 außer Kraft getretene Vorgängerregelung (vgl. § 5 Abs. 4 der Instituts-Vergütungsverordnung vom 6. Oktober 2010, BGBl. I S. 1374). Mit den vorgenannten Bestimmungen zur hinausgeschobenen Entstehung des Vergütungsanspruchs mag zwar in erster Linie intendiert gewesen sein, eine vergütungswirksame Berücksichtigung von negativen Einflüssen während des Zurückbehaltungszeitraums in arbeitsrechtlicher Hinsicht abzusichern (vgl. Begründung zur Verordnung über die aufsichtsrechtlichen Anforderungen an Vergütungssysteme von Instituten in der Fassung der Bekanntmachung vom 6. Oktober 2010, Anmerkung zu den §§ 5, 6 und 8, veröffentlicht auf [www.bafin.de](http://www.bafin.de); vgl. auch Annuß in Annuß/Früh/Hasse Institutsvergütungsverordnung Versicherungsvergütungsverordnung § 20 InstitutsVergV Rn. 6; Buscher/Hannemann/Wagner/Weigl Institutsvergütungsverordnung S. 219 f.). Das ändert aber nichts daran, dass die an den regulatorischen Vorgaben orientierte Vertragsgestaltung beim CIP in dieser Hinsicht eindeutig ist.

[16] 3. Entgegen der Ansicht des Beschwerdegerichts sind künftige Ansprüche auf Zahlungen aus dem LTI für die Geschäftsjahre 2013 bis 2015 aber auch nicht unter dem Gesichtspunkt einer rechtlich geschützten Anwartschaft in die Vermögensbilanz des Ehemanns einzustellen.

[17] a) Richtig sind allerdings die rechtlichen Ausgangspunkte des Beschwerdegerichts: In die Berechnung des Zugewinnausgleichs können grundsätzlich auch rechtlich geschützte Anwartschaften mit ihrem gegenwärtigen Vermögenswert sowie die ihnen vergleichbaren Rechtsstellungen einbezogen werden, die einen Anspruch auf künftige Leistung gewähren, sofern diese nicht mehr von einer Gegenleistung abhängig und nach wirtschaftlichen Maßstäben – notfalls durch Schätzung – bewertbar sind (Senatsbeschluss vom 4. Dezember 2013 – XII ZB 534/12 – FamRZ 2014, 368 Rn. 24; vgl. auch Senatsurteil BGHZ 146, 64 = FamRZ 2001, 278, 280). Bloße Erwerbsaussichten sowie in der Entwicklung begriffene Rechte, die noch nicht zur rechtlich geschützten Anwartschaft erstarkt sind, bleiben demgegenüber unberücksichtigt (vgl. Senatsbeschluss vom 4. Dezember 2013 – XII ZB 534/12 – FamRZ 2014, 368 Rn. 24 und Senatsurteil vom 28. Februar 2007 – XII ZR 156/04 – FamRZ 2007, 877 Rn. 14).

[18] Hiernach wurden in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs die Rechtsstellung eines Nacherben (vgl. BGHZ 87, 367<sup>1</sup> = FamRZ 1983, 882, 884), ein nach den Vorschriften des Betriebsrentengesetzes bereits unverfallbar gewordenenes Versorgungsanrecht auf Auszahlung eines Kapitalbetrags

---

1 DNotZ 1984, 394.

ges (vgl. Senatsurteile vom 17. November 2010 – XII ZR 170/09 – FamRZ 2011, 183 Rn. 18 und BGHZ 117, 70<sup>2</sup> = FamRZ 1992, 411 ff.) sowie eine durch einen „qualifizierten Interessenausgleich“ gemäß § 112 Abs. 1 Satz 1 BetrAVG dem Grunde nach zugesagte und nicht als Ausgleich für Einkommensverluste bestimmte Abfindung für den Verlust des Arbeitsplatzes (vgl. Senatsurteil BGHZ 146, 64 = FamRZ 2001, 278, 281) als nach wirtschaftlichen Maßstäben bewertbare Rechtspositionen behandelt, die eine rechtlich geschützte Anwartschaft oder eine vergleichbar gesicherte Rechtsstellung darstellten. Ein in seiner Entstehung noch ungewisses Recht wurde demgegenüber in dem möglichen Anspruch eines Zeitsoldaten auf Gewährung eines einmaligen Geldbetrages als Übergangsbeihilfe am Ende seiner Dienstzeit erblickt, weil am Stichtag weder der Eintritt der gesetzlichen Anspruchsvoraussetzungen absehbar noch vorauszusehen sei, ob ein anschließendes Dienstverhältnis als Berufssoldat begründet werden würde (vgl. BGH Urteil vom 9. Juni 1983 – IX ZR 56/82 – FamRZ 1983, 881 f.). Bei dem am Stichtag noch nicht beendeten Agenturvertrag eines Versicherungsvertreters stellt dessen möglicher Ausgleichsanspruch nach § 89b Abs. 1 HGB ebenfalls nur eine Erwerbsaussicht und keine rechtlich geschützte Anwartschaft dar, weil der Ausgleichsanspruch kraft Gesetzes in den praxisrelevanten Fällen der Eigenkündigung oder der unternehmerseitigen Kündigung aus wichtigem Grund (§ 89b Abs. 3 HGB) von vornherein nicht zur Entstehung gelangen kann (vgl. Senatsbeschluss vom 4. Dezember 2013 – XII ZB 534/12 – FamRZ 2014, 368 Rn. 26 ff.; BGHZ 68, 163 = FamRZ 1977, 386, 387).

[19] b) Gemessen daran kann unter den hier obwaltenden Umständen nicht vom Bestehen einer rechtlich geschützten Anwartschaft oder einer vergleichbaren Rechtsposition des Ehemanns auf Zahlungen aus dem LTI am Stichtag ausgegangen werden.

[20] aa) Dabei könnte es schon fraglich sein, ob der Ehemann – wie das Beschwerdegericht meint – am Stichtag bereits die vollständige Gegenleistung für Zahlungen aus dem LTI für die Geschäftsjahre 2013 bis 2015 erbracht hatte. Das Beschwerdegericht begründet seine Auffassung damit, dass der LTI nach der vorliegenden Vergütungsregelung eine zweckbestimmte Gegenleistung für die in einem bestimmten Geschäftsjahr erbrachte Arbeitsleistung darstelle, was sich aus den Bestimmungen des CIP ergebe, nach denen bei beiden „Performance Bewertungen“ in Bezug auf die individuelle Leistung des Arbeitnehmers ausschließlich auf das betroffene Geschäftsjahr abgestellt werde. Die gegen diese Beurteilung erhobenen Bedenken der Rechtsbeschwerde sind jedenfalls im Hinblick auf die Compliance-Regelung in Ziffer B. V. 14.3 CIP nicht ohne weiteres von der Hand zu weisen. Nach dieser Bestimmung stehen die relevante Missachtung von Regeln und Anweisungen, die Verletzung von Informationspflichten sowie generell die relevante Verletzung von arbeitsvertraglichen Pflichten des Mitarbeiters „geschäftsjahresunabhängig“ einer Entstehung des Anspruchs

---

2 DNotZ 1993, 518.

auf LTI entgegen. Die Überprüfung des diesbezüglichen Verhaltens des Mitarbeiters in der Deferral Period gehört zum Inhalt der „Performance Bewertung II“, auf deren Grundlage über die Anspruchsentstehung aus dem LTI befunden wird (vgl. Ziffer A. 11 CIP sowie Ziffern B. IV. 12 Abs. 2 und B. V. 13 Abs. 3 CIP). Liegt eine relevante Pflichtverletzung im Zurückbehaltungszeitraum vor, entsteht der Anspruch auf den LTI nicht. Das könnte die Sichtweise nahelegen, dass mit der hinausgeschobenen Zahlung aus dem LTI nicht nur die Arbeitsleistung des Mitarbeiters im Geschäftsjahr und der mit ihr erwirtschaftete Erfolgsbeitrag, sondern darüber hinaus auch die Compliance-Konformität seiner Arbeitsleistung während des gesamten – am Stichtag noch nicht abgelaufenen – Zurückbehaltungszeitraums abgegolten wird.

[21] Dieser Beurteilung steht auch die steuerrechtliche Behandlung der dem Ehemann in der Vergangenheit tatsächlich zugeflossenen Zahlungen aus dem LTI nicht zwingend entgegen. Nach der Entscheidung des Bundesfinanzhofs vom 2. September 2021 (BFH DB 2021, 2946 Rn. 20 ff.) unterfallen Entgeltzahlungen aus einem Long-Term-Incentive-Programm der Tarifermäßigung des § 34 Abs. 2 Nr. 4 EStG, wenn diese Vergütung zweckbestimmt für die Berufstätigkeit der betroffenen Mitarbeiter in einem mehrjährigen Zeitraum erfolgt. In dem seiner Entscheidung zugrunde liegenden Vergütungsmodell hat der Bundesfinanzhof diese Zweckbestimmung daraus hergeleitet, dass die Vergütung aus dem LTI von dem Arbeitgeber auf der Grundlage des durchschnittlichen Geschäftserfolges des Unternehmens in einem mehrjährigen „Performancezeitraum“ ermittelt wurde, nachdem dieser dem durchschnittlichen Geschäftserfolg in einem die vorangegangenen Jahre umfassenden Vergleichszeitraum gegenübergestellt worden war (vgl. BFH DB 2021, 2946 Rn. 24; vgl. auch BFH NJW 2007, 1230 zur Tarifermäßigung bei Aktienoptionsprogrammen mit Anreizfunktion). Soweit das Beschwerdegericht im vorliegenden Fall aus der – von ihm unterstellten – Nichtanwendung des § 34 Abs. 2 Nr. 4 EStG in den Jahren 2016 bis 2018 ein (Gegen-)Indiz dafür herleiten will, dass die dem Ehemann von seinem Arbeitgeber aus dem LTI zufließende Vergütung nicht für einen mehrjährigen Zeitraum bestimmt gewesen sei, dürfte dem schon entgegenzuhalten sein, dass sich – wie die Entscheidung des Bundesfinanzhofs vom 2. September 2021 und der dort mitgeteilte Sachverhalt verdeutlichen – in diesen Jahren offensichtlich noch keine gefestigte Praxis der Finanzbehörden zur steuerlichen Behandlung von Zahlungen aus LTI-Programmen entwickelt hatte.

[22] bb) Letztlich bedarf dies aber keiner weiteren Erörterung. Denn unabhängig von der Frage nach der vollständigen Erbringung der Gegenleistung besteht im vorliegenden Fall in Bezug auf künftige Ansprüche aus dem LTI keine rechtlich geschützte Anwartschaft und auch keine vergleichbare Rechtsstellung.

[23] (1) Unter dem Begriff der Anwartschaft versteht man nach der allgemeinen zivilrechtlichen Dogmatik eine rechtlich bereits mehr oder weniger gesicherte Aussicht auf den Anfall eines subjektiven Rechts, insbesondere einer Forderung oder eines dinglichen Rechts, die darauf beruht, dass der

normale Erwerbstatbestand eines solchen Rechts schon teilweise verwirklicht ist und seine Vollendung mit einiger Wahrscheinlichkeit erwartet werden kann (vgl. Neuner Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts 13. Aufl. S. 243). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs verdichtet sich die Anwartschaft zu einem Anwartschaftsrecht, wenn von dem mehraktigen Entstehungstatbestand eines Rechts schon so viele Erfordernisse erfüllt sind, dass von einer weitgehend gesicherten Rechtsposition des Erwerbers gesprochen werden kann, die der andere an der Entstehung des Rechts Beteiligte nicht mehr durch einseitige Erklärung zu zerstören vermag (vgl. BGHZ 125, 334 = NJW 1994, 3099, 3100 mwN und BGH Urteil vom 5. Januar 1955 – IV ZR 154/54 – NJW 1955, 544). Diese zum dinglichen Anwartschaftsrecht entwickelte Definition kann in ihren Grundzügen auch zur Beantwortung der – hier interessierenden – Frage herangezogen werden, wann die Aussicht auf einen künftigen schuldrechtlichen Zahlungsanspruch einen Grad von Festigkeit und rechtlicher Sicherheit erreicht hat, dass bereits von einer rechtlich geschützten Anwartschaft oder einer vergleichbaren Rechtsposition ausgegangen werden kann. Ob einer im Laufe eines mehraktigen Erwerbstatbestands erworbenen Zwischenposition des Begünstigten ein selbständiger rechtlicher Schutz zukommen soll, ist dabei auch mit Blick auf gesetzliche Wertungen zu beurteilen (vgl. MünchKommBGB/Westermann 8. Aufl. § 449 Rn. 38 zum dinglichen Anwartschaftsrecht).

[24] (2) Mit Recht weist die Rechtsbeschwerdeerwidmung in diesem Zusammenhang zwar darauf hin, dass sich der Arbeitgeber des Ehemanns von der arbeitsvertraglichen Zusage der variablen Vergütung aus dem LTI nicht mehr nach freiem Belieben lösen konnte. Die Entscheidung über Grund und Höhe eines künftigen Anspruchs aus dem LTI konnte nur innerhalb des durch den CIP gezogenen rechtlichen Rahmens getroffen werden. Nach der Vergütungsvereinbarung stand für beide Vertragsparteien bereits am Stichtag bindend fest, dass der Anspruch auf die angekündigte Zahlung aus dem LTI entstehen wird, wenn und soweit die Bank aufgrund der „Performance Bewertung II“ in Bezug auf die Nachhaltigkeit des im Geschäftsjahr erzielten Erfolgsbeitrages und im Hinblick auf das Verhalten des Mitarbeiters in der Deferral Period zu keinem abweichenden Ergebnis gelangt und wenn der Zahlung darüber hinaus weder der sogenannte Poolvorbehalt (Ziffer B. V. 14.1 CIP und Ziffer B. III. 6 CIP) noch ein Eingreifen der Aufsichtsbehörde entgegensteht (vgl. § 45 Abs. 2 Nr. 10 und 11 KWG).

[25] (3) Andererseits müssen aber auch die regulatorischen Vorgaben für die vorliegende Vergütungsvereinbarung berücksichtigt werden. § 20 Abs. 4 Nr. 1 InstitutsVergV schließt in den Fällen, in denen – wie hier – die variablen Vergütungsbestandteile vollständig erst am Ende des Zurückbehaltungszeitraums verdient werden (sogenanntes cliff vesting), nach seinem eindeutigen Wortlaut nicht nur die Entstehung des Anspruchs, sondern ausdrücklich auch die Entstehung der „Anwartschaft“ während des Zurückbehaltungszeitraums vollständig aus; eine entsprechende Regelung enthielt auch die Vorgängervorschrift (§ 5 Abs. 2 Nr. 4 lit. a InstitutsVergV aF). Jedenfalls aus Sicht des Aufsichtsrechts ist es hiernach eindeutig, dass für den Risikoträger eine gesicherte Rechtsposition an dem zurückbehaltenen Teil der

variablen Vergütung vor dem Ablauf des Zurückbehaltungszeitraums grundsätzlich nicht entstehen soll.

[26] (4) Gegen die Annahme, dass der Ehemann am Stichtag bereits eine hinreichend gesicherte Rechtsposition an künftigen Zahlungen aus dem LTI erlangt hätte, spricht darüber hinaus der Umstand, dass der Anspruch nicht zur Entstehung gelangt, wenn der Mitarbeiter vor dem Ablauf des Zurückbehaltungszeitraums als sogenannter Bad Leaver aus dem Unternehmen ausscheidet (Ziffer B. V. 13.2 CIP).

[27] (a) Indessen ist die arbeitsrechtliche Zulässigkeit solcher Formular-klauseln in Arbeitsverträgen noch nicht abschließend geklärt. In der arbeitsrechtlichen Literatur werden – soweit ersichtlich – Bad-Leaver-Klauseln, die den Verfall hinausgeschobener Vergütungsansprüche vor dem Ablauf des Zurückbehaltungszeitraums vorsehen, als unproblematisch angesehen (vgl. Heimann/Stabenow BB 2021, 1844, 1847; vgl. auch Löw/Glück NZA 2015, 137, 140 f.). Für diese Sichtweise könnte aus AGB-rechtlicher Sicht schon sprechen, dass § 20 Abs. 4 Nr. 1 InstitutsVergV die Entstehung von Anwartschaften auf die hinausgeschobenen Vergütungsansprüche vor Ablauf des Zurückbehaltungszeitraums an sich ausschließen will und eine Bad-Leaver-Klausel von dieser Rechtslage nicht zu Ungunsten des Mitarbeiters abweicht, sondern ihm – umgekehrt – beim Ausscheiden aus dem Unternehmen die Aussicht auf den Vergütungsanspruch erhält, wenn sein Arbeitsverhältnis unter den Voraussetzungen eines Good Leavers beendet worden ist. Im Übrigen hat das Bundesarbeitsgericht die Anbindung von Ansprüchen aus einem Aktienoptionsplan mit festgelegter Wartezeit an ein ungekündigtes Arbeitsverhältnis bereits für zulässig erachtet und dies maßgeblich mit einem durch das Aktienrecht veränderten Prüfungsmaßstab und dem Charakter des Aktienoptionsprogramms als Mittel zur langfristigen Verhaltenssteuerung bei dem begünstigten Mitarbeiter begründet, die bei einem ausgeschiedenen Beschäftigten nicht mehr erreicht werden kann (vgl. BAG NZA 2008, 1066 Rn. 25 ff.). Es liegt nahe, die Grundgedanken dieser Rechtsprechung entsprechend auch auf die variable Vergütung in regulierten Vergütungssystemen zu übertragen (vgl. Heimann/Stabenow BB 2021, 1844, 1847). Unter diesen Umständen [hegt] der Senat keine durchgreifenden Bedenken an der rechtlichen Zulässigkeit der hier verwendeten Bad-Leaver-Klausel; solche werden von den Beteiligten auch nicht geltend gemacht.

[28] (b) Hängt die Entstehung eines vermögenswerten Anspruchs aus einem Dienst- oder Arbeitsverhältnis davon ab, dass das Beschäftigungsverhältnis des Begünstigten über den Stichtag hinaus bis zu einem bestimmten Zeitpunkt fortbesteht, wird im Zugewinnausgleich in den meisten Fällen nicht vom Vorliegen einer rechtlich geschützten Anwartschaft ausgegangen werden können. Denn eine der Bewertung zugängliche Prognose, zu welchem Zeitpunkt und unter welchen Umständen das Beschäftigungsverhältnis des Begünstigten in der Zukunft enden wird, lässt sich bei stichtagsbezogener Sichtweise in der Regel nicht stellen (vgl. Hauß FamRB 2023, 222, 223). Eine gesicherte und ausgleichsfähige Rechtsposition wird in solchen Fällen nur dann vorliegen, wenn der künftige Anspruch des Be-

günstigten selbst bei einer vorzeitigen Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses bereits in einer Weise geschützt ist, dass er ihm nur noch unter außergewöhnlichen Umständen genommen werden kann (vgl. Senatsbeschluss vom 4. Dezember 2013 – XII ZB 534/12 – FamRZ 2014, 368 Rn. 27 zum Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters). So liegt der Fall hier nicht. Eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses im Zurückbehaltungszeitraum unter den Voraussetzungen eines Bad Leavers – Kündigung des Arbeitgebers wegen Pflichtverletzung, nicht nach Ziffer A.4 Abs. 3 CIP privilegierte Eigenkündigung des Arbeitnehmers – ist jedenfalls nicht so fernliegend, dass sie außer Betracht gelassen werden könnte.

[29] (c) Der vom Beschwerdegericht angeführte Aspekt der Vererblichkeit gebietet insoweit keine andere Beurteilung. Dabei kann es dahinstehen, ob (...) künftige Ansprüche auf Zahlungen aus dem LTI auf die Erben des begünstigten Arbeitnehmers übergehen, wenn dieser während des Zurückbehaltungszeitraums stirbt (so wohl auch Annuß in Annuß/Früh/Hasse Institutsvergütungsverordnung Versicherungsvergütungsverordnung § 20 InstitutsVergV Rn. 6). Unabhängig davon, dass die Vererblichkeit einer vermögenswerten Rechtsposition weder hinreichende noch notwendige Voraussetzung für eine Berücksichtigung im Zugewinnausgleich ist, würde im vorliegenden Fall erst mit dem Tod des Arbeitnehmers endgültig feststehen, dass sein Arbeitsverhältnis nicht mehr unter den anspruchsschädlichen Voraussetzungen eines Bad Leavers enden kann. Selbst wenn man hiernach davon ausgehen wollte, dass dem Erben des verstorbenen Arbeitnehmers eine rechtlich geschützte Anwartschaft auf Zahlungen aus dem LTI nach Ablauf der Deferral Period anwächst, lässt sich daraus gerade nicht schließen, dass eine solche Rechtsposition bereits zu Lebzeiten des Arbeitnehmers am Stichtag bestanden hätte.

[30] (5) Schließlich kann auch nicht unbeachtet bleiben, dass keine Zahlungen aus dem LTI geleistet werden, wenn der Bonuspool während des Zurückbehaltungszeitraums wegen eines negativen Geschäftserfolgs der Bank oder des Konzerns oder wegen Nichterfüllung bestimmter Anforderungen an die Eigenkapital- oder Liquiditätsausstattung der Bank vollständig gestrichen wird. Da nach der für die Vergütungsvereinbarung gewählten rechtlichen Konstruktion in diesen Fällen der Anspruch aus dem LTI bereits nicht zur Entstehung gelangt (Ziffer B. V. 14.1 CIP und Ziffer B. III. 6 CIP), spricht auch dieser Umstand dafür, vor dem Ablauf der Deferral Period noch nicht von einer ausreichend verfestigten Rechtsposition auszugehen, die einer rechtlich geschützten Anwartschaft vergleichbar wäre.

### III.

[31] (...) Die Ehefrau hat danach einen Zugewinn in Höhe von 4.255.070,45 € erzielt. Der Zugewinn des Ehemanns beläuft sich demgegenüber auf 1.487.554,76 €, wenn man die vom Beschwerdegericht in seinem Endvermögen berücksichtigten Vergütungsansprüche aus dem LTI wieder herausrechnet. Damit beläuft sich die Ausgleichsforderung auf 1.383.757,84 €. (...)

## IV. Erbrecht

*GBÖ § 35 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 und Abs. 2; BGB §§ 891 Abs. 1, 892 Abs. 1 S. 2* (Nachweis der Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers gegenüber dem Grundbuchamt bei Zweifeln an der Testierfähigkeit des Erblassers)

**1. Das Grundbuchamt darf zum Nachweis der Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers nach § 35 Abs. 2 Hs. 2 i. V. m. Abs. 1 S. 2 Hs. 2 GBÖ ein Testamentsvollstreckerzeugnis oder Europäisches Nachlasszeugnis nur verlangen, wenn sich bei der Prüfung der Verfügung von Todes wegen Zweifel tatsächlicher Art ergeben, die nur durch weitere Ermittlungen über den Willen des Erblassers oder über die tatsächlichen Verhältnisse geklärt werden können.**

**2. Ist ein nachlassgerichtliches Verfahren anhängig, in dem das Nachlassgericht Zweifeln an der Testierfähigkeit des Erblassers bei Errichtung des Testaments oder sonstigen Einwänden gegen die Wirksamkeit der letztwilligen Verfügung nachgeht, muss das Grundbuchamt die beantragte Eintragung der durch eine Verfügung des Testamentsvollstreckers bewirkten Rechtsänderung davon abhängig machen, dass dessen Verfügungsbefugnis durch ein Testamentsvollstreckerzeugnis oder Europäisches Nachlasszeugnis nachgewiesen wird.**

**3. Der in dem Grundbuch eingetragene Testamentsvollstreckervermerk nach § 52 GBÖ soll lediglich negativ die Beschränkung der Verfügungsbefugnis des Erben kundtun und auf diese Weise verhindern, dass ein Dritter in Unkenntnis der Testamentsvollstreckung das Eigentum an dem Grundstück gutgläubig von dem oder den Erben erwirbt. Er ist daher nicht geeignet, gegenüber dem Grundbuchamt den nach § 35 Abs. 2 GBÖ erforderlichen Nachweis der Befugnis des Testamentsvollstreckers zur Verfügung über das Nachlassgrundstück zu erbringen, und vermittelt keinen guten Glauben an das Bestehen oder Fortbestehen der Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers über das Nachlassgrundstück.**

*BGH, Beschl. v. 19.10.2023 – V ZB 8/23*

### Gründe:

I.

[1] Der Beteiligte zu 1 ist in dem notariellen Testament der früheren Eigentümerin des im Eingang dieses Beschlusses bezeichneten Grundstücks (nachfolgend Erblasserin) aus dem Jahr 2013 zum Testamentsvollstrecker bestimmt. Die Erblasserin verstarb im Januar 2020. Sie hatte testamentarisch drei Personen zu Erbinnen eingesetzt (nachfolgend testamentarische Erbinnen), die im Mai 2020 als Eigentümerinnen des Grundstücks in Erbengemeinschaft in das Grundbuch eingetragen wurden. Zugleich wurde in das Grundbuch der Vermerk eingetragen, dass die Testamentsvollstreckung angeordnet ist. Mit notariellem Vertrag vom 4. November 2020 verkaufte der Beteiligte zu 1 als Testamentsvollstrecker ohne Beteiligung der testamentarischen Erbinnen das Grundstück an den Beteiligten zu 2, für den in der Folge eine Auflassungsvormerkung in das Grundbuch eingetragen wurde. Im Februar 2021 übersandte das Nachlassgericht dem Grundbuchamt auszugsweise einen Schriftsatz, mit dem der Rechtsanwalt des Bruders der Erblasserin für diesen

die Erteilung eines Erbscheins beantragt hatte mit der Begründung, die Erblasserin sei bei Errichtung des Testaments testierunfähig gewesen und die im Testament enthaltenen letztwilligen Verfügungen würden angefochten. Im Mai 2021 beantragte der hierzu bevollmächtigte Notar die Umschreibung des Grundstückseigentums auf den Beteiligten zu 2.

[2] Mit Zwischenverfügung vom 30. Juli 2021 hat das Grundbuchamt dem Notar aufgegeben, zum Nachweis der Verfügungsbefugnis des Beteiligten zu 1 ein Testamentsvollstreckerzeugnis gemäß § 2368 BGB einzureichen. (...)

III.

(...)

[5] 1. Das Grundbuchamt durfte die beantragte Eintragung davon abhängig machen, dass der antragstellende Notar zum Nachweis der Verfügungsbefugnis des Beteiligten zu 1 ein Testamentsvollstreckerzeugnis nach § 2368 BGB einreicht.

[6] a) Die beantragte Eigentumsumschreibung setzt nach §§ 19, 20 GBO den Nachweis der Einigung des Berechtigten und des anderen Teils über den Rechtsübergang (§ 925 Abs. 1 BGB) und der Bewilligung des in seinem Recht Betroffenen in der Form des § 29 GBO voraus. Dabei korrespondiert die Befugnis zur Abgabe der Eintragungsbewilligung mit der materiellen Verfügungsbefugnis. Erklärt ein Testamentsvollstrecker Auflassung und Bewilligung in Bezug auf ein Nachlassgrundstück, hat das Grundbuchamt daher seine Verfügungsbefugnis zu prüfen. Die Befugnis eines Testamentsvollstreckers zur Verfügung über einen Nachlassgegenstand ist nach § 35 Abs. 2 Hs. 1 GBO nur auf Grund des in § 2368 BGB vorgesehenen Testamentsvollstreckerzeugnisses oder eines – hier nicht relevanten – Europäischen Nachlasszeugnisses (vgl. hierzu Art. 63 Abs. 1 und Abs. 2 lit. c EuErbVO sowie Staudinger/Herzog, BGB [2023], § 2368 Rn. 8) als nachgewiesen anzusehen. Beruht jedoch die Erbfolge auf einer Verfügung von Todes wegen, die in einer öffentlichen Urkunde enthalten ist, so genügt es nach § 35 Abs. 2 Hs. 2 i. V. m. Abs. 1 Satz 2 Hs. 1 GBO, wenn an Stelle des Zeugnisses die Verfügung und die Niederschrift über die Eröffnung der Verfügung vorgelegt werden. Erachtet das Grundbuchamt die Verfügungsbefugnis durch diese Urkunden nicht für nachgewiesen, so kann es nach § 35 Abs. 2 Hs. 2 i. V. m. Abs. 1 Satz 2 Hs. 2 GBO die Vorlegung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses verlangen. Die Regelungen entsprechen somit weitgehend denen über den Nachweis der Erbfolge durch Erbschein bzw. Verfügung von Todes wegen in § 35 Abs. 1 GBO (siehe hierzu Senat, Beschluss vom 17. Februar 2022 – V ZB 14/21<sup>1</sup>, NJW-RR 2022, 657 Rn. 5).

[7] b) Die Annahme des Beschwerdegerichts, dass das Grundbuchamt die Verfügungsbefugnis des Beteiligten zu 1 durch das notarielle Testament der Erblasserin, das Eröffnungsprotokoll des Nachlassgerichts und die beglaubigte Abschrift der Bestätigung des Nachlassgerichts über die Annahme des Amtes zu Recht als nicht hinreichend nachgewiesen angesehen hat, weil Zweifel an der Testierfähigkeit der Erblasserin bei Errichtung des die Anordnung der Testamentsvollstreckung enthaltenden Testaments und damit an dessen Wirksamkeit bestanden, ist nicht zu beanstanden.

---

1 DNotZ 2022, 703.

[8] aa) Nach nahezu einhelliger Ansicht darf das Grundbuchamt einen Erbschein bzw. ein Testamentsvollstreckerzeugnis (nur) verlangen, wenn sich bei der Prüfung der Verfügung von Todes wegen Zweifel tatsächlicher Art ergeben, die nur durch weitere Ermittlungen über den Willen des Erblassers oder über die tatsächlichen Verhältnisse geklärt werden können (vgl. BayObLG, ZEV 2000, 233, 234; OLG Köln, FGPrax 2000, 89, 90; OLG Hamm, FGPrax 2001, 9<sup>2</sup>; OLG Frankfurt, NJW-RR 2005, 380, 381; OLG Schleswig, FGPrax 2006, 248; OLG München, MittBayNot 2009, 53, 54; OLG Zweibrücken, FGPrax 2011, 176; OLG Düsseldorf, NJOZ 2012, 1531, 1532; OLG Naumburg, NJOZ 2014, 5; BeckOK GBO/Wilsch [1.8.2023], § 35 Rn. 148; Demharter, GBO, 33. Aufl., § 35 Rn. 39, Meikel/Krause/Weber, GBO, 12. Aufl., § 35 Rn. 117, 187; DNotI-Report 14/2006, S. 111). Dabei sollen, wovon auch das Beschwerdegericht ausgeht, entfernte abstrakte Möglichkeiten, die das aus der Verfügung hervorgehende Erbrecht bzw. – hier – die in der Verfügung getroffene Anordnung der Testamentsvollstreckung nur unter ganz besonderen Umständen in Frage stellen, ebenso wenig ausreichen wie bloße Behauptungen oder Vermutungen (vgl. etwa OLG Schleswig, aaO S. 249; OLG Naumburg, aaO S. 6; Demharter, GBO, 33. Aufl., § 35 Rn. 39; aA wohl nur Burandt/Rojahn/Egerland, GBO, 4. Aufl., § 35 Rn. 12: Grundbuchamt sei „bis zur Grenze der Willkür“ berechtigt, einen Erbschein zu verlangen).

[9] Zweifel an der Testierfähigkeit des Erblassers sind nach herrschender Meinung nicht schon durch die generelle Gefahr begründet, dass letztwillige Verfügungen wegen Testierunfähigkeit unwirksam sein können (vgl. § 2229 Abs. 4 BGB); ebenso wenig reichen auch insoweit bloße Behauptungen oder Vermutungen. Anlass, die Vorlage eines Erbscheins zu verlangen, bestehe vielmehr erst dann, wenn auf Tatsachen gegründete konkrete Zweifel an der Testierfähigkeit des Erblassers, etwa aufgrund eines fachärztlichen Gutachtens oder eines Urteils, gegeben seien (vgl. OLG München, NJW-RR 2015, 138 Rn. 7; OLG Oldenburg, FamRZ 2017, 1431, 1432; OLG Düsseldorf, FGPrax 2018, 252, 253; OLG Schleswig, DNotZ 2023, 356 Rn. 11; Meikel/Krause/Weber, GBO, 12. Aufl., § 35 Rn. 135 f.; Demharter, GBO, 33. Aufl., § 35 Rn. 39a; KEHE/Volmer, Grundbuchrecht, 8. Aufl., § 35 GBO Rn. 111; BeckOK GBO/Wilsch [1.8.2023], § 35 Rn. 124; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl., Rn. 788; Kroiß/Horn/Solomon/Imre, Nachfolgerecht, 2. Aufl., § 35 GBO Rn. 50). Das Oberlandesgericht Celle hat in einer älteren Entscheidung noch weitergehend angenommen, das Grundbuchamt sei nur dann berechtigt, die Beibringung eines Erbscheins zu verlangen, wenn durch ein erstinstanzliches gerichtliches Urteil die Nichtigkeit des Testaments festgestellt sei (NJW 1961, 562). Diese Entscheidung ist jedoch vereinzelt geblieben.

[10] bb) Der herrschenden Meinung ist insoweit zuzustimmen, als die bloße abstrakte Möglichkeit, dass der Erblasser bei der Errichtung des Testaments testierunfähig gewesen sein könnte, für sich genommen kein

---

2 DNotZ 2001, 395.

hinreichender Grund dafür ist, die Vorlage eines Erbscheins bzw. Testamentsvollstreckerzeugnisses zu verlangen.

[11] (1) Wortlaut und Systematik von § 35 Abs. 1 und 2 GBO sprechen dafür, dass es nicht gänzlich im Belieben des Grundbuchamtes steht, die Vorlage eines Erbscheins oder Testamentsvollstreckerzeugnisses zu verlangen. Allerdings kann nach dieser Vorschrift der Nachweis der Erbfolge und der Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers – von der hier nicht einschlägigen Ausnahme in § 35 Abs. 3 GBO abgesehen – „nur“ durch einen Erbschein bzw. ein Testamentsvollstreckerzeugnis geführt werden. Die Vorlage dieser Urkunden stellt also die Regel und der Nachweis der Verfügungsbefugnis durch Verfügung von Todes wegen und Niederschrift über die Eröffnung die Ausnahme dar. Indem das Gesetz vorsieht, dass das Grundbuchamt die Vorlegung eines Erbscheins, Europäischen Nachlasszeugnisses oder Testamentsvollstreckerzeugnisses verlangen kann, wenn es die Erbfolge bzw. Verfügungsbefugnis durch die Verfügung von Todes wegen nicht für nachgewiesen hält, wird ihm lediglich die Möglichkeit eröffnet, zu der Regel zurückzukehren und den Nachweis zu fordern, der im Grundsatz ohnehin zu erbringen ist. Zudem ist dem Grundbuchamt sowohl auf Tatbestandsseite der Regelung über die Rückausnahme (§ 35 Abs. 2 Hs. 2 i. V. m. Abs. 1 Satz 2 Hs. 2 GBO) ein gewisser Beurteilungsspielraum („erachtet“) als auch auf der Rechtsfolgenseite ein Ermessen („kann“) eingeräumt. Dieses Ermessen ist allerdings pflichtgemäß auszuüben. Das Grundbuchamt darf nicht ohne nachvollziehbaren Grund einen Erbschein bzw. ein Testamentsvollstreckerzeugnis verlangen. Das Grundbuchamt darf daher zum Nachweis der Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers nach § 35 Abs. 2 Hs. 2 i. V. m. Abs. 1 Satz 2 Hs. 2 GBO ein Testamentsvollstreckerzeugnis oder Europäisches Nachlasszeugnis nur verlangen, wenn sich bei der Prüfung der Verfügung von Todes wegen Zweifel tatsächlicher Art ergeben, die nur durch weitere Ermittlungen über den Willen des Erblassers oder über die tatsächlichen Verhältnisse geklärt werden können.

[12] Zu solchen Ermittlungen ist nicht das Grundbuchamt, sondern allein das Nachlassgericht befugt. In dem Antragsverfahren beim Grundbuchamt können nach § 29 Abs. 1 GBO die für die Eintragung erforderlichen Erklärungen nur durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden, andere Eintragungsvoraussetzungen, soweit sie nicht bei dem Grundbuchamt offenkundig sind, nur durch öffentliche Urkunden nachgewiesen werden. Das Grundbuchamt ist daher zur Anstellung eigener Ermittlungen weder berechtigt noch verpflichtet (vgl. Senat, Beschluss vom 13. Juli 1959 – V ZB 6/59<sup>3</sup>, BGHZ 30, 255, 258; Beschluss vom 28. April 1961 – V ZB 17/60, BGHZ 35, 135, 139; Beschluss vom 11. Oktober 2012 – V ZB 2/12<sup>4</sup>, BGHZ 195, 120, Rn. 16; Beschluss vom 13. Juni 2013 – V ZB 94/12, ZWE 2013, 402 Rn. 10; Beschluss vom 2. Juni 2016 – V ZB 3/14, DNotZ 2016, 934 Rn. 11; Beschluss vom 10. Februar 2022 – V ZB 87/20<sup>5</sup>, NJW-RR 2022, 1241 Rn. 30;

---

3 DNotZ 1959, 540.

4 DNotZ 2013, 362.

5 DNotZ 2022, 530 m. Anm. Mayer.

zur Berücksichtigung von Erfahrungssätzen im Grundbuchverfahren Senat, Beschluss vom 15. Juni 2023 – V ZB 12/22<sup>6</sup>, NZM 2023, 641 Rn. 20).

[13] (2) Die durch einen Dritten – etwa einen gesetzlichen Erben – aufgestellte schlichte Behauptung oder Vermutung, der Erblasser sei testierunfähig gewesen, begründet für sich genommen keine Zweifel an der Testierfähigkeit, macht keine weiteren Ermittlungen erforderlich und kann daher das Verlangen nach einem Erbschein oder Testamentsvollstreckerzeugnis nicht rechtfertigen. Anderenfalls wäre die durch § 35 Abs. 1 Satz 2 Hs. 1 (i. V. m. Abs. 2 Hs. 2) GBO eröffnete Möglichkeit, die Erbfolge bzw. Verfügungsbefugnis durch die genannten Unterlagen nachzuweisen, faktisch entwertet (vgl. Senat, Beschluss vom 17. Februar 2022 – V ZB 14/21<sup>7</sup>, WM 2023, 396 Rn. 11 f., 18). Zudem ist der Grundsatz, dass die Störung der Geistestätigkeit und damit die Testierunfähigkeit die Ausnahme und die Testierfähigkeit die Regel ist (vgl. BGH, Beschluss vom 23. November 2011 – IV ZR 49/11, ZEV 2012, 100 Rn. 21), auch im grundbuchrechtlichen Antragsverfahren zu beachten. Deswegen darf das Grundbuchamt einen Erbschein bzw. ein Testamentsvollstreckerzeugnis nur verlangen, wenn konkrete, durch Tatsachen untermauerte Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Erblasser bei der Errichtung des Testaments testierunfähig war. Solchen Anhaltspunkten nachzugehen und weitere Ermittlungen zur Testierfähigkeit des Erblassers anzustellen, ist nicht Aufgabe des Grundbuchamtes im Verfahren über einen Eintragungsantrag. Bestehen konkrete, auf Tatsachen gestützte Zweifel an der Testierfähigkeit des Erblassers bei der Errichtung des Testaments, kann eine abschließende Klärung nur durch das Nachlassgericht erfolgen, namentlich in einem Verfahren auf Erteilung eines Erbscheins oder eines Testamentsvollstreckerzeugnisses, oder – hier nicht relevant – durch das Zivilgericht in einem Erkenntnisverfahren, in dem die Unwirksamkeit des Testaments geltend gemacht wird.

[14] cc) Ist ein nachlassgerichtliches Verfahren anhängig, in dem das Nachlassgericht Zweifeln an der Testierfähigkeit des Erblassers bei Errichtung des Testaments oder sonstigen Einwänden gegen die Wirksamkeit der letztwilligen Verfügung nachgeht, muss das Grundbuchamt die beantragte Eintragung der durch eine Verfügung des Testamentsvollstreckers bewirkten Rechtsänderung davon abhängig machen, dass dessen Verfügungsbefugnis durch ein Testamentsvollstreckerzeugnis oder ein Europäisches Nachlasszeugnis nachgewiesen wird.

[15] (1) Sieht sich das Nachlassgericht in einem bei ihm anhängigen Verfahren, etwa – wie hier – über den Antrag auf Erteilung eines Erbscheins mit einer von dem Testament abweichenden Erbfolge, veranlasst, Ermittlungen zur Testierfähigkeit des Erblassers oder zur Wirksamkeit einer erklärten Anfechtung der letztwilligen Verfügung anzustellen, entspricht es der Verteilung der Aufgaben und funktionellen Zuständigkeiten zwischen Nachlassgericht und Grundbuchamt, dass dieses, wenn es Kenntnis von

---

6 DNotZ 2023, 920.

7 DNotZ 2022, 703.

dem nachlassgerichtlichen Verfahren und den dort erhobenen Einwänden erlangt, dessen Ausgang und die damit verbundene Klärung der Wirksamkeit der letztwilligen Verfügung abwartet.

[16] (a) Wird im Erbscheinsverfahren die Testierunfähigkeit des Erblassers eingewandt, hat das Nachlassgericht im Rahmen seiner Amtsermittlungspflicht aus § 26 FamFG nach pflichtgemäßem Ermessen darüber zu befinden, ob hinreichende Anhaltspunkte für die Testierunfähigkeit bestehen und welche Ermittlungsansätze ggf. am ehesten Erfolg versprechen (zutreffend OLG Karlsruhe, FamRZ 2015, 1926, 1927; BeckOK FamFG/Burschel/Perleberg-Kölbel [1.8.2023], § 26 Rn. 19c; vgl. zum Betreuungsrecht BGH, Beschluss vom 29. Juli 2020 – XII ZB 106/20, NJW 2021, 63 Rn. 14). Nichts Anderes gilt im Verfahren über die Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses, auf das nach § 2368 Satz 2 Hs. 1 BGB, § 354 FamFG die Regelungen über das Erbscheinsverfahren Anwendung finden. Auch in diesem Verfahren ist die Gültigkeit der Verfügung von Todes wegen, mit der die Testamentsvollstreckung angeordnet wurde, zu prüfen, namentlich auch die Wirksamkeit einer erklärten Anfechtung nach den §§ 2078 ff. BGB sowie bei konkreten Anhaltspunkten auch die Testierfähigkeit (vgl. MüKoBGB/Grziwotz, 9. Aufl., § 2368 Rn. 12).

[17] (b) In dem Verfahren über den Antrag auf Vornahme einer Eintragung in das Grundbuch (vgl. § 13 GBO) gilt § 26 FamFG hingegen nicht (vgl. Demharter, GBO, 33. Aufl., § 1 Rn. 66; KEHE/Volmer, Grundbuchrecht, 8. Aufl., § 13 GBO Rn. 18; Meikel/Böttcher, GBO, 12. Aufl., Einl. C Rn. 95). Das Grundbuchamt ist – wie oben dargestellt (Rn. 12) – zu eigenen Ermittlungen weder verpflichtet noch berechtigt. Es hat demzufolge auch die Entscheidungen des Nachlassgerichts über das Ob und Wie der Sachaufklärung in Bezug auf die Wirksamkeit der letztwilligen Verfügung nicht zu überprüfen. Das Grundbuchamt hat namentlich nicht etwa zu hinterfragen, ob das Nachlassgericht zu Recht entschieden hat, ein schriftliches Sachverständigengutachten zur Testierfähigkeit des Erblassers einzuholen, dem Sachverständigen nach Vorlage des Gutachtens ergänzende Fragen vorzulegen oder Zeugen zu der Frage zu vernehmen, ob der Erblasser über den Inhalt seiner letztwilligen Verfügung im Irrtum war oder zu der Verfügung widerrechtlich durch Drohung bestimmt worden ist. Vielmehr muss das Grundbuchamt dem Antragsteller in diesem Fall im Wege der Zwischenverfügung (§ 18 GBO) aufgeben, zum Nachweis der Erbfolge einen Erbschein bzw. – wie geschehen – zum Nachweis der Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers ein Testamentsvollstreckerzeugnis vorzulegen. Dem Antragsteller steht es sodann frei, ob er dem nachkommt oder den Ausgang des nachlassgerichtlichen Verfahrens und die damit verbundene Klärung der Wirksamkeit des Testaments abwartet.

[18] Wartet der Antragsteller den Ausgang des nachlassgerichtlichen Verfahrens ab, gibt die abschließende Entscheidung des Nachlassgerichts sodann die Richtung für das weitere Antragsverfahren beim Grundbuchamt vor. Versagt das Nachlassgericht die Erteilung des Erbscheins mit einer von dem Testament abweichenden Erbfolge, weil es das Testament für wirksam hält, kommt dieser Entscheidung zwar nicht der öffentliche Glaube zu, der

dem Erbschein nach den §§ 2366, 2367, 2368 Satz 2 Hs. 1 BGB beiwohnt; die Entscheidung entfaltet keine unmittelbare Bindungswirkung für das Grundbuchverfahren. Regelmäßig werden die Zweifel an der Testierfähigkeit aber auch für das Grundbuchamt ausgeräumt sein und kann die Eintragung auf der Grundlage der letztwilligen Verfügung vorgenommen werden (§ 35 Abs. 1 Satz 2 Hs. 1 GBO). Erteilt das Nachlassgericht den Erbschein hingegen abweichend von dem Testament, weil es dieses für unwirksam hält, entfaltet die Entscheidung jedenfalls Tatbestandswirkung für das Grundbuchverfahren (vgl. Bauer/Schaub/Bauer, 5. Aufl., GBO § 13 Rn. 90 mwN). Die Eintragung einer Rechtsänderung, die auf einer Verfügung der testamentarischen Erben oder des im Testament bestimmten Testamentsvollstreckers beruht, kommt dann aufgrund der anderweitig festgestellten Erbfolge bzw. der Unwirksamkeit des Testaments nicht mehr in Betracht.

[19] Entsprechendes gilt in dem Verfahren auf Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses. Wird es erteilt und beim Grundbuchamt eingereicht, erfolgt die Eintragung auf dieser Grundlage (§ 35 Abs. 2 Hs. 1 GBO). Das Grundbuchamt ist an die Feststellungen in dem Zeugnis gebunden und zu einer eigenen Prüfung sowie zu einer ergänzenden oder berichtigenden Auslegung der Verfügung von Todes wegen nicht berechtigt (zutreffend BayObLG, NJW-RR 1990, 844<sup>8</sup>, 845; OLG München, ZEV 2011, 195; KG, NJW-RR 2023, 162 Rn. 12 mwN; BeckOK GBO/Wilsch [1.8.2023], § 35 Rn. 140; Meikel/Krause/Weber, GBO, 12. Aufl., § 35 Rn. 179; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl., Rn. 3463; DNotI-Report 2011, 135, 136; siehe auch schon KG, OLGZ 16, 172, 173). Wird die Erteilung des Zeugnisses rechtskräftig versagt, weil das Nachlassgericht die Anordnung der Testamentsvollstreckung in der letztwilligen Verfügung für unwirksam hält, steht aufgrund der Tatbestandswirkung einer solchen Entscheidung, wenn sie dem Grundbuchamt in der Form des § 29 Abs. 1 Satz 2 GBO vorgelegt wird, für das Grundbuchverfahren fest, dass der Testamentsvollstrecker zur Verfügung nicht befugt war. Infolgedessen ist die beantragte Eintragung abzulehnen (vgl. KG, OLGZ 16, 172, 174; NJW-RR 2015, 787 Rn. 16 zur Feststellung der Beendigung der Testamentsvollstreckung durch das Nachlassgericht; Meikel/Krause/Weber, GBO, 12. Aufl., § 35 Rn. 188). Ist die Entscheidung des Nachlassgerichts noch nicht rechtskräftig, so ist das Grundbuchamt nicht verpflichtet, von der Ablehnung abzuweichen und kann die Beteiligten darauf verweisen, die Entscheidung des Nachlassgerichts im Instanzenweg anzufechten und ihm im Erfolgsfall das dann erlangte Zeugnis vorzulegen (vgl. KG, OLGZ 16, 172, 174; Güthe/Triebel, GBO, 6. Aufl. [1936], Bd. 1, § 35 Rn. 71).

[20] Dies gilt ebenso in dem hier gegebenen Fall, dass das Nachlassgericht eine Entscheidung – im Erbscheinsverfahren – noch nicht getroffen hat und weitere Ermittlungen tatsächlicher Art zur Wirksamkeit der letztwilligen Verfügung anstellt. Auch dann ist das Grundbuchamt berechtigt, die Beteiligten darauf zu verweisen, den Ausgang dieses Verfahrens ab-

---

8 DNotZ 1991, 548.

zuwarten oder – was (wie hier) im Wege der Zwischenverfügung aufgegeben werden kann – ein Testamentsvollstreckerzeugnis vorzulegen, welches ggf. in einem gesonderten nachlassgerichtlichen Verfahren zu erwirken wäre.

[21] (2) Gegen die Annahme, dass das Grundbuchamt verpflichtet ist, vor der Entscheidung des Nachlassgerichts die Wirksamkeit der letztwilligen Verfügung und der darin getroffenen Anordnung der Testamentsvollstreckung eigenständig zu prüfen und bejahendenfalls die beantragte Eintragung vorzunehmen, spricht auch, dass dann absehbar widersprüchliche Entscheidungen des Grundbuchamtes und des Nachlassgerichts entstehen könnten, die es möglichst zu vermeiden gilt.

[22] (a) So läge es etwa, wenn das Grundbuchamt, wie von der Rechtsbeschwerde befürwortet, das in dem Erbscheinsverfahren gehaltene und ihm zur Kenntnis gebrachte Vorbringen – hier des Bruders der Erblasserin – zur Testierfähigkeit für nicht hinreichend konkret hielte, und die beantragte Eigentumsumschreibung auf der Grundlage der letztwilligen Verfügung vornähme, das Nachlassgericht aber nach – ggf. umfangreicher – Beweisaufnahme zu der Feststellung gelangte, dass die letztwillige Verfügung und die darin getroffene Anordnung der Testamentsvollstreckung unwirksam sind. Solche sich widersprechenden Entscheidungen des Nachlassgerichts und des Grundbuchamtes sind nach Möglichkeit zu vermeiden (vgl. KG, OLGZ 16, 172, 174; Meikel/Krause/Weber, GBO, 12. Aufl., § 35 Rn. 188).

[23] (b) Besonders deutlich wird dies in der – hier nicht gegebenen – Konstellation, dass die Bedenken gegen die Testierfähigkeit nicht in einem Erbscheinsverfahren, sondern in dem Verfahren über die Erteilung des Testamentsvollstreckerzeugnisses nach § 2368 BGB erhoben werden und das Nachlassgericht in diesem Verfahren Beweis erhebt. Dann würde dieses Verfahren regelrecht umgangen, wenn das Grundbuchamt in einem Antragsverfahren nach § 13 GBO das Testament als hinreichenden Nachweis für die Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers ansehen müsste und die Beteiligten nicht darauf verweisen dürfte, den Ausgang des nachlassgerichtlichen Verfahrens abzuwarten.

[24] dd) Das Grundbuchamt durfte folglich schon im Hinblick auf das laufende nachlassgerichtliche Erbscheinsverfahren von Zweifeln an der Wirksamkeit des Testaments ausgehen und die begehrte Eintragung von der Vorlage eines Testamentsvollstreckerzeugnisses abhängig machen. Auf die Frage, ob – was im Rechtsbeschwerdeverfahren ohnehin nur eingeschränkt überprüfbar wäre – der dem Grundbuchamt zur Kenntnis gelangte anwaltliche Schriftsatz des Bruders der Erblasserin aus dem Erbscheinsverfahren für sich genommen hinreichend konkrete Tatsachen enthielt, um das Verlangen des Grundbuchamtes nach einem Testamentsvollstreckerzeugnis zu rechtfertigen, kommt es somit nicht an.

[25] c) Der Nachweis der Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers war auch nicht deshalb entbehrlich, weil im Grundbuch ein Testamentsvollstreckervermerk gemäß § 52 GBO eingetragen ist.

[26] aa) Dieser Vermerk ist für sich genommen nicht geeignet, die Verfügungsbefugnis des Beteiligten zu 1 über das Grundstück gegenüber dem Grundbuchamt nachzuweisen.

[27] (1) Durch den im Grundbuch eingetragenen Vermerk gemäß § 52 GBO wird verlautbart, dass das Grundstück der Verwaltung eines Testamentsvollstreckers unterliegt und das Verfügungsrecht des Erben darüber ausgeschlossen oder beschränkt ist (§ 2211 Abs. 1 BGB). Der Vermerk soll lediglich negativ die Beschränkung der Verfügungsbefugnis des Erben kundtun und auf diese Weise verhindern, dass ein Dritter in Unkenntnis der Testamentsvollstreckung das Eigentum an dem Grundstück gutgläubig von dem oder den Erben erwirbt (§ 2211 Abs. 2 BGB, § 892 Abs. 1 Satz 2 BGB; vgl. Bauer/Schaub/Schaub, GBO, 5. Aufl., § 52 Rn. 1; BeckOK GBO/Zeiser, [1.8.2023], § 52 Rn. 2; Burandt/Rojahn/Egerland, GBO, 4. Aufl., § 52 Rn. 1; Demharter, GBO, 33. Aufl., § 52 Rn. 2; Meikel/Böhringer, GBO, 12. Aufl., § 52 Rn. 4; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl., Rn. 3465).

[28] Der Testamentsvollstreckervermerk nach § 52 GBO hat somit eine rein negative Wirkung und ist deshalb nach zutreffender – und wohl einhelliger – Ansicht nicht geeignet, gegenüber dem Grundbuchamt den nach § 35 Abs. 2 GBO erforderlichen Nachweis der Befugnis des Testamentsvollstreckers zur Verfügung über das Nachlassgrundstück zu erbringen (BayObLG, NJW-RR 1999, 1463 f.; BeckOK GBO/Wilsch [1.8.2023], § 35 Rn. 139; Burandt/Rojahn/Egerland, GBO, 4. Aufl., § 35 Rn. 18; KEHE/Volmer, Grundbuchrecht, 8. Aufl., § 35 GBO Rn. 129; Kroiß/Horn/Solomon/Imre, Nachfolgerecht, 2. Aufl., § 35 GBO Rn. 81; Meikel/Krause/Weber, GBO, 12. Aufl., § 35 Rn. 173; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl., Rn. 3462; sowie schon Güthe/Triebel, GBO, 6. Aufl. [1936], Bd. 1, § 35 Rn. 70 und § 52 Rn. 2).

[29] (2) Dies folgt – neben dem Wortlaut von § 35 Abs. 2 Hs. 1 GBO („nur“) – auch daraus, dass als Inhalt des Vermerks nur die Tatsache eingetragen wird, dass Testamentsvollstreckung angeordnet ist, nicht aber der Name des Testamentsvollstreckers und der Umfang seiner Verfügungsbefugnis (vgl. hierzu Bauer/Schaub/Schaub, GBO, 5. Aufl., § 52 Rn. 24; Demharter, GBO, 33. Aufl., § 52 Rn. 12; Kroiß/Horn/Solomon/Imre, Nachfolgerecht, 2. Aufl., § 52 GBO Rn. 20; Meikel/Böhringer, GBO, 12. Aufl., § 52 Rn. 29; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl., Rn. 3467). Etwaige Beschränkungen ergeben sich allein aus der letztwilligen Verfügung bzw., wenn an deren Wirksamkeit – wie hier – Zweifel bestehen, aus dem Testamentsvollstreckervermerk, auf dessen Vorlage das Grundbuchamt somit als Nachweis der Verfügungsbefugnis nicht verzichten kann.

[30] bb) Anders als die Rechtsbeschwerde meint, hat das Grundbuchamt die beantragte Eintragung auch nicht deshalb ohne Vorlage eines Testamentsvollstreckervermerks vorzunehmen, weil der Beteiligte zu 2 aufgrund des eingetragenen Testamentsvollstreckervermerks hinsichtlich der Verfügungsbefugnis des Beteiligten zu 1 über das Grundstück gutgläubig war und die zu seinen Gunsten eingetragene Auflassungsvormerkung deshalb gutgläubig erworben hat.

[31] (1) Es kann dahinstehen, ob das Grundbuchamt verpflichtet wäre, den Beteiligten zu 2 als neuen Eigentümer in das Grundbuch einzutragen, wenn in

der Form des § 29 GBO nachgewiesen oder offenkundig wäre, dass er die für ihn eingetragene Auflassungsvormerkung unabhängig von der Verfügungsbefugnis des Beteiligten zu 1 als Testamentsvollstrecker gutgläubig erworben hat. Denn dies ist nicht der Fall, weil der Testamentsvollstreckervermerk dem Beteiligten zu 2 keinen guten Glauben an die Verfügungsbefugnis des Beteiligten zu 1 vermitteln konnte und andere Gründe bzw. Nachweise für den guten Glauben nicht in Rede stehen. Der in dem Grundbuch eingetragene Testamentsvollstreckervermerk nach § 52 GBO vermittelt keinen guten Glauben an das Bestehen oder Fortbestehen der Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers über das Nachlassgrundstück (allg. Meinung, vgl. BeckOGK/Hertel, BGB [15.4.2021], § 891 Rn. 12; BeckOK BGB/H.-W. Eckert [1.8.2023], § 892 Rn. 16; Erman/Artz, BGB, 17. Aufl., § 892 Rn. 40; Grüneberg/Herrler, BGB, 82. Aufl., § 892 Rn. 16; Jauernig, BGB, 19. Aufl., § 891 Rn. 3; MüKoBGB/H. Schäfer, 9. Aufl., § 892 Rn. 64; Soergel/Stürmer, BGB, 13. Aufl., § 891 Rn. 7; Staudinger/Picker, BGB [2019], § 892 Rn. 238; Wilhelm, Sachenrecht, 7. Aufl., Rn. 704; Wiegand, JuS 1975, 205, 207). Wie soeben erläutert (Rn. 27), hat der Vermerk nur die Funktion, den gutgläubigen Erwerb des Dritten von dem nicht verfügungsbefugten Erben zu verhindern, nicht aber die Funktion, die Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers positiv zu verlautbaren, deren Umfang auch nicht Inhalt des Vermerks ist. Da auch der Name des Testamentsvollstreckers nicht eingetragen wird, kann der Dritte – hier der Beteiligte zu 2 – zudem aus dem Vermerk selbst keinen guten Glauben dahin entwickeln, dass just die Person des Verfügenden – hier der Beteiligte zu 1 – zur Verfügung über das Nachlassgrundstück befugt ist.

[32] (2) Die Rechtsbeschwerde erkennt insoweit an, dass der gute Glaube an die Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers sich mangels Angabe des Namens nicht allein auf den Vermerk nach § 52 GBO stützen kann, meint aber, der gutgläubige Erwerb vom „Scheintestamentsvollstrecker“ sei jedenfalls dann zuzulassen, wenn dieser seine Verfügungsbefugnis nach Maßgabe von § 35 Abs. 2 Hs. 2 i. V. m. Abs. 1 Satz 2 GBO nachgewiesen habe. Hierbei werden zwei Aspekte miteinander vermengt. Der gutgläubige Erwerb eines Rechts oder einer Vormerkung vom „Scheintestamentsvollstrecker“ könnte sich nur aufgrund des im Grundbuch eingetragenen Testamentsvollstreckervermerks vollziehen, dem aber – wie gezeigt und von der Rechtsbeschwerde letztlich konzidiert – keine positive Publizität im Hinblick auf die Verfügungsbefugnis eines bestimmten Testamentsvollstreckers zukommt. Der Nachweis der Verfügungsbefugnis nach § 35 GBO ist indes gegenüber dem Grundbuchamt zu führen. Hierfür reichen die letztwillige Verfügung nebst Eröffnungsprotokoll und Amtsannahme nach dem oben Gesagten nicht aus, wenn – wie hier – Zweifel an der Wirksamkeit des Testaments bestehen.

[33] 2. Es ist auch nicht zu beanstanden, dass das Beschwerdegericht die somit rechtsfehlerfrei ergangene Zwischenverfügung des Grundbuchamtes nicht deshalb aufgehoben hat, weil das zwischenzeitlich vom Nachlassgericht eingeholte Sachverständigengutachten nicht zweifelsfrei die Testierunfähigkeit der Erblasserin bei Errichtung des Testaments ergeben hatte.

[34] a) Dieser, dem Beschwerdegericht zur Kenntnis gelangte Umstand war zwar als neue Tatsache im Beschwerdeverfahren zu berücksichtigen (§ 74 GBO). Das Beschwerdegericht hat aber angenommen, dass es sich insoweit nur um einen Zwischenstand handelt und das nachlassgerichtliche Verfahren nicht abgeschlossen ist. Das Nachlassgericht habe Anlass gesehen, weitere Nachforschungen anzustellen, insbesondere zur Anfechtung des Testaments durch den Bruder der Erblasserin nach § 2078 BGB wegen Irrtums und Drohung. Namentlich sollte auch der Ausgang eines Strafverfahrens gegen eine testamentarische Erbin wegen gewerbsmäßiger Untreue in 105 Fällen abgewartet werden.

[35] b) Dies lässt keine Rechtsfehler erkennen. Auch das Beschwerdegericht darf den Abschluss des Verfahrens beim Nachlassgericht abwarten, in dem die Wirksamkeit der letztwilligen Verfügung abschließend geklärt wird. Eine eigene Würdigung, ob das Vorbringen des Dritten – hier des Bruders der Erblasserin – die Fortsetzung des nachlassgerichtlichen Verfahrens und die weitere Beweisaufnahme rechtfertigt, ist ihm nicht abzuverlangen und steht ihm grundsätzlich auch nicht zu, weil die funktionelle Zuständigkeit hierfür beim Nachlassgericht liegt. Auch insoweit gilt, dass einander widersprechende Entscheidungen der Gerichte im Grundbuchantrags- und im nachlassgerichtlichen Verfahren nach Möglichkeit vermieden werden müssen. (...)

## V. Notarrecht

*BNotO § 19 Abs. 1 S. 1; ZPO § 287; BeurkG § 17 Abs. 1 S. 1 und 2 (Amtspflichten des Notars bei der Beurkundung eines Kaufvertrages über ein Erbbaurecht)*

**Schuldet ein Notar einen bestimmten Rat, Hinweis oder eine bestimmte Warnung, so spricht der erste Anschein dafür, dass die Beteiligten dem gefolgt wären. Voraussetzung dafür ist allerdings, dass bei ordnungsgemäßem Verhalten nach der Lebenserfahrung lediglich ein bestimmtes Verhalten nahegelegen hätte oder sämtliche vernünftigen Verhaltensmöglichkeiten identische Schadensbilder ergeben hätten. Besteht dagegen nicht nur eine einzige verständige Entschlussmöglichkeit, sondern kommen verschiedene Handlungsweisen ernsthaft in Betracht und bergen sämtliche gewisse Risiken in sich, ist für einen Anscheinbeweis kein Raum (Bestätigung von Senat, Urt. v. 10.7.2008 – III ZR 292/07<sup>1</sup>, WM 2008, 1753 Rn. 14; Übernahme von BGH, Urt. v. 16.9.2021 – IX ZR 165/19, NJW 2021, 3324 Rn. 36 m.w.Nachw. für die Notarhaftung; Abgrenzung von BGH, Urt. v. 8.5.2012 – XI ZR 262/10, BGHZ 193, 159 und BGH, Urt. v. 15.7.2016 – V ZR 168/15, BGHZ 211, 216). (Tz. 18)**

*BGH, Urt. v. 15.6.2023 – III ZR 44/22 (m. Anm. Armbrüster/Claussen)*

---

1 DNotZ 2009, 45.

**Tatbestand:**

[1] Die Klägerin begehrt die Feststellung der Schadensersatzpflicht des beklagten Notars wegen der Verletzung von Amtspflichten bei der Beurkundung eines Kaufvertrags über ein Erbbaurecht.

[2] Die Klägerin beabsichtigte, ein Einfamilienhaus zu erwerben, um dieses mit ihrem Lebensgefährten, dem Zeugen Dr. J. (im Folgenden: Zeuge), und der gemeinsamen Tochter zu bewohnen. Im Jahr 2012 wurde sie auf ein mit einem Einfamilienhaus bebautes Erbbaurechtsgrundstück aufmerksam, das Bestandteil eines Nachlasses war, für den eine Pflegschaft angeordnet war. Ein Verkehrswertgutachten hatte einen Wert des Erbbaurechts von 200.000 € und einen Renovierungsaufwand von 26.000 € ermittelt. Erste Verhandlungen mit dem Nachlasspfleger über den Kauf des Erbbaurechts blieben erfolglos.

[3] Am 14. Februar 2013 wurde ein Kaufvertrag über das Erbbaurecht mit einem anderen Interessenten zu einem Kaufpreis von 140.000 € durch einen anderen Notar beurkundet. Nachdem der Zeuge hiervon erfahren hatte, bot die Klägerin nunmehr 160.000 €. Zugleich führte sie mit dem Grundstückseigentümer Gespräche über den Erwerb des Eigentums.

[4] Am 29. Mai 2013 übersandte der beklagte Notar der Klägerin einen Vertragsentwurf, in dem es unter § 2 heißt, der Käufer übernehme sämtliche Rechte und Verpflichtungen aus dem Erbbaurechtsvertrag vom 19. Juni 1979, der ihm bekannt sei und von dem er eine Kopie erhalten habe. Der Erbbaurechtsvertrag enthält eine Instandhaltungsverpflichtung des Erbbauberechtigten und eine Heimfallklausel unter anderem für den Fall einer nicht ordnungsgemäßen Instandhaltung gegen eine Entschädigung in Höhe von  $\frac{2}{3}$  des gemeinen Werts der errichteten Gebäude.

[5] Der Beklagte beurkundete am 7. Juni 2013 den Kaufvertrag (im Folgenden auch: Vertrag) zwischen der Klägerin und dem für die unbekannteten Erben handelnden Nachlasspfleger. Der Beklagte hatte den Erbbaurechtsvertrag vor der Beurkundung nicht beigezogen und die Klägerin über den Inhalt und die rechtliche Tragweite des Erbbaurechtsvertrages nicht belehrt. Der Vertrag mit der Klägerin wurde vom Nachlassgericht genehmigt, nicht dagegen der frühere Kaufvertrag mit dem geringeren Kaufpreis.

[6] Die Klägerin wurde ins Grundbuch eingetragen. Die Verhandlungen mit dem Eigentümer über den Erwerb des Eigentums scheiterten im Mai 2017 an auseinanderliegenden Kaufpreisvorstellungen. Inzwischen macht der Eigentümer unter dem Vorwurf, die Klägerin habe die Instandhaltungsverpflichtung verletzt, einen Heimfallsanspruch geltend. (...)

**Entscheidungsgründe:**

(...)

II.

(...)

[13] 1. Das Berufungsgericht hat eine Verletzung einer gegenüber der Klägerin bestehenden Amtspflicht des Beklagten darin gesehen, dass dieser es unterlassen hat, den Erbbaurechtsvertrag anzufordern, einzusehen und auf seine Relevanz hin zu überprüfen sowie die Klägerin über den bedeutenden Inhalt in Kenntnis zu setzen und zu belehren. Dies lässt Rechtsfehler nicht erkennen und wird auch von dem Beklagten nicht angegriffen.

[14] 2. Zutreffend ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass zur Beantwortung der Frage, welchen Schaden eine Amtspflichtverletzung zur Folge hat, in den Blick zu nehmen ist, welchen Verlauf die Dinge bei pflichtgemäßem Verhalten genommen hätten und wie die Vermögenslage des Betroffenen sein würde, wenn der Notar die Pflichtverletzung nicht begangen hätte (vgl. zB Senat, Urteile vom 16. Februar 2023 – III ZR 210/21, VersR 2023, 612 Rn. 17 und vom 10. Juli 2008 – III ZR 292/07<sup>2</sup>, WM 2008, 1753

---

2 DNotZ 2009, 45.

Rn. 14, jew. mwN). Dabei hat grundsätzlich der Geschädigte den haftungsausfüllenden Ursachenzusammenhang zwischen dem Haftungsgrund und dem Eintritt des geltend gemachten Schadens darzulegen und nachzuweisen, wobei das Beweismaß des § 287 Abs. 1 ZPO gilt (stRspr, vgl. Senat, Urteile vom 23. Oktober 2014 – III ZR 82/13, NJW-RR 2015, 158 Rn. 9 und vom 10. Juli 2008 aaO<sup>3</sup> jew. mwN).

[15] Diesen Beweis hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei nicht als geführt angesehen. Dabei kann es dahinstehen, ob dieser Beweis bereits dann geführt ist, wenn lediglich eine überwiegende Wahrscheinlichkeit für den Ursachenzusammenhang festzustellen ist (so BGH, Urteil vom 29. Januar 2019 – VI ZR 113/17, BGHZ 221, 43 Rn. 12 mwN) oder eine „deutlich überwiegende, auf gesicherter Grundlage beruhende Wahrscheinlichkeit“ zu verlangen ist (so BGH, Urteil vom 5. Februar 2009 – IX ZR 6/06, NJW 2009, 1591 Rn. 14), da das Berufungsgericht bereits eine überwiegende Wahrscheinlichkeit verneint hat.

[16] Ohne Erfolg rügt die Revision insoweit, das Berufungsgericht habe es unter Verletzung des Anspruchs der Klägerin auf rechtliches Gehör für möglich erachtet, dass es dieser auf die nähere Ausgestaltung des Erbbaurechts nicht angekommen sei. Das Berufungsgericht hat sich eingehend mit dem Vortrag der Klägerin befasst und insbesondere die Aussage des Zeugen ausführlich gewürdigt, indem es auf den Widerspruch hingewiesen hat, dass diesem nach seiner Aussage einerseits der Erbbaurechtsvertrag wichtig gewesen sei, er aber andererseits nicht nach diesem nachgefragt habe und zudem bereit gewesen sein wolle, bis kurz vor dem Termin auf die Übersendung des Erbbaurechtsvertrags zu warten, so dass die angeblich beabsichtigte eingehende Prüfung nicht mehr möglich gewesen wäre.

[17] 3. Rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht schließlich angenommen, dass die Voraussetzungen für das Eingreifen der Vermutung beratungsrichtigen Verhaltens nicht erfüllt sind. Nach der Rechtsprechung des Senats kann sich der Geschädigte auf diese nicht berufen, wenn es – wie hier – mehrere naheliegende Handlungsmöglichkeiten gibt (vgl. Senat, Urteil vom 10. Juli 2008 aaO<sup>4</sup>). Rechtsprechung und Literatur sind dem gefolgt (OLG Hamm, Urteil vom 17. April 2019 – 11 U 93/18, juris Rn. 22; OLG Dresden, Urteil vom 30. März 2015 – 17 U 1717/14, juris Rn. 11; OLG Schleswig, NJW-RR 2013, 1164, 1166; BeckOK BNotO/Schramm, Stand: 1. März 2023, § 19 Rn. 204 f; Mayer in Haug/Zimmermann, Die Amtshaftung des Notars, 4. Aufl., Rn. 997; Reinhart in Heinemann/Trautrimms, Notarrecht, 1. Aufl., § 19 BNotO Rn. 48; Hogl in Beck'sches Notar-Handbuch, 7. Aufl., § 35 Rn. 62; Frenz in Miermeister/Frenz, BNotO, 5. Aufl., § 19 Rn. 65; Geigel/Brodöfel, Haftpflichtprozess, 28. Aufl., Kap. 20 Rn. 294). Der Senat sieht auch nach nochmaliger Überprüfung keine Veranlassung, in Abweichung hiervon die hinsichtlich der Beweislast für den schadenstiftenden Kausalverlauf geänderte Rechtsprechung des XI. Zivilsenats für Fälle einer Kapi-

---

3 DNotZ 2009, 45.

4 DNotZ 2009, 45.

talanlageberatung durch Banken (BGH, Urteil vom 8. Mai 2012 – XI ZR 262/10, BGHZ 193, 159) und des V. Zivilsenats für einen Beratungsfehler des Vermittlers eines Wohnungskaufs als Kapitalanlage (BGH, Urteil vom 15. Juli 2016 – V ZR 168/15, BGHZ 211, 216) auf den Bereich der Notarhaftung zu übertragen.

[18] a) Schuldet der Notar – wie hier – einen bestimmten Rat, Hinweis oder eine bestimmte Warnung, so spricht der erste Anschein dafür, dass die Beteiligten dem gefolgt wären. Voraussetzung dafür ist allerdings, dass bei ordnungsgemäßem Verhalten nach der Lebenserfahrung lediglich ein bestimmtes Verhalten nahegelegen hätte oder sämtliche vernünftigen Verhaltensmöglichkeiten identische Schadensbilder ergeben hätten. Besteht dagegen nicht nur eine einzige verständige Entschlussmöglichkeit, sondern kommen verschiedene Handlungsweisen ernsthaft in Betracht und bergen sämtliche gewisse Risiken in sich, ist für einen Anscheinsbeweis kein Raum (vgl. Senat, Urteil vom 10. Juli 2008 aaO mwN). Dies folgt daraus, dass die Lebenserfahrung, auf der der Beweis des ersten Anscheins beruht, keinen Aufschluss darüber geben kann, wie sich der Betroffene entschieden hätte, wenn er unter mehreren gleichwertigen Möglichkeiten hätte wählen können und müssen (vgl. auch BGH, Urteil vom 16. September 2021 – IX ZR 165/19, NJW 2021, 3324 Rn. 36).

[19] aa) Allerdings hat zunächst der XI. Zivilsenat in einem Kapitalanlagefall hinsichtlich der Kausalität der Verletzung vorvertraglicher Aufklärungs- oder Beratungspflichten für die Anlageentscheidung eine Beweislastumkehr auch dann angenommen, wenn für den Vertragspartner ein Entscheidungskonflikt besteht (Urteil vom 8. Mai 2012 aaO). Er hat dies damit begründet, das Abstellen auf das Fehlen eines Entscheidungskonflikts sei mit dem Schutzzweck der Beweislastumkehr nicht zu vereinbaren (aaO Rn. 33). Der Rechtsprechung zur Kausalitätsvermutung bei Verletzung einer Aufklärungspflicht liege die Erwägung zu Grunde, dass der Zweck der Aufklärungs- und Beratungspflichten nur erreicht werde, wenn Unklarheiten, die durch eine Aufklärungspflichtverletzung bedingt seien, zu Lasten des Aufklärungspflichtigen gingen (aaO Rn. 35). Wenn sich für den Kapitalanleger mehrere Handlungsalternativen stellten, sei dessen Aufklärung und Beratung von besonderer Wichtigkeit, um seine Entscheidungsfreiheit zu wahren, zumal gerade die zurückgehaltene Information geeignet gewesen wäre, den Anleger vom empfohlenen Geschäft abzubringen (aaO Rn. 36).

[20] Daraufhin hat der V. Zivilsenat, der bei einem Beratungsfehler des Verkäufers für den Entschluss des Käufers zum Erwerb einer als Kapitalanlage angebotenen Immobilie eine Vermutung für die Ursächlichkeit ursprünglich nicht angewendet hat, wenn sich der Käufer bei richtiger Information in einem Entscheidungskonflikt befunden hätte, seine Rechtsprechung ebenfalls geändert und entschieden, es sei in diesem Fall Sache des Verkäufers darzutun, dass die dem Käufer erteilten Fehlinformationen für dessen Entscheidung zum Kauf irrelevant gewesen seien (Urteil vom 15. Juli 2016 aaO Rn. 20). Er hat dies damit begründet, dass die Beratung durch den Verkäufer über die Wirtschaftlichkeit des Geschäfts, insbeson-

dere durch die Vorlage eines Berechnungsbeispiels, vom Verkäufer nicht geschuldet sei und vornehmlich dessen Interesse diene, die Vermittlung des Immobilienkaufs zu fördern. Sei der Vertragsschluss nach einer solchen Beratung des Verkäufers erfolgt, sei nach der Lebenserfahrung davon auszugehen, dass diese – wie beabsichtigt – gewirkt habe und damit für den Vertragsentschluss des Käufers ursächlich gewesen sei. Daran ändere es nichts, wenn dem Käufer bei richtiger Beratung mehrere Handlungsalternativen zur Verfügung gestanden hätten (aaO Rn. 21).

[21] Der in dieser Sache erkennende Senat hat allerdings demgegenüber auch im Zusammenhang mit der Eingehung von Kapitalanlagen daran festgehalten, dass zugunsten des Anlegers für den Ursachenzusammenhang zwischen Pflichtverletzungen seines Gegners und dem geltend gemachten Schaden lediglich eine durch Lebenserfahrung begründete tatsächliche Vermutung streiten kann (zB Urteile vom 5. Mai 2022 [*Anm. d. Red.: Datum berichtet*] – III ZR 131/20, BGHZ 233, 279 Rn. 36 ff [Prospektfehler] und vom 16. Mai 2019 – III ZR 176/18, WM 2019, 1203 Rn. 24 [Beratungsfehler] jew. mwN). Die vorliegende Fallgestaltung gibt jedoch keine Veranlassung, auf diesen Unterschied einzugehen, da eine Beweislastumkehr schon aus den nachfolgenden Gründen unabhängig hiervon ausscheidet.

[22] bb) Auf die Fälle anwaltlicher Beratung hat der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs die Erwägungen des XI. und V. Zivilsenats hingegen nicht für übertragbar gehalten, sondern daran festgehalten, dass ein Anscheinsbeweis für den Ursachenzusammenhang zwischen Pflichtverletzung und Schaden dann nicht eingreift, wenn mehrere Handlungsmöglichkeiten bestehen (vgl. BGH, Urteile vom 16. September 2021 aaO Rn. 36; vom 9. Januar 2020 – IX ZR 61/19, NJW 2020, 1139 Rn. 24 und vom 16. Juli 2015 – IX ZR 197/14, NJW 2015, 3447 Rn. 23, 25 f; Beschluss vom 15. Mai 2014 – IX ZR 267/12, NJW 2014, 2795 Rn. 2 ff). Er hat dies unter Hinweis auf die Heterogenität der in Betracht kommenden anwaltlichen Pflichten damit begründet, dass nur so eine angemessene Risikoverteilung sichergestellt sei (vgl. Urteil vom 16. Juli 2015 aaO Rn. 23 unter Verweis auf BGH, Urteil vom 30. September 1993 – IX ZR 73/93, BGHZ 123, 311, 315 f). Denn der mit einem rechtlichen Berater geschlossene Vertrag sei häufig so sehr durch die besonderen Umstände des Einzelfalles geprägt, dass erst deren Einbeziehung erkennen lasse, ob Raum sei für eine Vermutung, die das tatsächliche Verhalten des Mandanten betreffe (vgl. BGH, Urteil vom 30. September 1993 aaO). Zudem würde der rechtliche Berater unangemessen benachteiligt, weil er die zu seinen Lasten gehende Vermutung in der Regel nicht widerlegen könnte, da er Tatsachen beweisen müsste, die ganz oder überwiegend im Einfluss- und Kenntnisbereich des Mandanten lägen (vgl. BGH aaO S. 316).

[23] b) Auf der Grundlage der überzeugenden Erwägungen des IX. Zivilsenats ist auch im Bereich der Notarhaftung daran festzuhalten, dass sich der Geschädigte nur dann auf die Vermutung beratergerichtigen Verhaltens stützen kann, wenn für ihn bei einem pflichtgemäßen Verhalten des Notars

nur eine einzige verständige Entschlussmöglichkeit bestanden hätte oder sich bei mehreren Kausalverläufen dasselbe Schadensbild bieten würde.

[24] Die vielfältigen Pflichten des Notars gemäß § 17 Abs. 1 BeurkG zur Klärung des Sachverhalts, Erforschung des Willens der Beteiligten und ihrer Belehrung sollen in erster Linie die Errichtung einer rechtswirksamen Urkunde über den wahren Willen der Beteiligten gewährleisten. Diese Pflichten sind vergleichbar heterogen wie die Beratungspflichten eines Rechtsanwalts oder Steuerberaters. Ebenso wie dem Rechtsberater würde dem Notar der Nachweis solcher Umstände aufgebürdet, die ganz oder überwiegend im Einfluss- und Kenntnisbereich des Beteiligten liegen. Anders als der Vermittler einer Immobilie als Kapitalanlage handelt der Notar bei der Erfüllung seiner Pflichten nicht im eigenen Interesse, und es kann ihm nicht unterstellt werden, durch eine fehlerhafte oder unvollständige Beratung die Absicht zu verfolgen, auf den Vertragsentschluss des Beteiligten zum eigenen Vorteil einzuwirken (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 15. Juli 2016 aaO Rn. 21). Anders auch als in den Fällen eines Aufklärungs- und Beratungsfehlers eines Anlageberaters kann nicht ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass gerade die zurückgehaltene Information geeignet gewesen wäre, den Beteiligten von dem Geschäft abzubringen (vgl. BGH, Urteil vom 8. Mai 2012 Rn. 36). Die Anwendung eines Anscheinsbeweises oder gar einer Beweislastumkehr auch bei Vorliegen eines Entscheidungskonflikts würde daher ebenso wie in den Fällen fehlerhafter rechtlicher Beratung zu einer unangemessenen Risikoverteilung führen. So würde der Notar im vorliegenden Fall nicht nur dann haften, wenn eine nach § 287 ZPO hinreichende Wahrscheinlichkeit dafür spricht, dass die Klägerin von vornherein angesichts der mit der Ausgestaltung des Erbbaurechts verbundenen Risiken vom Vertragsschluss abgesehen hätte. Er wäre darüber hinaus de facto auch dem Risiko einer Haftung ausgesetzt, wenn sich lediglich die Erwartungen der Klägerin, das Eigentum an dem Grundstück erwerben zu können, oder ihre Einschätzung hinsichtlich des Zustandes des Gebäudes und der Höhe der daher erforderlichen Kosten für dessen Renovierung nachträglich als unzutreffend herausstellen. (...)

**Anmerkung: 1. Einordnung:** Das Urteil betrifft die Haftung eines Notars, der bei Beurkundung eines Erbbaurechtskaufs nicht über für die Käuferin nachteilige Regelungen im Erbbaurechtsvertrag aufgeklärt hatte. Der III. Zivilsenat des BGH bestätigt im Ergebnis das Urteil des OLG Hamm<sup>1</sup>, das die Klage mangels haftungsausfüllender Kausalität abgewiesen hat. Der Klägerin komme die Vermutung beratungsgerechten Verhaltens nicht zugute. Insoweit bestätigt der Senat (Tz. 17 ff.) seine bisherige Rechtsprechung und grenzt sie von anderen Fällen ab. Interessant ist das Urteil vor allem wegen der vorab zu klärenden Frage, ob überhaupt eine Amtspflichtverletzung vorliegt. Das OLG Hamm hat dies bejaht, da der Notar den ursprünglichen Erbbaurechtsvertrag nicht eingesehen und über dessen Inhalt nicht

---

1 OLG Hamm, Urt. v. 4.2.2022 – 11 U 124/18, BWNotZ 2022, 412.

aufgeklärt hatte. Damit habe er die Pflicht zur Sachverhaltsaufklärung und die allgemeine Belehrungspflicht verletzt. Der BGH (Tz. 13) beschränkt sich darauf, festzustellen, dass das Berufungsurteil insoweit keine Rechtsfehler erkennen lasse und zudem vom Beklagten nicht angegriffen werde. Die praxisrelevante Thematik der Amtspflichtverletzung soll im Folgenden im Mittelpunkt stehen.

2. *Bewertung:* a) *Amtspflichtverletzung:* Nach § 17 Abs. 1 S. 1 BeurkG hat der Notar den Sachverhalt zu klären, um den wahren Willen der Beteiligten insoweit festzustellen, wie dies zur Errichtung einer wirksamen Urkunde erforderlich ist. Ausgangspunkt hierfür sind die für das Rechtsgeschäft üblicherweise bedeutsamen Regelungsgegenstände, also der sog. *Tatsachekern*.<sup>2</sup> Hingegen muss der Notar keine Nachfragen „ins Blaue hinein“ stellen. Vielmehr obliegt es grundsätzlich den Beteiligten, ihm die für das Geschäft relevanten Angaben zu übermitteln.<sup>3</sup> Maßgeblich ist, ob ein konkreter Anlass besteht, weitere Nachforschungen anzustellen bzw. „Vertragsurkunden anzufordern und dahingehend durch[zuh]sehen, ob sich daraus relevante Tatsachen für das zu beurkundende Geschäft ergeben“<sup>4</sup>.

Hier hatte das OLG Hamm einen konkreten Anlass für die Pflicht zur Einsicht in den ursprünglichen Erbbaurechtsvertrag bejaht, da der Notar die wirksame Bestellung des Erbbaurechts zu prüfen gehabt habe und zudem die rechtliche Reichweite des „Eintritts in sämtliche Rechte und Pflichten“ gemäß § 2 Abs. 3 des Vertragsentwurfs anderenfalls nicht zu überblicken gewesen sei.<sup>5</sup> Dies verdient genauere Betrachtung.

Der Notar kann zur Prüfung von Unterlagen verpflichtet sein, die ihm die Beteiligten vorgelegt haben. Dies beschränkt sich freilich auf die für die Erreichung des Vertragszwecks entscheidenden Umstände.<sup>6</sup> Sofern der Notar selbst den Inhalt von Unterlagen in Erfahrung bringen soll, kann eine Überprüfungspflicht nicht weiter reichen. Daher überrascht die Aussage des OLG Hamm, dass der Notar hier die wirksame Bestellung des Erbbaurechts habe prüfen sollen. Dabei handelt es sich nicht um zu erforschende Tatsachen, sondern um das Ergebnis einer rechtlichen Bewertung. Sie kann im Rahmen der Sachverhaltsaufklärungspflicht nicht gefordert werden. Darüber hinaus ist nicht ersichtlich, inwiefern eine Prüfung der wirksamen Bestellung *über den Inhalt des Grundbuchs hinaus* für die Erreichung des Vertragszwecks entscheidend sein soll. Da die Eintragung des Erbbaurechts an erster Rangstelle in Abteilung II des Grundstücksgrundbuchs (anders als die Eintragung im Erbbaugrundbuch) konstitutiv wirkt, können sich die

2 BGH, Beschl. v. 23.11.2015 – NotSt(Brfg) 5/15, DNotZ 2016, 311 (314); BGH, Beschl. v. 13.11.2017 – NotSt(Brfg) 4/17, NJW-RR 2018, 443; BeckOGK/Regler, 1.10.2023, BeurkG § 17 Rn. 27.

3 BGH, Urt. v. 27.10.1994 – IX ZR 12/94, DNotZ 1995, 407 = NJW 1995, 330 (331); BGH, Urt. v. 9.12.2010 – III ZR 272/09, NJW 2011, 1355 (1356).

4 Insoweit zutr. die Vorinstanz, OLG Hamm, Urt. v. 4.2.2022 – 11 U 124/18, BWNNotZ 2022, 412 Rn. 44.

5 OLG Hamm, Urt. v. 4.2.2022 – 11 U 124/18, BWNNotZ 2022, 412 Rn. 45.

6 Armbrüster/Preuß/*Armbrüster*, BeurkG mit NotAktVV und DONot, 9. Aufl. 2022, BeurkG § 17 Rn. 85.

Beteiligten wie auch der Notar auf die Wirksamkeit verlassen – eine diesbezügliche Einsichtspflicht ist in § 21 BeurkG (abschließend) geregelt, sodass die Pflicht zur Sachverhaltsaufklärung aus § 17 Abs. 1 S. 1 BeurkG als *lex generalis* hierüber nicht hinaus gehen kann.<sup>7</sup>

Auch eine Pflicht, die rechtliche Reichweite des „Eintritts in sämtliche Rechte und Pflichten“ gemäß § 2 Abs. 3 des Kaufvertrages zu ermitteln, indem der ursprüngliche Erbbaurechtsvertrag eingesehen wird, lässt sich schwerlich begründen. Zu klären sind die *unmittelbaren Rechtsfolgen* des Rechtsgeschäfts (Tz. 47); sie beschränken sich auf den Erwerb des Erbbaurechts und die Eintragung der Käuferin als Erbbauberechtigte im Grundbuch. Dass dies im weiteren Verlauf erfolgt ist, erlaubt zwar nicht ohne Weiteres den Schluss, der Notar habe „insoweit keinen Fehler gemacht“<sup>8</sup>. Dennoch sind die Inhalte des ursprünglichen Vertrages keine Tatsachen, die der Notar bei der Sachverhaltsaufklärung hätte ermitteln müssen. Die dortigen Regelungen zu Instandhaltungspflicht und Heimfall sind *mittelbare* Folgen des Erbbaurechtserwerbs. Diese können teilweise *inter partes* auch rein schuldrechtlich und damit formfrei vereinbart werden.<sup>9</sup> Schon deshalb wäre dem Notar eine Sachverhaltsaufklärung insoweit gar nicht ohne Weiteres möglich, zumal er nicht über die Beweismittel eines Gerichts verfügt.<sup>10</sup> Sofern beurkundungspflichtige Änderungen mit dinglicher Wirkung vorgenommen werden, sind diese wiederum auch eintragungspflichtig,<sup>11</sup> was die Heranziehung des ursprünglichen Vertrages neben § 21 BeurkG entbehrlich machen würde.

Auch die Einschätzung des OLG Hamm, der Notar habe seine Belehrungspflicht verletzt, indem er nicht über die *Voraussetzungen des Heimfallanspruchs* im ursprünglichen Erbbaurechtsvertrag aufklärte, vermag nicht zu überzeugen. Die erforderliche Belehrung über die unmittelbaren Rechtswirkungen<sup>12</sup> betrifft hier den Eintritt des Käufers in die Stellung des Erbbauberechtigten, was ihm das vom Grundstückseigentum losgelöste Sondereigentum an einem Bauwerk verschafft.<sup>13</sup> Für die Wirksamkeit ist damit der in § 1 ErbbauRG geregelte gesetzliche Inhalt des Erbbaurechts maßgeblich, also Bestimmung und Umfang des Bauwerks. Die in §§ 2–8 ErbbauRG geregelten dinglich wirkenden vertragsmäßigen Inhalte des Erbbaurechts betreffen hingegen nicht dessen Wirksamkeit. Vielmehr obliegt es den Beteiligten, etwa die konkreten Voraussetzungen eines Heimfallanspruchs oder den Inhalt einer Instandhaltungsklausel selbst in Erfahrung zu bringen.

---

7 Im Erg. so auch *Dieckmann/Hofstetter*, BWNotZ 2022, 421 (423 ff.).

8 So aber *Dieckmann/Hofstetter*, BWNotZ 2022, 421 (424).

9 Vgl. BGH, Urt. v. 18.10.1985 – V ZR 144/84, DNotZ 1986, 472 (474 ff.) m. Anm. *Wufka* (Änderung des Erbbauzinses).

10 Vgl. *Dieckmann/Hofstetter*, BWNotZ 2022, 421 (426).

11 Beck'sches Notar-Handbuch/*Graf Wolffskeel von Reichenberg*, 7. Aufl. 2019, § 4 Rn. 183.

12 *Armbrüster/Preuß/Armbrüster*, BeurkG mit NotAktVV und DONot, 9. Aufl. 2022, BeurkG § 17 Rn. 29.

13 MüKoBGB/*Weiß*, 9. Aufl. 2023, ErbbauRG § 1 Rn. 4.

Unter besonderen Umständen kann eine Betreuungspflicht gemäß § 17 Abs. 1 S. 2 BeurkG in Betracht kommen, sofern einem Beteiligten ein Schaden droht, den er infolge mangelnder Kenntnis von Rechtslage oder Sachumständen nicht erkennt. Dafür fehlt es hier schon an einer Kenntnis des Notars von derartigen Umständen. Insbesondere unterliegen die indirekten wirtschaftlichen Folgen einer Instandhaltungsklausel im Verhältnis zu Kaufpreis und Erbbauzins der privatautonomen Einschätzung der Parteien. Der Notar hat innerhalb der Grenzen des § 138 BGB nicht über ein auffälliges Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung zu informieren und Beteiligte so vor einem „schlechten Geschäft“ zu warnen.

Das OLG Hamm sieht – ohne dies ausdrücklich zu thematisieren – darin, dass der Lebensgefährte der Klägerin wenige Tage vor der Beurkundung telefonisch angab, der Erbbaurechtsvertrag liege nicht vor, offenbar keinen Grund für eine Pflicht zur beratenden Belehrung, welche die Einbeziehung des Vertrages hätte erforderlich machen können.<sup>14</sup> Dies ist auch richtig. Über die wirtschaftlichen Auswirkungen des zu beurkundenden Rechtsgeschäfts muss der Notar nämlich nur unter besonderen Voraussetzungen aufklären.<sup>15</sup> Freilich lassen sich die rechtliche und wirtschaftliche Tragweite in der Praxis nicht ohne Weiteres trennen. Soweit jedoch kein konkreter Anhaltspunkt dafür erkennbar ist, dass die Wirksamkeit des Geschäfts betroffen ist oder sich eine wirtschaftliche Folge unmittelbar aus der rechtlichen Ausgestaltung ergibt (etwa bei der Verpflichtung zu ungesicherten Vorleistungen)<sup>16</sup>, besteht keine Beratungspflicht. Dies gilt etwa auch für Kaufverträge über Wohnungseigentum: Der Notar ist weder verpflichtet, den Aufteilungsplan oder die Abgeschlossenheitsbescheinigung inhaltlich zu prüfen noch über den Inhalt von Teilungserklärung oder Gemeinschaftsordnung zu belehren.<sup>17</sup> Diese Unterlagen können eine mit einer Instandhaltungsverpflichtung vergleichbare wirtschaftliche Belastung für den Käufer beinhalten. Auch hier kommt allein ein Warnhinweis im Rahmen der allgemeinen Betreuungspflicht in Betracht. Dasselbe gilt für auf einen Grundstückserwerber übergehende Mietverträge.

Etwas anderes kann sich aus einer Nachfrage der Beteiligten ergeben.<sup>18</sup> Sofern etwa die Auswirkungen des von einem Beteiligten vorgelegten Erbbaurechtsvertrages (und insbesondere die wirtschaftlichen Folgen) erfragt werden, kann dies eine Pflicht zur planenden Beratung auslösen. Hierfür müssten die Beteiligten jedoch ein Bedürfnis geäußert haben, über die rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten informiert zu werden, um ihr Ziel zu erreichen.<sup>19</sup> Dafür genügt das Telefonat mit dem Lebensgefährten der Klä-

---

14 OLG Hamm, Urt. v. 4.2.2022 – 11 U 124/18, BWNNotZ 2022, 412 (424).

15 Armbrüster/Preuß/*Armbrüster*, BeurkG mit NotAktVV und DONot, 9. Aufl. 2022, BeurkG § 17 Rn. 40.

16 BGH, Urt. v. 15.4.1999 – IX ZR 93/98, DNotZ 2001, 473.

17 BGH, Urt. v. 4.12.2008 – III ZR 51/08, DNotZ 2009, 444 (447 f.); Armbrüster/Preuß/*Armbrüster*, BeurkG mit NotAktVV und DONot, 9. Aufl. 2022, BeurkG § 17 Rn. 116 f.

18 *Dieckmann/Hofstetter*, BWNNotZ 2022, 421 (423).

19 Frenz/Miermeister/*Hertel*, BNotO/BeurkG, 5. Aufl. 2020, BNotO § 24 Rn. 19.

gerin nicht. Hieraus ergab sich für den Notar lediglich die Information, dass der Erbbaurechtsvertrag der Klägerin (noch) nicht vorlag. Bei der Beurkundung könnte dies entweder bereits der Fall gewesen sein oder es kam der Klägerin darauf für das Zustandekommen des Rechtsgeschäfts nicht an und ihre Vertragserklärung wurde im Bewusstsein der Unkenntnis abgegeben.

Im Ergebnis überzeugen die Ausführungen des OLG Hamm zu Pflichtverletzungen des Notars damit nicht; die Anforderungen an seine Beurkundungstätigkeit werden in unzumutbarer Weise überspannt. Fehlerhaft erscheint hier bei dem Beurkundungsvorgang allein die Beibehaltung der Klausel „Dem Käufer ist der Erbbaurechtsvertrag vom 19.06.1979 [...] bekannt; er hat eine entsprechende Kopie der Urkunde erhalten“ im Vertrag, nachdem der Notar kurz zuvor offenbar erfahren hatte, dass dies jedenfalls zum Zeitpunkt dieser Information nicht zutraf. Diese Verletzung der Formulierungspflicht vermag für sich genommen indessen keine Haftung zu begründen, da sie dem von den Parteien angestrebten rechtlichen Erfolg nicht entgegensteht.<sup>20</sup>

b) *Kausalität*: Die Ausführungen des Senats zur Vermutung beratungsgerechten Verhaltens (Tz. 23 f.) liegen auf der bisherigen Linie des BGH. Demnach greift diese Vermutung ebenso wie bei der Anwaltshaftung (Tz. 22) und anders als bei der Anlageberatung (Tz. 19 f.) dann nicht, wenn bei richtiger Beratung mehrere gleichwertige Handlungsoptionen bestehen. Diese Differenzierung verdient im Hinblick darauf Zustimmung, dass der Notar bei der Erfüllung seiner Pflichten nicht in einem geschäftlichen Eigeninteresse handelt und die Heranziehung der Vermutung zu einer unangemessenen Risikoverteilung führen würde (Tz. 24).

3. *Folgen für die Praxis*: Die knappen Aussagen des BGH zur Frage einer Amtspflichtverletzung lassen nicht darauf schließen, dass er einer Ausweitung des Pflichtenkreises bei Sachverhaltsaufklärung und Belehrung zuneigt. Es bestand für den Senat schlicht kein Anlass, sich zu der eine Pflichtverletzung annehmenden Ansicht des OLG Hamm zu positionieren, nachdem der Notar – aus welchen Gründen auch immer – diese in der Revision nicht angegriffen hatte.

Den Beweis der haftungsausfüllenden Kausalität wird im Bereich der Notarhaftung weiterhin der Anspruchsteller führen müssen, da in der Praxis selten nur eine Handlungsalternative ernsthaft in Betracht kommen dürfte. Beteiligte können sich insoweit absichern, indem sie den Notar ausdrücklich auf ihre Ziele hinweisen und dies vermerkt wird.

*Prof. Dr. Christian Armbrüster, Berlin, und  
Wiss. Mitarbeiter Victor Claussen, Berlin*

## BUCHBESPRECHUNGEN

**Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis.** Herausgegeben von Prof. Dr. Heribert Heckschen und Dr. Andreas Heidinger. 5. Auflage 2023. 2030 Seiten. 189 EUR (Carl Heymanns Verlag, Wolters Kluwer Deutschland, Hürth).

In der nunmehr bereits 5. Auflage ist das von *Heckschen* und *Heidinger* herausgegebene Handbuch „Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis“ erschienen. Wie bereits in der Voraufgabe haben sich die renommierten, durch eine Vielzahl von einschlägigen Veröffentlichungen sowie durch ihre langjährige Praxis als Notar mit einem Schwerpunkt im Gesellschaftsrecht (*Heckschen*) bzw. als langjähriger Leiter des Referats für Handels-, Gesellschafts- und Steuerrecht beim DNotI (*Heidinger*) als Experten des GmbH-Rechts ausgewiesenen Herausgeber auf der Autorenebene wieder kompetente Verstärkung aus dem Kreis der in erster Linie notariellen Gestaltungspraxis geholt. Das Autorenteam umfasst jetzt zehn Personen.

Seit der im Jahr 2018 veröffentlichten 4. Auflage sind zahlreiche Gesetze mit Bezug zum GmbH-Recht in Kraft getreten, die allesamt in die neueste Auflage nicht nur Eingang gefunden haben, sondern auch in einer für die Gestaltungspraxis nahezu einmaligen Tiefe behandelt werden, was sich nicht zuletzt in einem um rund 200 Seiten erhöhten Umfang des Werks niedergeschlagen hat. Der Handlichkeit, Übersichtlichkeit und Lesbarkeit des Werks schadet dies aber keinesfalls. Im Gegenteil: Gerade die Gesetze, die für den rechts-gestaltenden Notar auch technisches Neuland bedeuten, wie das die Möglichkeit zur GmbH-Online-Gründung eröffnende Gesetz zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie (DiRUG) und das Gesetz zur Ergänzung der Regelungen zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie (DiREG), werden in einer Problemtiefe und Gründlichkeit behandelt, die im Schrifttum ihresgleichen suchen. Aber auch weitere auf das GmbH-Recht ausstrahlende Gesetze, wie das Gesetz über den Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen für Unternehmen (StaRUG), das Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG) mit seinen Querbezügen zur GmbH (GmbH & Co. KG), die sich auf die Beteiligung vor allem minderjähriger Personen an GmbHs auswirkende Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts und das Gesetz zur Umsetzung der Mobilitätsrichtlinie haben allesamt ausführliche und fundierte Berücksichtigung in der neuesten Auflage gefunden. Darüber hinaus sind die Kapitel zur Satzungsgestaltung, zur Veränderung des Gesellschafterbestands, zu Kapitalmaßnahmen und zur Insolvenz sowie zu dem arbeits- und sozialversicherungsrechtlichen Status der Geschäftsführer ausgebaut und ein neues Kapitel zu besonderen Erscheinungsformen der GmbH aufgenommen worden. Neben der nationalen ist auch die für die GmbH unmittelbar oder zumindest mittelbar relevante Rechtsprechung des EuGH in das Werk eingeflossen, und zwar unter Berücksichtigung aller bis Oktober 2022 veröffentlichten Entscheidungen.

Sehr positiv hervorzuheben ist der mit dem Erwerb des Werks verbundene Zugriff auf die Vielzahl seiner Musterformulierungen, die mit den in den Anwenderbüros benutzten Textverarbeitungsprogrammen sofort weiterbearbeitet werden können. Dazu muss nur die Webseite des Verlags aufgerufen und die Registrierung unter dem im Buch mitgeteilten Zugangscodes vorgenommen werden. Eine genaue Anleitung auf der Verlagshomepage ist bei der Verwendung der Mustertexte hilfreich. Namentlich hervorzuheben sind hier die vollständigen Muster zur Gründung von GmbHs außerhalb des GmbH-Gesetzes, insbesondere ein vollständiger Mustersatz zur grenzüberschreitenden Sitzverlegung einer ausländischen Gesellschaft unter gleichzeitigem Formwechsel in eine GmbH (Kap. 2 Rn. 413 und Rn. 414), die Muster für sämtliche Kapitalerhöhungskonstellationen (Kap. 10), die in der notariellen Praxis immer noch vielfach nachgefragten Muster zu den verschiedenen Euromstellungsmöglichkeiten (Kap. 12) und die Muster für einen Treuhandvertrag über einen Geschäftsanteil (Kap. 13 Rn. 33), einen Geschäftsanteilskauf- und -abtretungsvertrag (Kap. 13 Rn. 96) und für die Verpfändung eines Geschäftsanteils (Kap. 13 Rn. 108).

Ausgesprochen hilfreich ist auch die Checkliste für sämtliche durch das DiRUG, das DiReG und das MoMiG sowie andere Gesetzesänderungen erforderlichen oder zumindest gebotenen Änderungen der Mustertexte von GmbH-Gesellschaftsverträgen und Handelsregisteranmeldungen (Kap. 4 Rn. 1018).

In inhaltlicher Hinsicht können angesichts des Umfangs des hier zu besprechenden Werks nur wenige Punkte kursorisch angesprochen werden. Die Besonderheiten der auf der EU-Digitalisierungsrichtlinie beruhenden Online-Gründung der GmbH werden auf 30 (!) Seiten exzellent von der Schilderung des Hintergrundes und der gesetzlichen Grundlage über die Vorgaben des notariellen Berufsrechts und der technischen Grundlagen bis zur ausführlichen Darstellung des Ablaufs der Online-Gründung und deren Anmeldung zum Handelsregister aufbereitet. Zu Recht weist *Knaier* darauf hin, dass mit dem Inkrafttreten des DiREG zum 1.8.2023 zwar jetzt auch Beteiligungsverträge und alle anderen, nicht der notariellen Beurkundung bedürftigen Verträge im Rahmen des Online-Verfahrens mitbeurkundet werden können, dies aber nicht mehr gilt, wenn – wie bei Beteiligungsverträgen üblich – Mitveräußerungsrechte bzw. -pflichten (sog. Call-/Put-Optionen) mit aufgenomen werden sollen (Kap. 2 Rn. 180). Daran anknüpfend legen *Heckschen/Stelmaszczyk* ausführlich dar, welche gesetzlichen Formvorschriften in welchen Fallgestaltungen zur Beurkundungsbedürftigkeit von Beteiligungsverträgen und Gesellschaftervereinbarungen führen (Kap. 4 Rn. 2 bis 51). Nahezu zehn Seiten (Kap. 4 Rn. 645 bis 673) – auch hier mit Formulierungsvorschlägen – werden dem in der Praxis von Start-up-GmbHs immer mehr an Bedeutung gewinnenden Thema des sog. Vestings von Geschäftsanteilen gewidmet, also geschäftsanteilsbezogenen Gestaltungen, mit denen bei der Finanzierung von Start-up-GmbHs die Gründer des Unternehmens gegenüber den Venture-Capital-Investoren oder auch besonders qualifizierte Mitarbeiter an das Unternehmen der GmbH gebunden werden können. Diese nur wenigen Beispiele verdeutlichen, dass angesichts der Bedeutung des GmbH-Rechts für die notarielle Praxis auch die Anschaffung der neuesten Auflage des „*Heckschen/Heidinger*“ allen Notarinnen und Notaren nur nachdrücklich empfohlen werden kann.

Notar Christian Salzig, Dresden

**Beck'sches Formularbuch Erbrecht.** Herausgegeben von *Prof. Dr. Christopher Keim* und *Dr. Daniel Lehmann*. 5. Auflage 2023. XXX, 1481 Seiten. Mit Freischaltcode zum Download der Formulare. 149 EUR (Verlag C.H.BECK, München).

Vier Jahre sind seit der Voraufgabe des Standardwerks im Erbrecht vergangen. Die Neuauflage berücksichtigt u. a. die Reformen des Stiftungs- und des Betreuungsrechts sowie die aktuelle Rechtsprechung (Stand: Herbst 2022). Sämtliche Formulare werden per Code zum Download zur Verfügung gestellt.

Unverändert bleibt die Struktur des Klassikers: Einem allgemeinen Kapitel zur Beratung des Erblassers folgen zunächst Abschnitte zum erbrechtlichen Gestaltungsinstrumentarium sowie zu den einzelnen Typen der Verfügungen von Todes wegen einschließlich typischer (z. B. Verfügungen von Ehegatten mit gemeinsamen Kindern, Verfügungen in Patchworkfamilien sowie von nicht verheirateten Partnern) und besonderer Fallgestaltungen (z. B. Verfügungen von Eltern eines behinderten Kindes und Verfügungen getrennt lebender Ehegatten). Kapitel zur Unternehmensnachfolge und zum landwirtschaftlichen Sondernachfolgerecht, zu Stiftungen und Rechtsgeschäften unter Lebenden komplettieren die Muster im Bereich der vorsorgenden Nachlassplanung. Weiterhin enthalten ist auch ein umfangreiches Kapitel zur Beratung und Vertretung nach dem Erbfall (von der Geltendmachung von Pflichtteilsansprüchen über die Beantragung eines Erbscheins oder Europäischen Nachlasszeugnisses bis zur Erbauseinsetzung sowie Erbteilsübertragung). Die Kapitel „Letztwillige Verfügungen mit Auslandsbezug“ und „Digitaler Nachlass“ runden das Werk ab.

Von hohem praktischen Wert sind die Muster, die in jedem Kapitel den Ausgangspunkt für die anschaulichen Anmerkungen und Erläuterungen und damit den Schwerpunkt des Werks bilden. Der Praktiker findet dadurch bereits im ersten Zugriff schnell nicht nur die

gesuchten Antworten, sondern vor allem Formulierungsbeispiele und Gestaltungsalternativen. Das Werk verdient damit sowohl qualitativ als auch konzeptionell den Titel „Formularbuch“.

Das Formularbuch ist und bleibt ein unumgänglicher Begleiter in der täglichen notariellen und anwaltlichen Gestaltungs- und Beratungspraxis der Vermögensnachfolge. Kaum eine Frage im notariellen Alltag bleibt unbeantwortet: Spezialkonstellationen werden ebenso behandelt wie die klassischen Fallgestaltungen. Angesichts der zunehmenden Anzahl grenzüberschreitender Erbfälle bzw. von Gestaltungssituationen mit Auslandsbezug ist das Kapitel „Letztwillige Verfügungen mit Auslandsbezug“ sehr hilfreich. Die Länderübersicht bietet einen knappen und instruktiven Überblick über das internationale Privatrecht sowie das materielle Erbrecht (insbes. einschließlich Pflichtteilsrecht) einiger Staaten. Unverzichtbar für die Gestaltungspraxis im Bereich der Vermögensnachfolge ist die Verzahnung von Zivil- und Steuerrecht. Folgerichtig setzt das Werk einen Schwerpunkt auf steuerrechtliche Aspekte und ermöglicht damit eine lückenlose Beratung in der Vermögens- und Unternehmensnachfolge.

Der Klassiker sei hiermit jedem Notar und jeder Notarin wärmstens empfohlen.

*Notarin Dr. Sarah Nietner, Hamburg*

**GmbHG.** Kommentar. Begründet von *Prof. Dr. Lutz Michalski*, herausgegeben von *Dr. Andreas Heidinger*, *Prof. Dr. Stefan Leible* und *Prof. Dr. Jessica Schmidt*. 2 Bände. Band 1: §§ 1–34 GmbHG. Band 2: §§ 35–88 GmbHG, EGGmbHG. 4. Auflage 2023. CIV, 4430 Seiten. 549 EUR (Verlag C.H.BECK, München).

In nunmehr vierter Auflage ist das von *Michalski* begründete und von *Heidinger*, *Leible* und *J. Schmidt* als Herausgeber fortgeführte Werk Ende 2022 erschienen. Auf wiederum knapp 4.500 Seiten findet sich eine zweibändige Kommentierung, die auch für die notarielle Praxis von hohem Nutzen ist. Dies liegt u. a. daran, dass aus dem Bereich des Notariats mit *Bormann*, *Stelmaszczyk*, *Heidinger*, *Knaier*, *Tebben*, *Süß*, *Blath*, *Kämper* und *Waldner* renommierte Praktiker sowie Mitarbeiter des DNotI in die Kommentierung involviert sind und den Blick des Notars auf die Bedeutung insbesondere der zahlreichen Reformen und Entwicklungen in der Rechtsprechung in ihre Kommentierung einbringen.

Aus der Sicht des Notars waren natürlich vor allem die durch die Digitalisierung des Gesellschaftsrechts, insbesondere die Online-Gründung und Registeranmeldung, eingetretenen Änderungen, aber auch die Auswirkungen des teilweise eingearbeiteten MoPeG, das zum 1.1.2024 in Kraft getreten ist, zu berücksichtigen.

Die Kommentierung beginnt zunächst mit systematischen Darstellungen, die in sieben Teilen einen Überblick über das GmbH-Recht, insbesondere über aktuelle Entwicklungen (*J. Schmidt*), geben und eine sehr gute und kompakte Beschreibung der Entwicklung des internationalen Gesellschaftsrechts (*Leible*) bieten. Besonders hervorzuheben sind die sehr instruktiven Darstellungen zum Konzernrecht (*Servatius*) und die neue Darstellung zur GmbH im Rechtsvergleich (*Süß/Knaier*). Weiterhin findet sich ein Überblick über die Besteuerung der GmbH (*Weiss*), das GmbH-Konzernrecht (*Servatius*), die Finanzierung der GmbH (*Fleischer*) sowie das Recht der Gesellschafterdarlehen (*Dahl/Linnenbrink*). Diese insgesamt knapp 700 Seiten sind absolut lesenswert und es gelingt den Bearbeitern, einen für den Praktiker komprimierten Überblick zu geben.

Äußerst gelungen ist die Neukomentierung zu § 2 GmbHG von *Bormann/Stelmaszczyk*, die umfassend alle Probleme rund um die Online-Gründung und die auf der Basis der Digitalisierungsrichtlinie eingeführten Regelungen des DiRUG und DiREG behandelt. Bei den Darstellungen zu § 16 GmbHG (*Ebbing*) hätte man sich ebenso wie bei § 40 GmbHG eine ausführliche Darstellung zu den Auswirkungen des MoPeG auf die Liste, den Vorintragungsgrundsatz etc. gewünscht. Hier darf sicherlich die nächste Auflage „nachlegen“.

Zum Gesamtwerk ist hervorzuheben, dass es durchgängig gut lesbar, im Fußnotenapparat nicht überfrachtet und auf die Praxis ausgerichtet ist. Es stellt für jeden Notar eine wichtige Hilfestellung dar.

*Notar Prof. Dr. Heribert Heckschen, Dresden*